



Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2016/1

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Sahibi/Owner

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editör/Editor

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yayın Kurulu/Editorial Board

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA

Arş. Gör. Köroğlu KAYA

Arş. Gör. Mert SİLAHŞÖR

Arş. Gör. Akif TÖGEL

Arş. Gör. Bilâl TOPRAK

ISSN: 2149-5831

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) yılda iki sayı olarak yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir. Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir.

Basım Yeri/Printed in : Pozitif Matbaacılık

Çamlıca Mah. 145. Sok. No:10/19 Yenimahalle/ANKARA

Tel: 0312.397.00.31 - Faks: 0312.397.86.12

pozitif@pozitifmatbaa.com - www.pozitifmatbaa.com

Grafik Tasarım/Graphic Desing: Safure ARSLAN

Basım Tarihi/Date of Publication: Ocak 2016/January 2016

Yayın Türü/Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın/ International Periodical

İletişim Bilgileri/Contact Information: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Cinnah Cad. No:16 Çankaya/ANKARA

Tel : +90 312 466 75 33/312 466 74 08

Belge Geçer/Fax : +90 312 466 81 90

Elektronik Ağ/Website: www.ybhukukdergisi.com

E-posta/E-mail: ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	<i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ali Şafak BALI	<i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ziya Sacit ÖNEN	<i>Atılım Üniversitesi İşletme Fakültesi</i>
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	<i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	<i>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	<i>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>

BAŞLARKEN

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD) kurucu dekanlığını yapmış olduğum Fakültemizin ikinci süreli yayını.

2010 yılında kurulan Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2011 yılı itibariyle eğitim ve öğretim faaliyetlerine başlamıştır. Üniversite eğitimine yeni bir soluk getirme iddiasında olan Üniversitemizin misyonuna uygun olarak Hukuk Fakültemiz de bir takım yenilikleri benimsemiştir. Bunlardan bir tanesi, hukuk hayatında önemli bir boşluk olduğunu düşündüğümüz, İngilizce hukuk eğitimidir. Bu amaçla zorunlu İngilizce hazırlığımız yanında dört yıllık müfredatımızda yer alan derslerin yüzde otuzundan fazlasını da İngilizce vermekteyiz.

Yine, üçüncü dönemden itibaren, hukuk eğitimi bitinceye kadar süren Hukuk Almancası ve Osmanlıca Hukuk Metinleri derslerimizin de bu anlamda bir yenilik olduğunu düşünmekteyiz. Yakın zamanda bu derslere ek olarak Hukuk Fransızcası ve Hukuk Arapçası derslerini de vermeyi planlamaktayız.

Sınırların kalktığı bir dünyada Erasmus+ ve Mevlana programlarına da ayrı bir önem atfetmekteyiz. Bugün itibariyle 23 farklı hukuk fakültesi ile Erasmus+ ve 6 hukuk fakültesi ile de Mevlana anlaşmalarımız mevcuttur. Bu sayıları her geçen gün artırmaya çalışmaktayız. Arjantin ve Güney Kore'de bulunan hukuk fakülteleri ile yapmış olduğumuz anlaşmalar, ülkemiz için bir ilk olma özelliği niteliğindedir.

Öğrencilerimizin aldıkları teorik eğitimi pratik hayata aksettirdikleri hukuk klinikleri uygulamasını da başlatmış bulunuyoruz. Çok yakın zamanda uygulama alanı bulacak Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ve Fakültemizin ortaklığında, ülkemize gelen mültecilere Fakültemiz öğrencileri hukuki yardım konusunda destek vereceklerdir.

Aynı zamanda bir yenilik olarak kurgusal duruşma yarışmalarını da aktif olarak takip etmekteyiz. Bu amaçla Avusturya'da Mart ayında yapılacak, 23. Williem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court için bir takım oluşturarak, dünya ölçeğinde 300'den fazla hukuk fakültesinin yer alacağı bu yarışmaya katılacağız.

Başarı bir ekip işidir. 25 öğretim üyesi, 51 araştırma görevlisi, 7 idari personelden oluşan ekibimizle elimizden geldiğince çalışmalarımızı sürdürmekteyiz. Bugüne kadar 5 uluslararası, 2 ulusal sempozyum organizasyonu yanında her hafta tekrarlanan bir biçimde, sayısı çok yakın zamanda 100'e ulaşacak Çarşamba Seminerlerini organize etmekteyiz.

Bu kadar kısa bir geçmişe sahip olan Fakültemiz, geçen yıl Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisini (TFM'yi) çıkardı. Bu yıl itibariyle TFM'nin 3. ve 4. sayılarını da yayınlayacağız.

Nihayet elinizdeki bu dergi, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, YBHD de Fakültemizin Türk hukuk yayın hayatına kazandırmış olduğu ikinci süreli yayınıdır. Henüz ilk sayısında oldukça yoğun bir ilgi gördüğümüzü de belirtmek isterim.

Beş yıllık bir geçmişi olan Fakültemizin iki süreli yayını çıkarma konusundaki gayret ve çabalarının, bundan sonra farklı alanlarda değişik uğraşlarla karşılık bulacağına da inancım tamdır.

Bu vesileyle, YBHD'nin gün yüzüne çıkması konusunda emeği geçen tüm akademik ve idari personelimize huzurlarınızda teşekkürü bir borç biliyorum.

Hepsinin eline sağlık !

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Dekan

INTRODUCTION

Yıldırım Beyazıt Law Review is the second periodical of our law faculty of which I am the founding-dean.

Yıldırım Beyazıt University, which was founded in 2010, started actively offering courses in 2011. Our faculty has adopted certain innovations as per the mission of the University which is to provide a new insight into university education. One of these innovations is legal education in English which we believe fills a significant gap in the field of law. For this purpose, besides mandatory English preparation class, we also deliver lectures in English for more than thirty percent of the annual course curriculum.

We consider that the courses of German for Law and Ottoman Legal Texts which start in the third semester and continue until the end of the course are innovative in this context. In the near future, we also plan to deliver French for Law and Legal Arabic.

In a world where borders are disappearing, we also give special emphasis to Erasmus+ and Mevlana programmes. We currently have Erasmus+ agreements with 23 law faculties and Mevlana agreements with 6 law faculties. We are working hard to increase these numbers. Moreover, the agreements we have concluded with universities in Argentina and South Korea are the first of their kind.

We have also begun to offer legal clinics whereby students can put their theoretical education into practice as well as a joint programme with the United Nations High Commissioner for Refugees and the Turkish Ministry of Interior Directorate General of Migration Management. Within the context of this partnership, our students will provide legal assistance to immigrants in Turkey.

Furthermore, we follow closely the moot court competition as part of our mission of innovation. For this purpose, we set up a team to join the 23rd Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court Competition which attracts more than 300 law schools from all around the world.

Success is achieved through teamwork. We continue our work as much as we can with our team which consists of 25 lectures, 51 research assistants and 7 administrative staff. To date, we have organized 5 international conferences, 2 national symposiums and a weekly seminar (the so-called Wednesday Seminar) which very soon will be our 100th such seminar.

Our Faculty, which has such a very short history, has published last year the Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM). We will publish the 3rd and 4th issues this year.

The journal you are holding, Yıldırım Beyazıt Law Review, is the second periodical of our law faculty as we began publishing the Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) last year. I would like to note that even though we are publishing the very first issue of Yıldırım Beyazıt Law Review, we have managed to attract intense interest.

I am very confident that the enthusiasm and efforts made to publish these two periodicals will produce a variety of outcomes in different areas. I would like to take this opportunity to thank all academic and administrative staff who have contributed to make Yıldırım Beyazıt Law Review possible.

Thank you all!

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Dean

PRÉSENTATION

La Revue de Droit Yıldırım Beyazıt (YBHD) est la deuxième revue périodique de notre faculté dont je suis le doyen fondateur.

L'Université de Yıldırım Beyazıt a été fondée en 2010 et a commencé ses activités éducatives à partir de 2011. Notre faculté de droit a adopté un certain nombre d'innovations conformément à la mission de notre Université qui voudrait apporter un nouveau souffle à l'éducation universitaire. L'une d'elle, ce qui nous semble une lacune importante pour l'éducation d'une faculté de droit, est de fournir une éducation juridique en anglais. A cet effet, nous fournissons des cours en anglais pour plus de trente pour cent notre programme de quatre ans, à côté d'une année préparatoire en anglais.

De plus, nous pensons également que le cours de langue juridique allemand et le cours de texte juridique Ottoman, à partir du troisième semestre jusqu'à la fin de faculté, sont une innovation dans notre parcours. Dans un avenir proche, nous prévoyons, en plus de ces cours, de donner des cours de langue arabe juridique et de langue français juridique.

Dans un monde sans frontières, nous attachons une grande importance aux programmes Erasmus+ et Mevlana. Nous avons 23 partenariats Erasmus+ et 6 partenariats de Mevlana avec différentes facultés de droit. Nous essayerons d'augmenter le nombre ces partenariats. Nos partenariats avec les facultés de droit en Argentine et en Coré de Sud sont les premiers du genre dans notre pays.

Nous avons commencé à appliquer « la clinique de droit ». Grace à celle-ci, nos étudiants peuvent mettre en pratique les théories, qu'ils ont reçu pendant les cours. Très prochainement, nos étudiants fourniront une aide juridictionnelle aux réfugiés dans notre pays, dans le cadre de l'accord entre notre faculté et le Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et le Présidence turque de l'Administration de l'Immigration.

Dans le même temps, une autre nouveauté, nous suivons activement les concours de plaidoirie. Dans ce but, nous participerons au concours de 23ème Williem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court, en mars 2016 en Autriche. Plus de 300 facultés de droit dans le monde participeront à cette compétition.

Le succès est un effort d'équipe. Nous continuons à travailler avec nos équipes qui sont composées de 23 membres de corps professoral, 51 assistants de recherche, 7 personnels administratifs. Jusqu'à aujourd'hui, nous avons organisé 5 colloques internationaux et 2 colloques nationaux. De plus, nous organisons aussi, chaque semaine, les « séminaires du Mercredi » qui atteindra bientôt sa 100ème édition.

Notre faculté, avec si peu d'ancienneté, a publié l'année dernière la Revue de Droit de Commerce et de Propriété Intellectuelle (TFM). Cette année, nous allons publier les 3ème et 4ème numéros de TFM.

Enfin, la revue se trouvant dans vos mains, la Revue de Droit Yıldırım Beyazıt est le deuxième périodique de notre faculté qui a été gagné au droit turc. Je tiens à préciser que nous avons constaté un grand intérêt pour le premier numéro.

Je crois vraiment que notre faculté, qui n'a qu'une histoire de cinq ans, a fait de grands efforts pour publier des revues périodiques, et ceux-ci vont être récompensés dans les différents domaines du droit.

A cette occasion, je remercie devant vous tous les membres de notre personnel académique et administratif qui ont attentivement travaillé afin de publier la YBHD.

Merci à tous.

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Doyen de la Faculté de Droit

VORSTELLUNG

Yıldırım Beyazıt juristische Fachzeitschrift ist die zweite periodische Publikation der Fakultät, deren Gründungsdekanat von mir geführt wird.

Die Universität Yıldırım Beyazıt wurde 2010 ergründet, der Start für Bildung und Lehreung erfolgte allerdings erst ab 2011. Die neue Mission der Jura Abteilung in Bezug auf die Bildung sind einige Änderungen. Zum einen besteht diese Neuigkeit darin, mehr Wert auf die Englische Sprache zu legen, welche im juristischen Leben etwas vernachlässigt wird. Dies wird bzw. soll dadurch ermöglicht werden, dass nach ein jährigem englisch Studium, werden im vier jährigen Hauptstudium mehr als 30 % der Fächer in Englischer Sprache angeboten.

Ebenso, sind Fächer, die ab dem sechsten Semester angeboten werden, wie deutsche- und osmanische Rechtssprache in diesem Zusammenhang eine Neuigkeit. Wir planen in Zukunft diese Fächer mit Zusatzunterricht wie französische- sowie arabische Rechtssprache anzubieten.

In einer Welt ohne Grenzen legen wir einen ganz besonderen Wert auf Erasmus+, und Mevlanaprogramme. Seit dem heutigen Zeitpunkt existieren 23 unterschiedliche rechtswissenschaftliche Fakultäten mit Erasmus+ sowie 6 rechtswissenschaftliche Fakultäten mit Mevlana Abkommen. Wir sind bemüht diese Anzahl an Abkommen zu erweitern. Eine Besonderheit und ein erstmaliges Ereignis für unser Land zeigt die Zusammenarbeit bzw. Partnerschaft unserer Fakultät mit den beiden rechtswissenschaftliche Fakultäten in Argentinien und Süd Korea .

Um das theoretisch Gelernte in Praxis umzusetzen, wurden sogenannte Jura Kliniken eingesetzt. Dank der Zusammenarbeit mit Hohe Flüchtlingskommissar der vereinten Nationen, der Generaldirektion der Migrationsverwaltung und unserer Fakultät werden in naher Zukunft unsere Studenten den Migranten juristische Hilfe schaffen.

Gleichzeitig folgen wir Moot Court- Organisationen. In diesem Zusammenhang werden wir an dem 23. Williem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court, was im Monat März in Österreich stattfinden wird, mit einem großen Team teilnehmen. An dieser Veranstaltung werden erfahrungsgemäß mehr als 300 Jurafakultäten teilnehmen.

Erfolg ist das Ergebnis eines Teams. Mit unserem Team, bestehend aus 25 Lehrenden, 51 wissenschaftliche Mitarbeitern, 7 Dekanatsverwaltung sind wir bemüht erfolgreich zu sein. Bis heute neben den 5 internationalen- und 2 nationalen Symposien, organisieren wir wochentlich sogenannte Mittwochsseminare. Das 100. Mittwochseminar wird in kurzem stattfinden.

Obwohl unsere Fakultät erst eine kurze Vergangenheit hat, hat sie letztes Jahr Fachzeitschrift für Handels- und geistiges Eigentumsrecht (TFM) veröffentlicht. In diesem Jahr werden die 3 und 4 Hefte dieser Zeitschrift veröffentlicht.

Endlich ist diese zweite periodische Publikation unserer Fakultät, die Yıldırım Beyazıt juristische Fachzeitschrift in das türkische Recht neu gewonnen wurde. Ich möchte hiermit noch anmerken, dass sie in der ersten Serie bereits eine große Nachfrage gewonnen hat.

Ich glaube fest daran, dass die Bestrebungen und Bemühungen in Veröffentlichung zweier periodischen publikationen, werden hiernach auch in unterschiedlichen Arbeiten und Bereichen Entgegnung finden.

In diesem Sinne bedanke ich mich ganz herzlich für alle beteiligten Personen, die sich für die Veröffentlichung der YBjZ bemüht und engagiert haben.

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Dekan

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okuyucularımız,

“Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi” ilk sayısı ile karşınızda...

Kurulduğu 2010 yılından itibaren, hukukun üstünlüğü anlayışının yerleşmesi ve hukuk devleti ilkesinin gelişmesi amacıyla çalışan Fakültemiz, hukuk yayıncılığına da yeni bir soluk getirmek düşüncesiyle 2015 yılında elinizde bulunan bu dergiyi çıkarma kararı almış, yoğun ve titiz çalışmalar neticesinde Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi’ni (YBHD) çıkarmıştır.

Değerli yazarlarımızın, uygulamada ve doktrinde karşılaşılan sorunlara bir ışık tutmak amacıyla, hukuk alanında yaşanan gelişmelerle ilgili bilgiler verdiği, hem ulusal hem de uluslararası literatür çerçevesinde kaleme aldıkları makalelerin bulunduğu Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, hukuk eğitimine ve öğretilerine katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Ocak ve Temmuz aylarında yayınlanacak olan dergimiz uluslararası hakemli bir dergidir. Dergimizde Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca dillerinden birinde yazılmış ve hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili akademik çalışmalar yer alacaktır.

Uygulanan kör hakemlik sistemiyle, makaleler akademik ölçütlere uygunluk açısından ve yazarlarından bağımsız olarak tarafsız hakemlerce değerlendirildiğinden dolayı dergimizde hakem listesini yayınlamamaktayız.

Gönderdiğimiz makaleleri titizlikle inceleyen, değerli görüşlerini bizlerle paylaşan ve herhangi bir karşılık beklemezsizin hakemlik yaparak bizlere katkıda bulunan bütün Hocalarımıza bu vesileyle teşekkürü bir borç biliriz.

İlk sayıyı çıkarmanın heyecanı ve mutluluğu içerisindeyiz. Dolayısıyla bu süreçte çalışmalarımızda desteklerini bizden esirgemeyen herkese ve özellikle de Yayın Kurulu’ndaki bütün arkadaşlarıma teşekkür ediyor, bu çalışmamızın hayırlara vesile olmasını diliyor, hepinize saygılar sunuyorum.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
Editör

FROM THE EDITOR

Dear Readers,

We present the very first issue of “Yıldırım Beyazıt Law Review”...

Our Faculty, which has aimed to disseminate the supremacy of law and the rule of law since its foundation in 2010, decided in 2015 to publish this journal you are holding with the idea of bringing new insights into legal publishing.

Yıldırım Beyazıt Law Review contains articles drafted by valued authors in the context of both national and international legal literature for the purpose of shedding light on the problems of both practice and doctrine and to give information on the most up to date developments in the legal area. Its aim is to contribute to legal education and scholarship.

Our journal, which will be published in January and July, is an internationally refereed journal. The journal publishes articles written in Turkish, English, German and French, and in all areas of law.

We do not publish the list of our referees since we use a blind-review system where all articles are evaluated by neutral referees who are independent from the authors, based on their compliance with academic criteria.

We are much obliged to all scholars who have contributed to our journal and who have meticulously examined all articles we have sent them and shared their opinions with us without expecting anything in return.

We are happy and excited to be publishing the very first issue. In this regard, I would like to thank everyone who has provided us with assistance; particularly all my colleagues within the Editorial Board. I hope that this marks an auspicious start to this venture!

We hope to meet you again in the next issue...

Assist. Prof. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
Editor

ÉDITORIAL

Chers lecteurs,

“La Revue de Droit Yildirim Beyazit” est présente avec son premier numéro...

Depuis sa création en 2010, notre Faculté, qui œuvre afin d’améliorer la compréhension de la primauté du droit et le développement du principe d’Etat de droit, a pris la décision de publier cette Revue qui se trouve dans vos mains pour apporter un nouveau souffle à la publication en droit. La Revue de Droit Yildirim Beyazit a été publiée à la suite de travaux intenses et méticuleux.

Cette Revue a pour objectif de contribuer à l’éducation juridique et à la doctrine avec des articles rédigés par des précieux écrivains tant au niveau de la littérature nationale qu’internationale, de faire la lumière sur les problèmes rencontrés dans la pratique et la doctrine, ainsi que de donner des informations sur les nouveautés dans le domaine juridique.

Notre revue est une revue internationale arbitrée qui sera publiés en janvier et en juillet. Elle comprendra des articles académiques sur différents domaines du droit qui peuvent être écrits en langue turque, anglaise, allemande ou française.

Nous ne publions pas la liste de notre arbitre parce que nous utilisons un système de comité scientifique aveugle. Grâce à ce système, les articles sont évalués dans le cadre du respect de critères académiques et indépendamment de son auteur par les arbitres neutres.

Nous remercions nos professeurs qui ont examiné méticuleusement les articles et qui ont partagé leurs avis avec nous sans attendre aucune compensation.

Nous vivons l’excitation et le bonheur de publier le premier numéro de notre revue. Par conséquent, je remercie tous ceux qui nous apportent leurs soutiens et surtout, tous mes amis du Comité de rédaction. Je voudrais que ce travail contribue à la charité et je vous présente tout mon respect.

Je souhaite vous retrouver à la prochaine édition...

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
Éditrice

EDITORIAL

Sehr geehrte Leserinnen und Leser

Die "Yıldırım Beyazıt juristische Zeitschrift" liegt mit ihrer ersten Ausgabe vor Ihnen...

Seit ihrer Gründung im Jahr 2010 hat unsere Fakultät, die mit dem Ziel der Auffassung der Etablierung des Rechtsstaatsprinzips und der Fortschreitung der Maxime des Rechtsstaats tätig ist, im Jahr 2015 mit dem Gedanken ebenso in den Bereich der Veröffentlichungen der Rechtswissenschaften einen frischen Hauch zu bringen, beschlossen, diese nun in Ihren Händen befindliche Zeitschrift herauszugeben, nach einer intensiven und sorgfältigen Arbeit wurde die Yıldırım Beyazıt juristische Zeitschrift (YBJZ) herausgegeben.

Die sowohl in der nationalen als auch in der internationalen Literatur niedergeschriebenen Artikel unserer bewährten Autoren befinden sich in der Yıldırım Beyazıt juristische Zeitschrift, um über die in der Praxis und der Doktrin aufkommenden Fragen Auskunft zu erteilen, über die Entwicklungen auf dem Gebiet der Rechtswissenschaften zu informieren, und um der juristischen Ausbildung und Lehre beizutragen.

Die in den Monaten Januar und Juli zu veröffentlichende Zeitschrift ist eine Zeitschrift mit internationalen Begutachtern. In unserer Zeitschrift werden die in türkischer, englischer, deutscher oder französischer Sprache verfassten und verschiedene Gebiete der Rechtswissenschaften betreffenden akademischen Arbeiten zu finden sein.

Durch Anwendung des Verfahrens der anonymen Begutachtung, um dem akademischen Standard der Artikel angemessen zu sein und aufgrund der Bewertung durch unparteiische Begutachter, unabhängig von den Verfassern, wird in unserer Zeitschrift keine Liste der Begutachter veröffentlicht.

Für das sorgfältige Studium, das Teilen Ihrer wertvollen Ansichten mit uns und für Ihr Mitwirken als Begutachter der von uns zugesendeten Artikel, ohne jegliche Gegenleistung, möchten wir allen unseren Lehrkräften auf diesem Wege unseren Dank aussprechen.

Wir sind aufgeregt und glücklich das erste Exemplar herauszugeben. Aus diesem Grunde möchte ich mich bei allen, besonders bei den Freunden in der Redaktion, die uns im Rahmen unserer Arbeiten unterstützt haben, bedanken und hoffe, dass unsere Arbeit weitere Nutzen herbeiführen werden und verbleibe mit freundlichen Grüßen,

Bis zur nächsten Ausgabe...

Doz. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ
Editor

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) • 2016/1
Yıldırım Beyazıt Law Review

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Başlarken	v
Editörden	xiii
İçindekiler	xvii

KAMU HUKUKU

Yıldırım Bayezid Han'ın Devlet Yönetimine Işık Tutan İki Osmanlıca Makale ve Tahlilleri
Two Ottoman Article About Yıldırım Bayezid's State Organizations Their Analyses

Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ 1

İdari Usul ve Dinlenilme Hakkı

Administrative Procedure and Right to be Heard

Arş. Gör. Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI 25

Vergi Uyuşmazlıklarında Barışçıl Çözüm Yolları: Fransa Örneği

Peaceful Settlement of Tax Disputes : The Case of France

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ 47

Çevrenin Korunmasında İdari Yaptırımların Caydırıcılık Açısından Değerlendirilmesi

Evaluation of Administrative Law Tools ' Deterrence For Protection of the Environment

Yrd. Doç. Dr. Mehmet HATİPOĞLU 77

Vergilendirme Yetkisi ile Cezalandırma Yetkisi Etkileşimi: Vergi Ceza Normları

The Relationship Between Taxation Power and Punishment Power: Tax Punitive Norms

Yrd. Doç. Dr. Recep NARTER • Arş. Gör. Ercan SARICAOĞLU 119

Hükümete Karşı Suç

Crime Against Government

Arş. Gör. İsmail YAZICIOĞLU 137

Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Padişahın Yargı Yetkisi

Sultan's Jurisdiction in Classical Period of Ottoman State

Yrd. Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN • Arş. Gör. Gamze Nur ŞAHİN 159

ÖZEL HUKUK

Kanun Yapmak Bu Kadar Kolay Mı, Yahut Bu Kadar Zor Mu? (5510 Sayılı Kanun Uygulaması Çerçevesinde Bir Tesbit)

Is It So Easy to Enact, or So Difficult? (Determination on the Application of Code Nr. 5510)

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN209

Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu ilkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK'nın M. 16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme)

The Principle of Uniqueness Of Trademark Owner and The Examination of This Principle in the Context of Its Transfer (An Assessment in context of the Decision of the Constitutional Court That Cancelled the Article 16/5 of the Decree No. 556)

Yrd. Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU229

Noterlerin Hazırlanmasına Katılmış Oldukları Senetler Sebebiyle Zarar Gören Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu

Legal Responsibility of Notaries Against Third Parties Who Have Been Damaged Through Their Acts

Yrd. Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN255

Rekabet Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması

Territorial Scope of Application of Competition Rules

Yrd. Doç. Dr. Ağah Kürşat KARAÜZ • Arş. Gör. Halil Alperen IŞIK283

Karayoluyla Gerçekleştirilen Taşımalarda TTK'nın Taşıma İşleri Kitabı'nda İhdas Edilen Hükümlerin Uygulanması Açısından Taşıt Kavramının Etkisi

Effect of the Concept of Vehicle in Transportations Carried By Road in Terms of Implementation of Provisions Regulated in the Transportation Business Book of the TCC

Arş. Gör. Süleyman KIRAN299

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre Genel Hizmet Sözleşmesinde İşverenin İşçiyi Koruma Borcu

According to Code of Occupational Health and Safety Liability of Employer to Protect Worker in the General Services Contract

Prof. Dr. Mustafa TİFTİK • Öğr. Gör. Ayşe ADIGÜZEL319

KARAR DEĞERLENDİRMESİ

Ağrı Çeken Hastanın Rıza Ehliyetine İlişkin Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı'nın Çeviri ve Değerlendirmesi (5 U 463/14 Sayı ve 01.10.2014 Tarihli Karar)

The Translation And Evaluation of Koblenz State Supreme Court Decision Regarding The Consent Capacity of The Patient In Pain (Decision Numbered 5 U 463/14 and dated 10.01.2014)

Arş. Gör. Mercan YÜKSEL ORHUN359

Kamu Hukuku

YILDIRIM BAYEZİD HAN'IN DEVLET YÖNETİMİNE IŞIK TUTAN İKİ OSMANLICA MAKALE VE TAHLİLLERİ

Yrd. Doç. Dr. Ahmet KILINÇ*

ÖZET

Bu çalışma ile Yıldırım Bayezid Han dönemi ile ilgili olarak Tanzimat döneminde yazılan iki Osmanlıca makale latinize edilmiş ve bu makalelerden yola çıkarak kuruluş dönemi Osmanlı Devlet teşkilatı hakkında bilgilere ulaşılmaya çalışılmıştır. İnceleme sonucunda varılan sonuçlar şu şekildedir. Osmanlı araştırmalarında kitabelere gerekli önem verilmelidir. Sikke basımı egemenliğin sembolü olduğu kadar, vergi toplamak, maaş ödemek için de gerekli bir uygulamadır. İncelenen sikkeler, Orta Çağ'ın son dönemlerindeki beyliklerde görülen sikkelerin karakteristik özelliklerini taşımaktadır. Yıldırım Bayezid Han döneminde basılmış olan 4 adet sikkenin üzerindeki tarihin 792 şeklinde sabit olması, bu tarihin cülûs tarihi olduğunu göstermektedir. Bu uygulamada Yıldırım Bayezid Han ile başlayan bir gelenek olmuştur. Tecdid-i sikke uygulaması Yıldırım Bayezid Han dönemi ile başlamaktadır. Sikkelerde yazının ve duanın tercih edilmesi, İslami ilkelere mümkün olduğunca uyulmak istenmesine dayanmaktadır. Cülûs merasimi Bayezid Han döneminde dahi uygulanmaktadır. Reayanın şikâyetlerinin Padişaha ulaştığını o dönemde de görmek mümkündür. Kadıların o dönemde ekonomik sıkıntı içerisinde yer aldıkları görülmektedir. Padişah ilmiye sınıfındakileri dahi yargılayabilmiş ve cezalandırabilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yıldırım Bayezid Han, Osmanlı, sikke, kadı, şikâyet, cülûs.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, akilinc@ybu.edu.tr

TWO OTTOMAN ARTICLES ABOUT YILDIRIM BAYEZID'S STATE ORGANIZATIONS AND THEIR ANALYSES

ABSTRACT

In this study, two articles written in Ottoman during the Tanzimat reform era were transformed to the Latin alphabet. These articles are about Yıldırım Bayezid, 4th padishah of the Ottoman State. Based on these articles, presents information regarding State organizations of the early Ottoman era. The conclusions of this study demonstrate that: Ottoman researchers should pay attention to epigraphy sources; Coins are both the symbol of sovereignty of the state and tool of tax collection and the paying of salary. Analyzed coins had the characteristics of middle age period of beyliks (principalities) coins. Yıldırım Bayezid coined four times, and in 792, the year of hegira, was written upon all of them. This means above-mentioned date is the enthronement date. Writing the enthronement date upon coins became a tradition after Yıldırım Bayezid. Yıldırım Bayezid also started the tradition of Tecdid-i Sikke. Tecdid-i Sikke means that Padishah forbid the currency of former Padishahs coins, allowed the currency of only his coins. Preferring only writing, date and prayer upon coins, shows us that Padishah tried to behave accordingly to Islam. Enthronement ceremony was also carried out for Yıldırım Bayezid. Rayah, Ottoman citizens, could easily complain their problems to Padishah. It has been found that Qadı, Judges, were in financial difficulty. Padishah could also judged and punished ulema, Muslim theologians, scholars and lawyers.

Keywords: Padisah Yıldırım Bayezid, Ottoman, coins, qadı, enthronement, complaining.

I. GİRİŞ

Çalışmada Tanzimat dönemi ve sonrasında yazılmış ve Yıldırım Bayezid Han ve onun devlet yönetimine ilişkin bilgi veren iki makale Osmanlıcadan Türkçeye latinize edilmiş ve değerlendirilmiştir. Çalışmalardan ilkinin adı “Yıldırım Beyazıd’ın Sikkeleri (792-805)”dir. Rumi 1 Eylül 1340 tarihinde Tarih-i Osmânî Encümeni Mecmuası’nda yer alan makale Ali Bey tarafından kaleme alınmıştır. Diğer makale ise Abdurrahman Adil Bey tarafından yazılan “Osmanlı Tarihinde Adliye Sahifeleri: Yıldırım Bayezid ve Hükâm-ı Şeri” adlı makaledir.

Makaleleri latinize ederken Türk Tarih Kurumu’nun Tanzimat dönemi metinleri tercüme kurallarını esas aldığımızı belirtmemiz gerekir¹. [] şeklinde yapılan atıflar, orijinal metinlerde müelliflerin yaptıkları atıflardır. Bunun dışında, metnin anlaşılmasında kolaylık olması için günümüzde sık kullanılmayan kelimelerin ne anlam ifade ettiğini dipnotlar şeklinde izah etmeye çalıştık. Kelimelerin etimolojik karşılıkları için Ferit Devellioğlu² ve Şemsettin Sami’nin³ sözlüklerinden yararlanılmıştır.

Ankara savaşı sonrasında Timur’un Anadolu’yu terk ederken birçok eseri ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir. O nedenle Timur’dan önceki döneme ilişkin belgelerin bulunması çok zor ve erken dönem Osmanlı Devleti ile ilgili veriler azdır. Anılan döneme ilişkin çalışmalar bilim adamlarının sürekli ilgisini çekmiştir. Tanzimat dönemi müellifleri de bu ve benzeri nedenlerle olsa gerek Yıldırım Bayezid Han ile ilgili çalışma yapmak istemişlerdir.

Biz çalışmamızın başlığında “devlet yönetimine ışık tutan” ifadelerini kullandık. Esasında latinize edilen makaleler Bayezid Han’ın doğrudan iktidarına ilişkin çalışmalar değildir. Ancak bu çalışmalardan yola çıkarak, Yıldırım Bayezid Han’ın hükümdarlığına ilişkin bazı ipuçları bulmak mümkündür.

Çalışmada öncelikle makaleler hakkında şekli değerlendirme ve bilgiler verilecektir. Ardından da makalelerin ifade ettiği fikirler üzerinde durulacaktır. Bu yapılırken Türk Hukuk Tarihi literatüründe Osmanlı Devlet yönetimi ile ilgili verilen bilgiler, bu makaleler ile ortaya atılan fikirler ile mukayese edilerek değerlendirilecektir.

1 Bu kurallar için bk. TTK, Çeviri Yazı Kuralları.

2 Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Aydın Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.

3 Şemsettin Sami, Kâmûs-ı Türkî, Çağrı Yayınları, İstanbul 2006.

II. ŞEKLİ DEĞERLENDİRME

İlk makalemiz, Rumi 1 Eylül 1340 tarihinde Tarih-i Osmanlı Encümeni Mecmuası'nda yer alan "Yıldırım Bayezid'in Sikkeleri (792-805)"dir. Makale Ali Bey tarafından kaleme alınmıştır. Derginin 14. Senesinin 5'inci sayısında yer alan makale 277-282 sayfaları arasında yer almaktadır. Makale Helal Matbaası İstanbul'da basılmıştır. Makalenin orijinal halini Milli Kütüphane'de bulmak mümkündür. Milli Kütüphanedeki envanter bilgileri şu şekildedir: Yer numarası 1956 SA 449, DVD numarası 138, mikrofilm numarası 61-65.

6 sayfadan oluşan çalışmada her sayfada 1'den başlamak kaydıyla toplam 12 atıf vardır. Bu atıflar günümüzde de ziyadesiyle kullanılan dipnot usulü ile yapılmıştır. Atıf yapılan eserlere ulaşılabilmesi için yeterli miktarda bilginin verilmediğini ifade etmek gerekir. Örneğin Solakzade'nin yazmış olduğu esere atıf yapılırken sadece sayfa numarası belirtilmiş, yer, tarih, matbaa gibi bilgilere değinilmemiştir. Çalışmanın sonunda kaynakça yer almamaktadır. Eserde giriş ve sonuç başlıklı yerlerin de olmadığı söylenmelidir.

Yazarın, o dönem için henüz baskıya girmemiş kaynaklardan yararlanmas ve döneme ilişkin birinci el kaynak olarak değerlendirilebilecek Sinop kitabelerine⁴ atıf yapması eseri üzerinde epey emek harcadığını göstermektedir.

Diğer makale ise Hadisât-ı Hukûkiye adlı mecmuanın 5'inci cildinde yer alan "Osmanlı Tarihinde Adliye Sahifeleri: Yıldırım Bayezid ve Hükkâm-ı Şeri'" adlı çalışmadır. 1339'da İstanbul İkdâm Matbaasında basılan ciltte yer alan makale Abdurrahman Adil Bey tarafından yazılmıştır. Eser, Milli Kütüphane Süreli Yayınlar Kataloğu, 1957 SA 88 Yer numarası, DVD No: 168'de yer almaktadır.

III. ESASA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

İki makaleyi bütün olarak incelediğimizde, kuruluş dönemi Osmanlı Devleti'ndeki sikkelerin rolü, cülus töreni ve ilmiye sınıfının yargılanması hakkında bilgilere ulaşmak mümkündür.

4 Bu kitabeler hakkındaki ayrıntılı bilgi için bk. Şakir, M. (1933) 'Sinop Kitabelerinden Basılı Olmayan Birkaç Metin' Türk Tarih, Arkeologya ve Etnografya Dergisi, Sayı:1, Sayfa Aralığı: 157-159. <www.envanter.gov.tr/files/belge/TAD1_0012.pdf>s.e.t. 05.01.2016.

A.SİKKENİN DEVLET YÖNETİMİNDEKİ ROLÜ

Ali Bey'in çalışması, Bayezid Han'ın sikkeleri üzerinde odaklanmıştır. Bu nedenle sikkenin ne olduğunun, ne anlama geldiğinin ve neyi sembolize ettiğinin üzerinde durmak gerekir. Sikke, ağırlığı önceden ayarlanmış, üzerinde darp edip tedavüle çıkaran ve istendiğinde geri almayı taahhüt eden devletin, hükümdarın ya da resmi otoritenin simge veya yazısının yer aldığı madeni para türü olarak tanımlanmıştır⁵. Devletin sikkeyi basması ve sonra onu geri almayı taahhüt etmesi, ona itibar ve güven kazandırmaktadır⁶. Sikkelerin bir takım değişmez özellikleri vardır: Kullanılan malzemenin metal olması, üzerinde onu basan devletin ve/veya hükümdarın işaretinin bulunması bunlardan birkaçıdır⁷.

Osmanlı Devleti'nde, egemenliğin simgesi olmasından, vergi toplanması gerektiğinden, askerilere maaşların ödenmesinin lazım olmasından, jeopolitik konumuna bağlı olarak ticaret ve ekonominin bir nizama ihtiyacı olmasından ötürü sikkeler bastırılmıştır⁸. Osmanlı padişahları da tahta geçer geçmez ilk iş olarak kendi adlarına hutbe okutup, sikke kestirirlerdi. İlk sikkenin Osman Gazi döneminde (M. 1299–1326) darp edildiği belirtilse de bu sikkeler konusunda ciddi tereddütler mevcuttur⁹. Gümüşten darp edilen ve akçe adı verilen Osman Gazi sikkelerinde uzun dua metinleri yer almamakta iken, sikkeler üzerine darp yerinin yazılması, Orhan Gazi (M. 1326–1359) döneminde, Bursa'nın alınmasından sonra başlamıştır¹⁰.

“Bey” adına hutbe okutmak ve “sikke kesmek” Doğu-İslâm devlet geleneğinde toplumların devlet yapısına kavuşabilmelerinin ön şartı olarak gö-

5 Tekin, Oğuz (2009), 'Sikke', TDVİA, Cilt: 37, Sayfa Aralığı:179-184, s. 179 vd.

6 Tekin, Oğuz (2006), 'Sikkeler, Devletler, Hükümdarlar: Eskiçağda Anadolu'da Paranın Siyasal, Kültürel ve Ekonomik Rolü' Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi, <http://www.obarsiv.com/e_voyvoda_0607.html> s.e.t. 04.01.2016.

7 Tekin (2006).

8 Benzer yönde görüş için bk. Pamuk, Şevket (2007), Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi, 4. Baskı, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, s. 18 vd.

9 Tekin, (2009), s. 182; Dursun, Necla (2012), 'Konya Etnografya Müzesinde Bulunan Osmanlı Klasik Dönemi Sikkelerinden Örnekler', Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Sayı: 22, Cilt: 5, Sayfa Aralığı: 391-403, s.392; Tuzkaya, Emir(2010), 'Kırklareli Müzesi'ndeki Osmanlı Dönemi Sikkeleri', (Yüksek Lisans Tezi), Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 32.

10 Dursun (2012), s. 392. Osmanlı sikke geleneğinde en büyük gelişim ve değişim 1453'te İstanbul'un fethinden sonra gerçekleşmiştir. Osmanlı dönemine ait ilk altın sikke bu dönemde basılmıştır. Gümüş olanlar akçe, bakır olanlar mangırdır. Altın sikkeler “sultani” olarak isimlendirilmiştir. Bu sikkeler üzerine “altın sikkeyi darp ettiren karada ve denizde, yücelik, kudret ve zafer sahibi” ibaresi eklenmiştir; Tekin (2009), s. 182; Dursun, s. 392.

rülmüştür. Sikkeler, Emeviler'den itibaren İslam dünyasında bağımsızlığın ve egemen bir güç olmanın sembolü olarak kabul edilmiş, devletin başına geçen hükümdarın sikke kestirip (darbedip) hutbe okutması âdetten sayılmıştır. Osmanlılar ve diğer beylikler, İlhanlıların egemenliğini kabul ettikleri dönem boyunca kendi adlarını sikke bastırmamış ve İlhanlıların sikkelerini kullanmışlardır¹¹. Bu husus dahi sikke basmanın, egemenliğin sembolü olduğunun göstergesidir.

Sikkelerin ticarî bir meta halinde elden ele dolaşması, iktidarın nüfuzu ve otoritesinin de ülkenin en ücra noktasına kadar ulaşmasını sağlamaktaydı¹². Osmanlılar, paranın bolluğu ve piyasalardaki geçerliliği ile ticaret ve ekonominin canlılığı arasındaki ilişkinin bilinci içerisinde olmuşlar ve Padişahlar yukarıda sayılan diğer nedenler ile beraber sikke basımı hususunda girişken olmuşlardır.

Latinize etmeye çalıştığımız makalede I. Bayezid'in dört sefer sikke bastığı bilgisi paylaşılmıştır. Bayezid de kendisinden önceki Padişahlar gibi kendi egemenliğini sembolize etmek üzere sikke bastırmaya devam etmiştir. Bayezid Han döneminde sikkenin basılmış olması esasında İslam tarihi açısından da kıymetli bir bilgidir. Zira üzerinde tarih bulunan ilk İslamî sikkeler Sâsânî Hükümdarı III. Yazdicerd'in (632-651) gümüş sikkelerinin taklitleri olduğu belirtilmiştir¹³. Şu halde yaklaşık bir asır sonra bir başka İslam Devletinde de sikkenin basılmaya devam ettiğini görüyoruz.

Müellif, her ne kadar bu minvalde bir değerlendirme yapmamış olsa da incelediği sikkelerin, Orta Çağ'ın son dönemlerindeki beyliklerin karakteristik özelliklerini taşıdığını ifade edebiliriz. Nitekim, literatür, Orta Çağ'ın son dönemlerine yakın tarihlerde, sikkelerde yazılar ve geometrik süslemelerin ön plana çıktığını; yazının ya ortada ya da sikkeyi çevreleyen bir bordür içinde yer aldığını belirtmektedir¹⁴. Gerek müellifin resmini teşhir ettiği sikkede, gerekse bizim ekte örneğini verdiğimiz diğer sikkede yazı ortada yer almakta ve yazının etrafında daire yer almaktadır. Yine anılan çağın son dönemlerinde

11 Pamuk, s. 33.

12 Özcan, Ruhi (2005), 'Osmanlı Devleti'nde XVII. Yüzyılda Yapılan Sikke Tashihleri', Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı:17, Sayfa Aralığı: 237-266, s. 247.

13 Tekin(2009), s. 179.

14 Parlar, Gündegül (2012), 'Orta Çağ'da Anadolu'da Hüküm Süren Beyliklerin Sikkelerinin Karakteristik Özellikler' Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, 38. ICANAS, Uluslararası Asya ve Kuzey Afrika Çalışmaları Kongresi, Cilt: 5, Sayfa Aralığı: 2481-2490, s. 2481.

sikkelerde görülen hat sanatının Osmanlı Devleti'nde de devam ettiği¹⁵ hususu makalede teşhir edilen sikkeler ile teyit edilmektedir.

Sikkede yer alan “hullide mülkuhû” ifadesi, “mülkü daim olsun” şeklinde bir duadır denilebilir. Bu duayı Bayezid'in babası ve atası zamanı sikkelerinde de görmek mümkündür. Sikkede yazının ve özellikle duanın tercih edilmesi, İslami ilkelere mümkün olduğunca bağlı kalma gayreti içerisinde bulunulduğunu gösterebilir. Müellif Ali Bey, bu husus ile ilgili bir izahatta bulunmamıştır.

Gösterilen sikkede beylikler dönemindeki aksine resimler, figürlerin¹⁶ yer almaması bunun yerine sadece yazı ve geometrik şekillerin yer alması, tasvir yasağına ve buna bağlı olarak İslam ilkelerinde daha sıkı bağlı olma isteğinin bir sonucu olarak düşünebilir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki canlı varlıkları tasvir etmenin veya resmetmenin hükmünün ne olacağı ile ilgili İslam hukukçuları arasında tartışma mevcuttur¹⁷.

Sikkede padişahın kim olduğu hususunda bir ihtilaf yoktur, ancak Bayezid'in unvanına ilişkin bir veri yazılı değildir. Tekin, “el-Melikü'l-âdil” unvanının I. Murat ve Bayezid Han'ın bakır sikkelerinde yer aldığını ifade etmektedir¹⁸. Ancak makalede teşhir edilen sikke resminde bu unvana rastlanılmamaktadır. Bunun gerekçesi teşhir edilen sikkenin gümüşten üretilmiş olması olabilir. Keza basım yerinin de sikke üzerinde yer almadığını vurgulamak gerekir¹⁹. Darp yeri, tartışmalı olan Osman Gazi'nin ve Orhan Bey'in sikkelerinde yer almasına rağmen, I. Murad Han'ın sikkelerinde darp yerini görmek mümkün değildir. Bayezid Han da babasının uygulamasını tercih etmektedir.

Doktrinde Bayezid Han ile birlikte sikkelere, sikkelerin darb tarihlerinin yazılı olduğu bu uygulamanın daha önceki padişahlarda olmadığı ifade edilmiştir²⁰. Latinize etmeye çalıştığımız makalede ifşa edilen sikkede de tarih belirtilmektedir, ancak bu tarihin sikkenin darb tarihi mi yoksa padişahın tahta geçiş tarihi mi olduğu tartışılabilir. Makale, Bayezid Han'ın bastırmış olduğu dört sikkenin dördünde de tarihin yazılı olduğunu ve anılan tarihin hepsin-

15 Parlar, s. 2483.

16 Üzerinde resim, figür gibi şekillerin yer aldığı beylikler dönemine ait sikke resimleri için bk. Parlar, s. 2481 vd.

17 Tartışmalar için bk. Kesioğlu, Osman (1961), ‘İslâm'da Tasvîr ve Minyatürler’, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt: 9, Sayfa Aralığı: 11- 23, s. 11 vd.

18 Tekin (2009), s. 183.

19 Bu hususlar, ortaçağ beyliklerinde görülen bir uygulama değil idi; anılan dönemdeki sikkelerde unvan ve basım yerinin yazılı olduğunu görmek mümkündür. Parlar, s. 2483.

20 Tekin (2009), s. 183.

de de aynı olduğunu göstermektedir. 792 olarak basılan bu tarihin, Yıldırım Bayezid'in tahta çıktığı yıl olarak kabul edilmektedir. Müellif, bizce de haklı olarak ifade etmektedir ki, bu tarih paranın basıldığı yıl olsaydı, dört sikkede de farklı tarihler yazılı olur idi. Hâlbuki dördünde de aynı tarih yazılıdır bu tarihin kendisinin tahta geçtiği yıl olma ihtimali yüksektir. Müellif bu hususta bir adım daha ileri giderek, sikkelere tahta çıkış tarihinin yazılması âdetini Bayezid Han'ın başlattığını ifade etmektedir²¹.

Literatürde, Fatih dönemine kadarki para sistemi döneminin monometalist (tek madeni paraya dayalı) sistem olduğunu ve o dönemde kullanılan madenin gümüş olduğu ifade edilir²². Ali Bey'in makalesinde de bu bilgi teyit edilmektedir. Müellife göre Yıldırım Bayezid döneminde de altın sikke darb edilmemiş; tedavülde bulunan altın paralar ise Venedik Dukalarıdır. Buradan da anlaşılmaktadır ki Devlet, yabancı ülkelerin parasını farklı madenden üretilmesi halinde kendi iç piyasasında kullanmaya müsaade etmektedir. Keza, fethedilen yerdeki bölgesel paraların da tedavülde kalmasına müsaade edildiği bilinmektedir²³. Bu tespitleri, egemenliğin ihlali gibi değerlendirmemek gerektiği, toprakların genişlemeye başlaması, bölgede oluşan yeni ticari düzen gibi dönemin ekonomik şartlarının bu etkileşimlere sebep olduğu fikrine sahibiz.

Monometalist denilen bu dönemde, madeni paranın değerli maden içeriğinin azaltılarak değerinin düşürülmesi olarak tanımlanan tağşiş uygulamasının sıklıkla uygulandığı ifade edilmektedir²⁴. Müellif Bayezit Han'ın 4 sefer sikke darb ettiğini belirtmekte ancak bunlardan bir tanesinin o güne ulaştığını ifade etmektedir²⁵. Bu nedenle literatürde bahsedilen tağşiş uygulamasının mezkûr padişah döneminde de yer alıp almadığını tespit etmek zordur.

21 Çağdaş akademisyenlerde bu fikri destekleyen fikirler ileri sürmüşlerdir; Sahillioğlu, Halil (1958) 'Kuruluşta XVII. Asrın Sonlarına Kadar Osmanlı Para Tarihi Üzerine Bir Deneme', Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi aktaran Tuzkaya, s. 37.

22 Erdem, Ekrem (2006), 'Osmanlı Para Sistemi ve Tağşiş Politikası: Dönemsel Bir Analiz', Bankacılar Dergisi, Sayı: 56, Sayfa Aralığı: 10-27, s. 12; Özcan, Tahsin (2003), 'Osmanlı Para Tarihi Üzerine Asırlık Çalışmalar' Türkiye Araştırma Literatür Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 1, Sayfa Aralığı: 443-448, s. 444.

23 Hatta bu nedenle fetih yolu ile egemenlikleri altına aldıkları yerde halkın kullanmakta olduğu yöresel paralara göre devlette penz bölgesi, pare bölgesi, şahi bölgesi gibi para bölgeleri oluşturulduğu ifade edilir; Yılmaz, Fikret (1989), '1624 Sikke Tashihinin Amasya'daki Etkileri', Ege Üniversitesi Tarih İncelemeleri Dergisi, Cilt:IV, Sayfa Aralığı:137-150, s. 137.

24 Alper, Değer & Anbar, Adem (2010), 'Osmanlı İmparatorluğu'nun İç Borçlanmada Kullandığı Yöntem ve Araçlar', Maliye ve Finans Yazıları Dergisi, Sayı: 87, Sayfa Aralığı: 27-49, s. 37, 38.

25 Ancak Kırklareli Müzesinde teşhir edilen sikkeler, bugün Yıldırım Bayezid dönemine ilişkin daha fazla sikkenin bulunduğunu göstermektedir; örnekler için bk. Tuzkaya (2010).

Tecdid-i sikke, eski sikkelerin tedavülde çekilerek padişahın kendi adını taşıyan sikkeleri bastırması olarak ifade edilmektedir. Müellif Ali Bey, Hammer, Aşıkpaşazade, Lütü Paşalara atıf yaparak Yıldırım Bayezid Han döneminde Orhan ve Murat beyler zamanında basılan sikkelerin tedavülde kalmasının ve ihraç edilmesinin yasaklandığından bahsetmektedir. Çağdaş literatür de bu uygulamanın ilk kez Yıldırım Bayezid Han ile başladığını ileri sürer²⁶. Bayezid Han'ın kendinden önce basılan sikkeleri kullanmayı yasaklaması ve sadece kendi adının yer aldığı sikkelerinin tedavülde kalmasına müsaade etmesi, Padişahın sikkenin aynı zamanda iletişim aracı²⁷ olma özelliğinden yararlanmak istediğinin göstergesi şeklinde yorumlanabilir²⁸. Nitekim bahsedilen dönemlerde kimin iktidarda olduğu da dâhil olmak üzere reayaya bilgi aktaracak gazetede ve benzeri iletişim araçları mevcut değil idi. Daha önceki sikkelerin yasaklanmış olması, iktidardaki padişahın kim olduğunu göstermesi ve bunu reayaya aktarması için ideal bir yöntem olarak görülebilir. Bu anlayıştan yola çıkarak Bayezid Han, reaya üzerindeki meşruiyetini sorgulayabilecek ihtimalleri ortadan kaldırmak istemiştir diyebiliriz. Bu uygulama Yıldırım Bayezid Han'dan sonraki Padişahlarda da uygulanmaya devam etmiş hatta eski sikke kullanılıp kullanılmadığını denetlemek üzere yasak-kulu isminde görevliler vazifelendirilmiştir²⁹.

B. CÜLUS MERASİMİ

Ali Bey'in makalesinde üzerinde durulan bir başka kavram da cülus merasimidir. Makalenin muhtelif yerlerinde Bayezid Han'ın cülusundan bahsedilmektedir. Bu nedenle cülus merasimi hakkında da kısaca bilgi aktarmak yararlı olacaktır. Cülus törenleri, devlet yapısını ve iktidar anlayışını işaret eden merasimlerdir. Tahta çıkış törenleri olan bu merasimler, eski Türk Devletlerinden itibaren her devirde uygulanmıştır. Ölüm veya hall gibi sebeplerle boşalan tahtın en kısa zamanda doldurulması yani herhangi bir iktidar boşluğunun yaşanmaması için cülus töreninin mümkün olan en kısa zamanda yapılması kuraldır³⁰.

26 Sahillioğlu, Halil, s. 33'den aktaran Tuzkaya, s. 37; Yılmaz, s. 137.

27 Tekin (2006).

28 Sikke tecdidinin gerekçesini gümüş darlığına bağlayan görüş için bk. İncalcık, Halil (1951), 'Osmanlı İmparatorluğu'nun Kuruluş ve İnkişafı Devrinde Türkiye'nin İktisadi Vaziyeti Üzerine Bir Tetkik Münasebetiyle', Belleten, Sayı: 60, Cilt: XV, Sayfa Aralığı: 629-684, s. 652 vd.

29 İncalcık, Halil & Anhegger, R.(1956), Kanun-name-i Sulatni ber Meceb-i Örf-i Osmani, Ankara, TTK Yayınları, s. 4-5, 8-9, 13-14.

30 Baykal, Ebru (2008), 'Osmanlılarda Törenler', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 13.

Yıldırım Bayezid Han'ın tahta geçişinin nasıl olduğu konusunda çağımızda da fikir birliği söz konusu değildir. Bazı görüşler, I. Murat'ın Kosova'da şehit olması üzerine, Bayezid'in devlet ileri gelenlerince padişah seçilmesi ve yine onların kararıyla saltanat üzerinde herhangi bir hak iddia etmemesi için kardeşi Yakup Bey'i savaş alanında öldürmesinden bahseder³¹. Bir başka görüşe göre ise Yıldırım Bayezid, savaş meydanında babasının ölümünü kardeşinden önce öğrenerek, kendisini iktidar sahibi olarak ilan edip kardeşi Savcı Bey'i öldürtmüştür³². Hammer, bazı tarihçilerin Yakup Bey'in öldürülmesinde Yıldırım Bayezid Han'ın haberinin dahi olmadığını iddia ettiklerini yazar³³.

İncelenen makalede de Bayezid Han'ının nasıl tahta geçtiği hususunda bir bilgi mevcut değildir, ancak müellif bastırılan sikkelerin tarihinin 792 olmasından ötürü cülusun bu tarihte meydana geldiği hususu üzerinde durmaktadır. Ancak yazar, Kosova savaşının 791 senesinde olmasına ve Murat Hüdavandigar'ın bu savaşta şehit olmasına rağmen Yıldırım Bayezid Han'ın sikkelerinde 1 sene farkın olması hususunu tartışmıştır. Yazarın ilk iddiası, Kosova savaşının tarihinin sehven hatalı yazıldığı iken yazar ikinci ihtimal olarak da Murat Hüdavandigar'ın ve Yakup Bey'in şehit edilmesinin gizli tutulması ve dönemin pay-ı tahtı Edirne'ye geç gidilmesini zikretmiştir.

C. KADILARIN YARGILANMASI

Latinize edilen diğer makale ise Yıldırım Bayezid Han'ın, dönemindeki kadılar ile olan irtibatını incelemiştir. Makalede mezkûr dönemde kadıların çok fazla şikâyet edildiği, bunun üzerine Padişah'ın inceleme başlattığı ve zulüm ettiği ortaya çıkanları huzuruna getirdiği, ardından da onları ateşte yakma cezası ile cezalandırmak üzere iken Vezirin müdahalesi ile bu cezadan vazgeçtiğinden bahsedilir. Makalenin aktardığına göre vezir, fikrini doğrudan Padişaha arz etmekten çekindiği için araya maskarayı sokmayı düşünmüştür. Maskara, sefer elbisesi ile Yıldırım Bayezid Han'ın huzuruna çıkar ve İstanbul'a – ki o zaman henüz fetih edilmemiş idi- gideceğini, oradan seksen adet papaz getireceğini, böylelikle idam edilen kadıların yerinin doldurulacağını ifade eder. Bayezid Han bunun üzerine bu kadıların yerini dolduracak kimse olup

31 Cin, Halil & Akyılmaz, Gül (2011), Türk Hukuk Tarihi, 4. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s. 120.

32 Baykal, s. 14.

33 J. Von Hammer (2011), Osmanlı İmparatorluğu, I. Cilt, 5. Baskı, İlgı Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul, s. 84.

olmadığını sorar, maskara ise kullar arasında okuryazarın olmadığını söyler. Kadıların affedilmesinin ardından vezir bu kadıların maaşlarına zam yaptırmıştır.

Bu makalede kanaatimizce üzerinde durulması gereken husus, ilmiye sınıfı içerisinde yer alan kadıların bu gibi bir ceza ile cezalandırılmasının hukuki boyutunun ne olduğudur. O nedenle öncelikle ilmiye sınıfı hakkında kısa bilgilendirme yapılmalıdır. Ulema (ilmiye) hem din bilgileri hem de fıkıh bilgileri çok iyi olan, esasında hükümdarın hukuka uygun hareket etmesinin güvencesi olan kesimdir³⁴. Devletin kuruluş dönemlerinde önemli devlet makamlarına bu sınıftan kişiler getirilmiştir. Kul sisteminin ortaya çıkmasından sonra, ulema devlet işleri ile ilgili olarak sadece hâkimlik vazifesini yürütmüştür. Ulema, Padişahın kulu olamazlar; zira onlar dinin hizmetçileridir. Bu anlayışın sonucu olarak da Padişaha karşı can ve malları açısından güvencededirler³⁵. Kadılar da ilmiye sınıfı içerisinde yer almakta idiler³⁶. Kadı, insanlar arasında vuku bulmuş olan dava ve anlaşmazlıkları mer'i hukuka göre karara bağlamak ve verilen diğer idari vazifeleri yapmak üzere Padişah beratı ile atanan görevlidir denilebilir.

Kadılar hakkında şikâyet olması halinde Padişah'ın bir soruşturmacı tayin etmesi, Osmanlı Devleti'nde bu makalede de görüldüğü üzere kuruluş yıllarından itibaren uygulanan bir yöntemdir. Daha sonraları, kazaskerlerin, beylerbeyinin, sancakbeyinin, hatta bir başka kadının da müfettiş sıfatıyla görevlendirildiğini görmekteyiz. XV. yy sonlarına kadar teftiş ile ilgilenen kadınlara mehayif müfettişleri denildiği zikredilmektedir³⁷. Mehayif müfettişlerinin, yolsuzluğun arttığı bölgelere teftiş etmek üzere gönderildiği, seyyar oldukları ve gerektiğinde davalara baktıkları belirtilmiştir³⁸. Suçları bu şekilde sabit olan kadılar genelde görevlerinden alınmış ve genellikle sürgün cezası ile cezalandırılmıştır³⁹.

34 Üçok, Çoşkun & Mumcu, Ahmet & Bozkurt, Gülnihal (2015), Türk Hukuk Tarihi, 17. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi, s. 211.

35 Üçok & Mumcu & Bozkurt, s. 211. Yazarlar, 1839 senesine kadar 182 veziriazamdan 43'ünün idam edilmesine rağmen, ulemadan olan şeyhülislamıardan sadece 3'ünün idam edildiğine değinir.

36 Cin, Halil & Akgündüz, Ahmed (2011), Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, OSAV Yayınları, s. 267.

37 Avcı, Mustafa (2015), Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 4. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, s. 145.

38 Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1988), Osmanlı İlmiye Teşkilatı, 3. Baskı, Ankara, TTK Yayınları, s. 128; Ortaylı, İlber (1976), "Osmanlı Kadısının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine", TODAİE Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 9/1, Sayfa Aralığı: 95-107, s. 106.

39 Demir, Abdullah (2010), Osmanlı Mahkemesi, İstanbul Yitik Hazine Yayınları, s. 30.

Makalede yer alan vakada kadıların yolsuzluk yapmasının nedeni günümüzde maaş azlığı ile ilişkilendirilmiştir. Hatta XIV. yy sonlarına kadar kadılığa ilginin az olmasının nedeni de kadı ücretlerinin az olması olarak ifade edilmiştir⁴⁰. Latinize edilen makaledeki vaka, birbirine çok benzeyerek muhtelif şekillerde rivayet edilmiştir. Rivayetlerde kadıların yolsuzluğa gittikleri, bu nedenle soruşturuldukları, ardından maskara kanalıyla affedildikleri ve sonunda maaşlarına zam yapıldığı ortak olan husustur. Tüm rivayetler bir arada değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılabilir. Anılan dönemde kadılar maaşları ile ilgili sıkıntı içerisindeydiler. Bu sıkıntılarını halktan daha fazla ücret almak suretiyle çözmek istemektedirler. Halk bu minvaldeki şikâyetlerini Padişaha arz etme hususunda cesurdur. Padişah ilmiye sınıfında da olsa kadıları cezalandırabilmektedir. Belki son olarak şu söylenebilir: Yıldırım Bayezid Han kişiliği itibarıyla sert mizaçlı bir karaktere sahiptir.

IV. SONUÇ

Bu çalışma ile Yıldırım Bayezid Han dönemi ile ilgili olarak Tanzimat dönemi ve sonrasında yazılan iki Osmanlıca makale latinize edilmiş ve bu makalelerden yola çıkarak kuruluş dönemi Osmanlı Devlet teşkilatı hakkında bilgilere ulaşmaya çalışılmıştır. Tanzimat dönemi araştırmacıları da anılan döneme ilgi göstermişlerdir. Bunun gerekçesi döneme ilişkin verilen az olmasıdır denilebilir.

Bu inceleme ile şu sonuçlara ulaşılmıştır:

Osmanlı tarihi araştırmalarında da kitabelerin önemi Tanzimat dönemi yazarları tarafından görülmüştür. Kanaatimizce de özellikle veri bulmakta zorlanılan erken dönem Osmanlı Devleti ile ilgili çalışmalarda kitabe, yazıt gibi kaynakları günümüzde de göz ardı etmemek gerekir.

Osmanlı Devleti, egemenliğin simgesi olması, vergi toplama gereği, askerilere maaşların ödenmesi ve jeopolitik konumundan ötürü ticaret ve ekonominin bir nizam içerisinde işlenmesini sağlayabilmek için sikke bastırmak zorunda kalmıştır.

Yıldırım Bayezid Han, sikkenin, iktidarın nüfuzu ve otoritesinin ülkenin en ücra noktasına kadar ulaşmasını sağlama niteliğinden ziyadesiyle yararlanmak istemiştir. Nitekim Padişahın kendinden önce basılmış olan sikkelerin

40 Demir, s. 30.

kullanılmasının yasaklaması anlamına gelen tecdid-i sikke uygulaması Yıldırım Bayezid Han ile başlamıştır.

İncelenen sikkeler, Orta Çağ son dönem beylikleri sikkelerinin karakteristik özelliklerini taşımaktadır.

Yıldırım Bayezid'in sikkesinde yazıyı ve duayı tercih etmesi, buna bağlı olarak dört sikkesinde de resme yer vermemesi, İslami ilkelere mümkün olduğunca bağlı kalma gayreti içerisinde olduğunu göstermektedir.

Yıldırım Bayezid Han döneminde basılmış olan 4 adet sikkenin üzerindeki tarihin 792 şeklinde sabit olması, bu tarihin cülûs tarihi olduğunu göstermektedir. Bu uygulamada Yıldırım Bayezid Han ile başlayan bir gelenek olmuştur.

Kosova savaşının 791 senesinde olmasına rağmen Yıldırım Bayezid Han'ın sikkesinin üzerinde 792 yazılı olması, tahtın boş kaldığı anlamına gelmemektedir. Bu farklılığın muhtelif nedenleri olabilmektedir. Ancak her halükarda Osmanlı Devlet geleneğinde gördüğümüz cülûsun icra edildiği aşikârdır.

Yıldırım Bayezid Han döneminde basılmış olan 4 adet gümüş sikkeden başka altın Venedik dukalarının da tedavülde olmasını, egemenliğin ihlali şeklinde yorumlamaktan ziyade, toprakların genişlemeye başlaması, bölgede oluşan yeni ticari düzen gibi dönemin ekonomik şartlarının bu etkileşimlere sebep olduğu şeklinde yorumlamak gerekir.

Yıldırım Bayezid Han döneminde de reaya şikâyetlerini Padişaha iletebilmiştir. Kadılar, anılan dönemde ekonomik anlamda sıkıntı içerisine girmiştir. Yıldırım Bayezid Han, ilmiye sınıfında da olsa kişileri cezalandırabilme yetkisini kullanabilmiştir.

V. EKLER

Ek 1: Kırklareli Müzesinde yer alan Yıldırım Bayezid Han dönemine ait bir sikke örneği⁴¹



Ek 2:

Yıldırım Beyazıd'ın Sikkeleri (792-805)

Yıldırım Beyazıd'ın bugüne kadar bulunabilen akçelerinden anlaşıldığına nazaran dört defa darb-ı sikke ettirmiştir. Birinci (?) defa darb edileni zırde⁴² görüldüğü gibidir.

Veçhi⁴³ : Bayezid zahri⁴⁴ : hullude⁴⁵ mülkühü⁴⁶
Bin Murad 792

İkinci defa darb edilenleri birincisi gibidir. Yalnız tarihin sağ tarafına üç nokta (...⁴⁷) konulmuştur.

Üçüncü defa darb edileni zırde görüldüğü misillü⁴⁸ üç nokta

Bayezid hullude mülkühü
Bin Murad ∴ 792

Tarihin sol tarafına mevzu'udur⁴⁹.

41 Bu sikke ve Yıldırım Bayezid Han dönemine ait başka sikke örnekleri için bk. Tuzkaya, s. 138 vd.

42 Zır: aşağıda, altta

43 Veçh: yüz, ön yüzü

44 Zahri: arka, sırt, arka yüzü

45 hallede: ebediyen sonsuz olarak muhafaza etsin, korusun

46 İktidar, maharet, tekrarlama, tekrarlama meydana gelen alışkanlık, yatkınlık.

47 Noktalardan ikisi ortadaki dışındakiler yukarıda olacak.

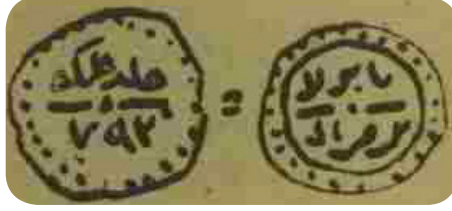
48 Misillü: şekilde

49 Burada "konulmuştur" manasındadır.

Dördüncü satırlar⁵⁰ arasına resmedilen hatt-ı fâsılın⁵¹ ve satırlarına (—.—) birer nokta vaz' edilmiştir.

Mezkûr dört muhtelif akçenin muhteviyatı usûl-ü kadime üzere biri hat diğeri noktalardan mürettib⁵² iki daire ile ihata⁵³ olunmuştur.

Bunlardan birinin şekli zîrde resmedilmiştir.



Bu dört nevi akçeler bâlâ⁵⁴da tarif edildiği misillü yalnız zâhiri⁵⁵ işaret ile değil hatlarından da yek-diğerinden farklı olmasıyla da ayrılır. Vezinlerine⁵⁶ gelince ekseriyle bir kırat⁵⁷tan bir habb⁵⁸ noksandır. Kutrları⁵⁹ (11) ile (12) milimetre arasında muhtelifdir.

Bugüne kadar ancak bir nevi'-i mangırı bulunabilmiştir ki, şekli zîrde gösterilmiştir:

Vechi⁶⁰ : Bayezid zahrî⁶¹ : hullude⁶² mülkühû
Bin Murad . . . ★ . . .

Vech ve zahrî ale-l-usûl⁶³ biri hat diğeri noktalardan mürettib iki daire dâhilindedir. Kutrları (18, 19) milimetre arasında tehallüftur⁶⁴. Vezni ½ 13 kı-rattır.

50 Satr: yazı sırası

51 Hatt-ı fâsıl: ayıran çizginin

52 Tertib eden, nizama sıraya koyan

53 kuşatma

54 yukarıda

55 Açık, görünür, açık, belli meydanda

56 Vezni: ağırlık, tartı, tartma

57 Kırat: şerisi, orta büyüklükte beş arpa ağırlığında olan ve kuyumcular arasında kullanılan miskalın yirmi dördte biri kadar bir ağırlık ölçüsü, devellioglu, s. 516.

58 tane

59 Kutr: çap

60 Vech: yüz, ön yüzü

61 Zahrî: arka, sırt, arka yüzü

62 Hald: devamlılık, süreklilik

63 Yol yordam gereğince

64 Geride bırakma, arkada kalma, uygun gelmeme

Beyazıd beğın meskûkâtı⁶⁵ bâlâda tarif ve tavzif⁶⁶ eylediğimiz (?) misillü olup zamanında dahî altın sikke darb edilmeyip tedavül⁶⁷ eden altın venedik dukası idi. muvarrih Hamer, Kastamonu emaretinin⁶⁸ Bayezid Bey tarafından zabtı vesilesiyle mezkûr ülkede mevcut meâdından⁶⁹ bahsedip (cihatma ?)nın iki yüz ellinci sahifesindeki tafsilatı⁷⁰ anlatarak “ıdrisin (?) hesabınca gümüş hasılatı (bakır olmasa gerek) senevî⁷¹ seksen bin akçe yahut iki bin duka altından ibaret idi. Bir duka altının kıymeti de kırk akçe idi.” Dedğine nazara devr-i Bayezid evvelde mütedâvil⁷² duka altınlarının kırk akçeye tedavül eylediği anlaşılır[¹].

Hâmir tarihinde idare-i adliyenin ıslahata muvafık olan ali paşanın bir takım sikkeler darb ettirerek eskileri iptal ettirdiğini *mahy el dinin* (?) kütüphane-i kiralıyyede el yazısıyla olan tarihinden naklen rivayet eylemektedir[²].

Lütfi paşa tarihinin matbu nüshasında, ki henüz neşr olunmamıştır, “yeni akçe kesip eski akçe ile *Pazar etmemek*(?) *evvel-i te’lif*⁷³ etti” denilmektedir.

Bu hususta en ziyade asabileşen aşık paşazadedir. Tarihinde : “Bu al-i imân kapısında esirden geçidlik almak (hams⁷⁴-ı şer ‘i) ânın *binyâdıdır* (?). (Mevlana Rüstem hakkında) vehm-i⁷⁵ eski akçe ile *Pazar olmamak* anın agvasıdır⁷⁶ vehm-i eski akçeyi gayri iklîme⁷⁷ eyletmemek anın sebebidir” demektedir [¹].

Netâyic-ül-vukuât⁷⁸ rivayetince “ Osman, Orhan ve Murat Beyler bir maişet⁷⁹-i sâdiki⁸⁰ ile imrâr-ı zaman⁸¹ ve hayat eyledikleri halde Bayezid beyin

65 Sikke haline getirilmiş paralar

66 Vasiylandırma, nitelendirme

67 Tedavül: elden ele gezmeye, dolaştırma, dolaşma.

68 Emaret: emirlik.

69 Meâd: avdet edilen mahal, dönüp gidilecek yer. Dönüş geri gidiş.

70 Etraflı olarak bildirme, uzun uzadıya anlatma

71 Seneyle ilgili, bir yıllık

72 Tedavülde bulunan elde ele gezen, dolaşan, kullanılan

[1] Hâmir tarihi, Esad Cabir Paşa tercümesi, sahife 432-431

[2] Hâmir tarihi, Esad Cabir Paşa tercümesi, cild , sahife 328

73 Uzlaştırma, barıştırma

74 beş

75 Kuruntu, yersiz korku, şüphe tereddüt

76 Agva: delaletle en çok sapan, adall, doğru yoldan pek sapmış olan, çok fena yol tutmuş olan

77 Memlekete diyar

[1] Aşık paazade tarihi, İstanbul tabı, sahife 189.

78 Osmanlı Devleti’nin siyasal olaylarından çok, bütün teşkilâtını, kurumlarını konu edinen ve 1889 da vefat etmiş olan Mansûrîzade Mustafa Nuri Paşa’nın bir eseri, Devellioğlu, s. 825.

79 Yaşama, yaşayış, geçinmek için lüzumlu olan şey, Devellioğlu, s. 573.

80 Maişeti saidiki: sade yaşam

81 Zaman geçirme

vezir-i azamî bulunan alî *paşaleske*(?) yakın *vakte* kadar cari olan dârât-ı⁸² vezaretin muhatara'idır⁸³ - müzeyyen⁸⁴ ve melbes⁸⁵ râic⁸⁶ oğlanları ve harem ağaları kullanmak ve evânî⁸⁷-i simü zer⁸⁸ isti'mâl etmek⁸⁹ yollarını açtığından ve kaide⁹⁰ten dahi devletin tereffüh⁹¹ ve ten'im⁹² zamanı hulûl⁹³ eylemiş idi ve kendin yıldırım Bayezid altun dökme ve altunlar telleri⁹⁴ ile nesc⁹⁵ olunmuş elbiseler giymeye ve zer ve sîmden masnû⁹⁶ avânî⁹⁷ isti'mâl eglemeğe başlayıp sâ'ir ihtîşâmât ve tezeyyünat⁹⁸ dahi bu mıkıyas⁹⁹ üzere cereyan eyledikten o ahir-i eyyam¹⁰⁰ saltanatında vezâ'if-i askeriyeyi takalile¹⁰¹ mecbur oldu. Bereket versin masârif külliye-i devlet olmak lazım gelen mü'âşât¹⁰² hass-ı tımar suretiyle hasılât aşeriyeden¹⁰³ muhavvel¹⁰⁴ bulunduğundan hazine-i devletin mezâikası¹⁰⁵ tamamıyla meydana çıkmadı" [2] denilmektedir. Eski akçelerin yani Orhan ve Murad Beyler zamanlarında mütedâvül¹⁰⁶ bilcümle¹⁰⁷ akçelerin tedâvülü ve başka memleketlere ihracı da yasak edildiğini muvarrîhın¹⁰⁸ rivayatından (?) ve vezâif-i askeriyeyi taklile¹⁰⁹ mecbur olacak mertebede sefâhet yüzünden hazine-i devletin mezâikaya¹¹⁰ düşüğünü de yine tarihçiden anladığımızdan, eski akçelerin men'-i tedâvülü sebebi meydana çıkmış olacaktır. Çünkü kadîm

82 debdebe, şan, büyük gösteriş

83 Muhatara': icat olunmuş, icat olunan şey.

84 Bezenmiş, süslenmiş, donatılmış, ziynetli. (kamus-i Türki, s. 1332)

85 Elbise

86 Revaçta olan, sürümü olan, sürüm değeri, (devellioğlu, s. 875)

87 Kap kaçaklar, kaplar

88 Gümüş ve altın

89 Kullanmak

90 Kaideye kurala uygun olarak, usule uygun

91 Geçimde bolluğa kavuşma

92 Nimetlendirme, nimetlendirilme

93 Gelip çatma, girme, yanaşma, geçme.

94 Tepeleri, yığınları

95 Dokuma, örme

96 Sanatla yapılmış, sahte, düzme, uydurma yapma

97 Vakit, zaman

98 Ziynetlenmeler, süslenmeler

99 Nispet, derece

100 Günlerin sonuncusu

101 Az olma, azalma, azaltma

102 Yaşayı, dirlik; geçinecek şey; aylık

103 Aşer: on, 10

104 Değiştirilmiştir; havale edilmiş, gönderilmiş, ısmarlanmış

105 sıkıntısı

[2] Netâ'ic-ül-vukuât, sahife 20.

106 Tedavülde olan, elden ele geçen, kullanılan

107 Hep, bütün, toptan

108 Tarihçinin

109 Azaltma, indirme.

110 sıkıntısı

akçelerin tedavülden men'i emri mezkur akçelerin i'tibâr-ı meskûke¹¹¹sini ref' ile adeta hurde¹¹² dereke¹¹³sine tenzil edip sahipleri bunları dirhem hesabıyla hükümete sunarak tedavül iden akçelere tebdil eylemekde muzattır¹¹⁴ kalacaklarından herkes miktar-ı nakdiyeye nazaran mutazarrır ve hazine-i hükümette o nispetinde faide-mend¹¹⁵ olarak muzayaka¹¹⁶sını def' eylemiştir. Bu sebebledir ki, Bayezid zamanında dört defa yeniden yeniye akçeler darb edilmiştir, bunlarında vezn¹¹⁷-i esasından bir heba-ı noksan oldukları mevcutlarının da vezniyle anlaşılmıştır. Müşarün-ileyh zamanında icra edilen bu layıksız usul selatin¹¹⁸-ı müte'ehhir¹¹⁹ fena bir mesele olarak tevaruz etmiştir.

Bayezid bey zamanında dört defa yeni akçe darb olunduğu ve bunların yekdiğerinden suret-i tefriki de evvelce iş'âr¹²⁰ edilmiş idi. Hâlbuki mezkûr akçelerin cümlesinde (792) tarihi vaz' edildiğine nazaran mezbur tarihin pederi makamına culûsî tarihi olduğu anlaşıyor. Çünkü bu erkâm¹²¹ tarih-i culûsî olmuyo da yalnız sikkenin darb edildiği seneyi irâe¹²² için olsaydı, muteakiben darb edilen üç nevi' akçeler için de ayrı ayrı darb tarihleri vaz' edilirdi. Binaenaleyh akçelere tarih-i culûs konulmak 'âdet-i mustahseinesine¹²³ müşarünileyh Bayezidin zamanından ibtidâ¹²⁴ edildiği görülür. Meskukat-i¹²⁵ İslamiye müvarrihi Galip bey merhum "takvim-i meskukat-ı osmaniye"sinde [1] Yıldırımın tarih-i culûsünde müverrihin¹²⁶ (791) ve (792) sene-i hicrisi olmak üzere ihtilaf etmişler ise de kendisinin sikkelerindeki tarih, culûs tarihi olmak ihtimâlât-ı kuvviyeden ve atiyen görüleceği veçhile, en ziyade bu usule riayet edilmiş olması bunu müeyyid¹²⁷-i ahvalden bulunduğundan sene-i culûsi (792) olduğundan şüphe yoktur.

111 Sikkeli, damgası vurulmuş, para haline getirilmiş

112 Ufak değersiz şey, kırıntı

113 Aşağı inilecek basamak, en aşağı kat

114 İcbar olunan, mecburi

115 Menfaat elde eden, karlı

116 Sıkıntı darlık

117 Tartılma, ağırlık

118 sultanlar

119 Sonra gelen

120 Yazı ile bildirme, haber verme.

121 Yazılar, resimler, sayılar

122 Gösterme, tayin etme

123 Herkesin güzel bulup beğendiği

124 başlama

125 Para haline getirilmiş sikkeler, akçe

[1] Mezkur kitap, sahife 17.

126 Tarihçiler, tarih yazarlar

127 Teyit eden, kuvvetlendiren

[2] Tacü't-tevarih, cild 1, sahife 125

Tacü't-tevarihde: Yıldırım Bayezidin tarih-i culüsü (792) senesi ramanın dördüncü günü olmak üzere gösterilmektedir. [2] Solakzade tarihi de bu rivayeti teyit eylemekte olduğundan meskukat ile şu iki tarihin rivayetleri tatâbuk¹²⁸ etmektedir [3]. Hayri Efendi tarihinde [4] suretleri menşe't¹²⁹ ferî- dunda münderic bursa kadısı efendiye gönderilen fetihname ile yine kadı efendi ile hassa-i harc¹³⁰ emini Süleyman beye hitaben irsal edilen fermana nazaran Kosova melhamesinin¹³¹ tarih-i vuku'atı (791) senesi Şabanın on dördüncü Salı günü vuku bulduğu yazmaktadır [5]

Bütün Türk ve ecnebi muvarihleri umumiyetle Kosova harbinin (791) senesinde vukû'nu rivayet eylemektedirler. Sikkeler ile tacü't-tevarih ve solakzade tarihi (792) senesini gösteriyorlar. Kadim bir muvarihin sehv¹³² olarak tarihine yazdığını bir fıkra müte'ehhir¹³³ tarih-i nuvislere intikal ederek t'atim¹³⁴ eder. Mesela yıldırım Bayezidin vuka'ı sırasında kötürüm Bayezid beyin nâmı pek çok geçer ve kendisine birçok isnâdâtta bulunur. Halbuki müşarünaleyhin mermerlerinden mükellef olduğuna nazaran yıldırım Bayezid'in tahta cülusundan altı sene mukaddem vefat eylemiş bulunduğu anlaşıncı, bütün muvarihlerin rivayeti doğru olmadığı tezahür eylemiştir [1]. Ve keza kadı Burhaneddinin vefatıyla memâlikenin zabtı için birçok rivayet mevcuttur [2]. Halbuki onun muvarrihi sekiz yüz senesi gayesine¹³⁵ kadar müşarünaleyhin vukû'at-ı tarihiyesini yazmakta olmasından sâ'ir muvarihlerin rivayat-ı mutehâlifesi¹³⁶ ber-taraf edilmiş olur. Bu mutâ'alaya nazaran muvarrihin akvaline¹³⁷ bakılmayarak sikkesinde görülen (792) tarihiyle Sa'adettin efendi merhumun rivayetinin savab¹³⁸ olduğu şüphesiz veleh rak (?) kabul edilmek lazım gelir.

128 Birbirine uygun olma

[3] solakzade, sahife, 51

[4] Hayri Efendi tarihi, cüzü 5, sahife 36 [kısım 5, AK]

129 Bir şeyin neşet ettiği, çıktığı yer, esas, kök.

130 vergi

131 Kanlı savaş

[5] Hamer Tarihinin Ata Bey tercümesi, cild 1, sahife 381-371

132 Yanlış, hata

133 Sonra gelen, sonraya kalan

134 umumileştirmek

[1] sinub kitabeleri, sahife 40. [Sinop kitabeleri, AK.]

[2] tacü't-tevarih, cild 1, sayfa 135.

135 sonuna

136 Birbirine uymayan rivayetler

137 Lakırdı, sözler

138 Doğru ve hak görülmüş, öyle hüküm olunmuş

Diğer bir nazariye ve ihtimale göre Yıldırım Bayezid pederiyle biraderinin şehadetlerini hafi¹³⁹ tuttuğunu Bursa kadısı efendiyle hassa-ı haraç emini Süleyman beye hitaben gönderilen fermanla pederi ve biraderinin şehit oldukları ve tabutunun Bursa'da defin olmak üzere gönderildiği münderiç olup bu cihetlerin kimseye haber verilmemesi kavviyen¹⁴⁰ tenbiye¹⁴¹ olunması^[3] dolayısıyla ma'lûm olduğundan müşarüleyh harbin ertesi günü kazanılan muzafferiyetin semeresini ikitat¹⁴² bahanesiyle ma'rûf kumandanlar ma'iyetine firak¹⁴³-ı askeriye tevdi' edip etrafa sevk eylediği ve kendisi de mezbur firakaların ya hezimet yahut adem-i muvaffakiyetleri takdirinde imdatlarına yetiştirecek mavakıda¹⁴⁴ cevlan¹⁴⁵ edip bu sırada madenleriyle meşhur Kartovayı zabt ve Üsküp şehrine islam-ı ahali yetiştirmek ve muahidat¹⁴⁶ akd eylemek misüllü umur¹⁴⁷ ile eyyam¹⁴⁸-ı zayfı¹⁴⁹ geçirip artık rum ilini mucib¹⁵⁰ endişe bir hal kalmayınca kışlamak üzere Edirneye vusul ve orada bi'at amme¹⁵¹ ve merasim-i mahsusa ile pederi tahtına cülus ider. Akçelerde murakkam¹⁵² (792) senesi cülus resmi tarihi olmak mutemeldir.

Yıldırım Bayezidin bakır sikkelerine gelince bunlar bir nevi'den ibaret olup resmi ve şekli evvelce gösterilmiştir. Müşarünaleyh akçeleri kırattan bir habbe¹⁵³ noksan ve mangıra da bir dirhemden devn¹⁵⁴ olmasına nazaran, pederi Murad Hüdavendigârın mangırları misillü on iki adetinin bir akçeye raic olduğu memuldur¹⁵⁵.

Ati

Hâmiş¹⁵⁶:

139 gizli

140 Güçlü bir şekilde

141 Tenbihat, uyandırma, ikaz

^[3] Hamer tarihi mütercimi Ata Bey in birinci cild tezyileninde (ekleme), sahife 382-381

142 Devşirme toplama

143 Tümenler, alaylar, bölükler,

144 Yer, mahal,

145 Doluşma, gidip gelme

146 Geri dönme, dönüş

147 Ehemmiyet verilen iş

148 Gün, zaman; nüfuz, iktidar

149 Yaz mevsimine mensup ve müeallik

150 İcap eden, lazım gelen, gereken

151 Umum, halk,

152 Yazılmış, yazılı; terkin edilmiş rakam sayı.

153 Buğday arpa ve saire gibi ufak ve yuvarlak olan şeyler, taneler

154 Alçak, zelif; aşağı; altında

155 Emel edilen, ümit olunan, umulan,

156 Kitabın kenarına yazılan şerh, derkenar.

Meskukat-ı Osmaniye'de bulunan baz¹⁵⁷ erkamın eşkal-ı kadimesi geçen mecmuada (255) inci sahifede iraiye¹⁵⁸ ve tahrir edilmiştir. eşkal-ı mezbure aslına mutabık surette tab' edilemediğinden tekraren zirde gösterilmiştir:



Dört rakam olup (855) tarihlerine kadar böyle yazılırdı.



Bu dahi dört rakam olup tarihi mezkurdan hayli müdder isti'mal olunmuştur.



Beş rakamı olup (900) tarihlerine kadar bu şekilde kullanılıyor idi.



Sıfır yerine müste'mel¹⁵⁹ olup (900) tarihlerinden sonra beş rakamına munkalib¹⁶⁰ olmasıyla sıfır bir noktaya (.) tahvil kullanmıştır.

Yine mezkûr mecmuanın 248 inci sahifesinin altı tarafından üçüncü satırın başındaki (Kanuni) kelimeleri (yavuz sultan selim) olmak üzere tashih kılınacaktır.

Ek-3 :

Yıldırım Bayezid ve Hükâm-ı Şer'

Yıldırım Bayezid zamanında kadılar pek itisâf¹⁶¹ eder oldu. Ahali şikâ-yete başladı. Yıldırım Bayezid memleketin her tarafına emin adamlar gönderdi. Tahkikât yaptırdı. Zulmü tahkik¹⁶² olunan seksen kadı zincire vurularak yenişehre (?) getirildi. Bir sayvandın¹⁶³ altında cem' olundu. Yıldırım Bayezid bunların ihrâk bi-n-nâr¹⁶⁴ edilmesine hüküm etti. Vezir-i ala paşa telaşe düştü. Kadıları şefa'at edemedi. Çünkü işin ucu kendine dokunuyor idi. Yıldırım Bayezid'in bir masharası¹⁶⁵ var idi. Masharaya müracaat etti. Yirmi bin dirhem gümüş va'd etti. Mashara sefer elbisesini giyinerek huzur-u padişahiye çıktı. Yer öptü. Sefere çıkmaya müsaade istedi. Sultan Bayezid seferin esbâbını sordu. Mazhara "İstanbul'a gideceğim. Seksen papaz alıp getireceğim. İdâmına hüküm ettiğiniz seksen kâdının yerini dolduracağım" dedi. Bayezid benim

157 Bir takım, birkaç miktar.

158 Gösterme, ibraz.

159 İstigmal olunan, kullanılan

160 Diğer bir şekle ve surete girmiş

161 Doğru yoldan sapma, yolsuzluk etme

162 Doğru, gerçek

163 Sad ile yazılmalı, sayvan: güneşlik

164 Ateşte yakma

165 Mashar: maskara, soytarı

kullarımda yerlerine konacak kâdı yok mudur? Dedi. Mazhara “sizin kullarınızda okur, yazar yoktur” cevabında bulundu. Mazhara sultan Bayezid’in hid-detini teskin¹⁶⁶ etti. İdâma mahkûm olunan kâdılar ‘afv eyledi. Vezir-i ala paşa fırsattan istifade ile kâdılarının yevmiyelerine zam ettirdi. Hücet-i i’lâmlarından birer mikdâr haraç almalarına dâhi müsaade istihsâl¹⁶⁷ etti.

Yıldırım Bayezid bir hususa şehadet için kâdı önüne geldi. İdda-i (?) şehadet etmek istedi. Kâdı şehadetini ret etti. Sen tarık-ı salatsın¹⁶⁸, namaza devam etmezsin, senin şehadetin kabul olunmaz; diye kabul etmedi. Meri’ üt-tevarihi sâhibi Fındıklılı Süleyman Efendi. Bu kadının molla fenâri olduğu zan eder.

166 Teskin etmek: sakın kılmak, yatıştırmak

167 Hasıl etme, meydana getirme, üretme, elde etme, ele geçirme

168 Namazı terk eden, namazı kılmayan

KAYNAKÇA

Alper, Değer & Anbar, Adem (2010), ‘Osmanlı İmparatorluğu’nun İç Borçlanmada Kullandığı Yöntem ve Araçlar’, Maliye ve Finans Yazıları Dergisi, Sayı: 87, Sayfa Aralığı: 27-49.

Avcı, Mustafa (2015), Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 4. Baskı, Konya, Mimmoza Yayınları.

Cin, Halil & Akyılmaz, Gül (2011), Türk Hukuk Tarihi, 4. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.

Cin, Halil & Akgündüz, Ahmed (2011), Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, OSAV Yayınları.

Demir, Abdullah (2010), Osmanlı Mahkemesi, İstanbul Yitik Hazine Yayınları.

Dursun, Necla (2012), ‘Konya Etnografya Müzesinde Bulunan Osmanlı Klasik Dönemi Sikkelerinden Örnekler’, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Sayı: 22, Cilt: 5, Sayfa Aralığı: 391-403.

Devellioğlu Ferit (2007), Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları.

Erdem, Ekrem (2006), ‘Osmanlı Para Sistemi ve Tağşiş Politikası: Dönemsel Bir Analiz’, Bankacılar Dergisi, Sayı: 56, Sayfa Aralığı: 10-27.

İnalcık, Halil & Anhegger, R. (1956), Kanun-name-i Sulatni ber Meceb-i Örf-i Osmani, Ankara, TTK Yayınları.

İnalcık, Halil (1951), ‘Osmanlı İmparatorluğu’nun Kuruluş ve İnkişafı Devrinde Türkiye’nin İktisadi Vaziyeti Üzerine Bir Tetkik Münasebetiyle’, Belleten, Sayı: 60, Cilt: XV, Sayfa Aralığı: 629-684.

Hammer, J. Von (2011), Osmanlı İmparatorluğu, I. Cilt, 5. Baskı, İstanbul, İlgi Kültür Sanat Yayıncılık.

Keskioğlu, Osman (1961), ‘İslâmî Tasvîr ve Minyatürler’, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt: 9, Sayfa Aralığı: 11- 23.

Ortaylı, İlber (1976), ‘Osmanlı Kadı’sının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine’, TODAİE Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 9/1, Sayfa Aralığı: 95-107.

Özcan, Ruhi (2005), 'Osmanlı Devleti'nde XVII. Yüzyılda Yapılan Sıkke Tashihleri', Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sayı:17,Sayfa Aralığı: 237-266.

Özcan, Tahsin (2003), 'Osmanlı Para Tarihi Üzerine Asırlık Çalışmalar' Türkiye Araştırma Literatür Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 1, Sayfa Aralığı: 443-448.

Pamuk, Şevket (2007), Osmanlı İmparatorluğu'nda Paranın Tarihi,4. Baskı, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları.

Parlar, Gündegül (2012), 'Orta Çağ'da Anadolu'da Hüküm Süren Beyliklerin Sikkelerinin Karakteristik Özellikleri ' Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, 38. ICANAS, Uluslar arası Asya ve Kuzey Afrika Çalışmaları Kongresi, Cilt: 5,Sayfa Aralığı: 2481-2490.

Sami Şemsettin (2006), Kâmûs-ı Türkî, İstanbul, Çağrı Yayınları.

Şakir, M. (1933), 'Sinop Kitabelerinden Basılı Olmıyan Birkaç Metin' Türk Tarih, Arkeologya ve Etnografya Dergisi, Sayı:1, Sayfa Aralığı: 157-159. www.envanter.gov.tr/files/belge/TAD1_0012.pdf s.e.t: 05.01.2016.

Tekin, Oğuz (2006), 'Sikkeler, Devletler, Hükümdarlar: Eskiçağda Anadolu'da Paranın Siyasal, Kültürel ve Ekonomik Rolü' Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi, http://www.obarsiv.com/e_voyvoda_0607.html s.e.t.: 04.01.2016.

Tekin, Oğuz (2009), 'Sikke', TDVİA, Cilt: 37, Sayfa Aralığı:179-184.

Tuzkaya, Emir(2010), 'Kırkırelili Müzesi'ndeki Osmanlı Dönemi Sikkeleri', (Yüksek Lisans Tezi), Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1988), Osmanlı İlmiye Teşkilatı, 3. Baskı, Ankara, TTK Yayınları.

Üçok, Çoşkun & Mumcu, Ahmet & Bozkurt, Gülnihal (2015), Türk Hukuk Tarihi, 17. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi.

Yılmaz, Fikret (1989), '1624 Sikke Tashihinin Amasya'daki Etkileri', Ege Üniversitesi Tarih İncelemeleri Dergisi, Cilt: IV, Sayfa Aralığı:137-150.

İDARİ USUL VE DİNLENİLME HAKKI

Arş. Gör. Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI*

ÖZET

İdarenin tesis edeceği işlem ve alacağı kararlarında genel idari usul kurallarına bağlı hareket etmesi, demokratik hukuk devletinin bir gereği olarak kabul görmektedir. Bu şekilde bireyin, kamu gücü ile donatılmış olan idare karşısında korunması ve idare ile yakınlaşması sağlanır. En önemli idari usul ilkelerinden biri olan dinlenilme hakkı gereğince de, hakkında tesis edilen idari işlem ve kararlardan etkilenecek ilgililere, idare tarafından kendini savunma ve görüşünü açıklama imkânı verilmesi gerekir. Böylece işlemin ilgilisi, hakkında tesis edilecek olan işlem hakkında önceden bilgi sahibi olup işlemin tescili sürecine katılabilir ve kendini ifade etme imkânı bulur. Bu şekilde idarenin de doğru bilgilenmesi sağlanarak, yargı aşamasından önce, bireyin haklarının korunmasına hizmet edilir. Savunma hakkı boyutu ile mevzuatta dağınık ve sınırlı bir biçimde düzenlenmiş olan dinlenilme hakkının, genel bir idari usul kanununda düzenlenmesi, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi bakımından daha etkili olacaktır.

Anahtar Kelimeler: İdari usul, dinlenilme hakkı, idari usul kanunu, savunma hakkı, hukuk devleti.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdari Hukuk Ana Bilim Dalı.

ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND RIGHT TO BE HEARD

ABSTRACT

As the necessity of rule of law, administrative authorities are bound with procedural rules. The persons can be protected against administrative authorities and they get closer one another by these procedural rules. Thanks to the right to be heard, which is one of the most important principles of administrative procedure, the persons affected by administrative actions or decisions, can be heard and given the chance to express their point of view. By this way, they can be aware of the administrative decisions relating themselves. Thus, they can enlighten the administrative bodies and disputes can be solved before judicial process. It will be more effective for rule of law if the right to be heard is regulated in an administrative procedure act.

Keywords: Administrative procedure, right to be heard, administrative procedure act, right of defense, rule of law.

I. GİRİŞ

1982 Anayasa'sının 2. maddesine göre “*Türkiye Cumhuriyeti demokratik, laik, sosyal bir hukuk devletidir.*” Bu anlamda devletin tüm organları ve idare demokrasinin ve hukuk devletinin gereklerine uygun hareket etmek durumundadır.

İdarenin hukuka uygun davranması, Anayasa ve yürürlükteki mevzuat kapsamında hareket etmesi ile sağlanabilir. Ancak günümüzde, gerek kamusal hizmet ve faaliyetlerin gerekse idarenin muhataplarının çeşitlenmesi ve sürekli değişiklik göstermesi sebebi ile her türlü idari hizmet ve faaliyetin mevzuatla düzenlenmesi oldukça zordur. Bu sebeple, idarenin tesis edeceği işlemlerin de önceden belirli prosedürlere uymak suretiyle hukuka uygun davranmasını sağlayacak genel nitelikte bir idari usul yasası bulunması gerekliliktir.

Bir idari usul ilkesi olarak kabul edilen dinlenilme hakkı, bir idari işlemin ilgilisinin işlemin tesisi aşamasında sürece katılımını sağlayarak, idarenin tek yanlı karar alma sürecinde daha doğru ve kapsamlı bilgi sahibi olmasının yolunu açar ve bu da idarenin hukuka uygunluk sınırları içinde kalmasına hizmet eder. İlgililerin, haklarında tesis edilecek işlem veya kararların tesisi sürecine, ellerinde bulunan bilgi ve belgelerle katılması ile yönetime katılım (public participation) gerçekleşecek ve bu katılım, demokratik hukuk devletine hizmet edecektir. Buna ilave olarak dinlenilme hakkı idarelerin kapalı kapılar ardında gizlilik anlayışı içinde karar vermesini önlemek açısından yönetimde açıklık ilkesine de hizmet edecek önemli bir idari usul ilkesidir.

II. İDARİ USUL

İdarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanmasında hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olarak idarenin yargısal denetime tabi tutulması elbette önemlidir, ancak tek başına yeterli değildir. Günlük hayatta idare ile sürekli karşı karşıya gelen bireyleri ilgilendiren işlemlerin tesisinde, idareyi belli usullere bağlamak şüphesiz yargısal denetimden evvel, etkin bir hukukilik denetimi sağlayacaktır. İdarenin işlemlerinin belli prosedürlere bağlanması ve her bir idari işlem için ilgilinin bu sürece katılımının, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde etkinliği ve verimliliği ortadan kaldıracığı ve

idarenin hızını düşüreceği düşüncesinin aksine¹, küreselleşen dünyada açık ve şeffaf yönetim anlayışının bir gereği olarak idareyi belli usullere bağlamak konusunda neredeyse fikir birliği bulunmaktadır².

Küreselleşen dünyada idarenin hukuka uygun davranmasını ve idare karşısında bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasını sağlamaya yönelik global yönetim ilkeleri oluşturma çabası göze çarpmaktadır. Bu kapsamda, özellikle son elli yılda dünyada pek çok ülkede iyi yönetim (good administration) ilkeleri oluşturma yolunda ciddi adımlar atılmıştır. Bunlardan en önemli çaba şüphesiz idari usulün düzenlenmesi yönündeki çalışmalardır.

Avrupa Konseyi'nin 28 Eylül 1977 tarihli, 31(77) sayılı “Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması” başlıklı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı³, idari usulü ortaya koyan en çarpıcı metin olması açısından önemlidir. Bunun yanında pek çok ülkede genel idari usule ilişkin yasal düzenlemeler de bulunmaktadır⁴. Ülkemizde ise idari rejim anlamında örnek alınan Fransa'da olduğu gibi henüz genel idari usul kurallarına bir kül halinde yer veren yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Fransa'da 11 Temmuz 1979 tarihli ‘İdari İşlemlerin Gerekçeleri ve İdare ile Halk Arasındaki İlişkilerin Düzeltilmesine İlişkin Kanun’, idari usul açısından bir başlangıç kabul edilmektedir⁵.

Türk hukukunda ise daha çok özel nitelikteki kanuni düzenlemelerde bireyi idare karşısında korumayı amaçlayan idari usul kurallarına rastlanmaktadır. Bu konuda dikkati en çok çeken düzenleme 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'dur. Bunun dışında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun,

- 1 Belirtilen endişelerin aksine, özel düzenlemeler haricinde idarelerin kamu hizmetini yürütürken hangi tür kurallara bağlı olarak görev yapacağı konusunda genel bir düzenleme olmamasının, idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin etkinliğini ve verimliliğini azaltacağı ve bireyin idare karşısında güvencesiz kalacağı haklı olarak ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için Odyakmaz, Zehra (1998), ‘İdari Usulden Beklediklerimiz’, T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, Ankara, 1-16, s.12.
- 2 T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler (1998), T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara.
- 3 Kuntbay, İhsan (1978), çev. ‘İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar’, AİD, S.4, C.11, s.3-11, Kararın orijinal metni için: ‘On The Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities’ <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2009032&SecMode=1&DocId=752646&Usage=2>> s.e.t.10.10.2015.
- 4 1957 tarihli ‘Macaristan İdari Usul Kanunu’, 1976 tarihli ‘Alman İdari Usul Kanunu’, İspanyol 1922 tarihli ‘Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usul Hakkında Kanun’, Avusturya’ da 1925 tarihli ‘Genel İdari Usul Kanunu’, 1946 yılında Amerika Birleşik Devletleri’ nde ‘Amerikan İdari Usul Kanunu (APA)’.
- 5 Oğurlu, Yücel (2005), ‘İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?’, AÜEHFD, S:1-2, C:IX, 73-88, s.75-76.

Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Amme Alacakları Tahsili Usulü Hakkında Kanun, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu gibi kanunlarda özel idari usulü düzenleyen hükümler bulunmaktadır. Bunların yanında idari usul konusunda yapılan çok sayıda akademik çalışmanın⁶ temelini oluşturduğu ve yıllardır yasalaşmayı bekleyen bir Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı da bulunmaktadır.

Peki idari usulden ne anlaşılmalıdır? Tanım olarak idari usul, idari işlemin oluşumu sürecinde, ilgililerin haklarının korunmasını⁷ ve idari otoriteyi demokratik yöntemlerle bağlayarak, hukuka uygun davranmasını sağlamak⁸ amacı taşıyan kurallar olarak ifade edilebilir. İdari usul ayrıca, idarenin kamu gücünü kullanarak bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce, ilgililerin birtakım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini korumalarına imkân sağlayan çağdaş bir kurum⁹ olarak da tanımlanmaktadır. Yıllardır kanunlaşmayı bekleyen Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı kapsamında ise idari usul, idare işlevine ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi sürecindeki her türlü muameleyi ifade etmektedir¹⁰. Her ne şekilde tanımlanmış olursa olsun idari usul, idarenin demokratikleşerek daha açık ve şeffaf bir yönetim anlayışının oluşmasına hizmet etmek amacı taşımaktadır.

Bireyleri idare karşısında koruyarak, bireylerin yönetime katılımını sağlamaya yarayan ve iyi yönetim (good administration) anlayışının ruhunu taşıdığı ifade edilen¹¹ Avrupa Konseyi'nin 31(77) sayılı Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması başlıklı Bakanlar Komitesi Tavsiye kararında önemli beş idari usul ilkesi vurgulanmaktadır. Bunlar; *dinlenilme hakkı (right to be heard)*, *belgelere erişim hakkı (the right to access information)*, *temsil ve danışmanlık hakkı (the right of assistance and representation)*, *idari işlemlerde gerekçe yükümlülüğü (the administrative obligation of stating reason)* ve *hukuki başvuru yollarının gösterilmesi (the administrative obligation of indicating available remedies)*'dir¹².

6 Bu konuda Ali Ülkü Azrak'ın 'Umumi İdari Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi' adlı doktora tezi, 17-18 Ocak tarihli 'İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu', Bahtiyar Akyılmaz'ın 'İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü isimli eseri, idari usul çalışmaları açısından son derece önem arz etmektedir.

7 Oğurlu, s.79.

8 Alan, Nuri (2000), 'İdari Usul ve İdari Yargı', Ankara Barosu Dergisi, S:2, 9-24, s.10.

9 Odyakmaz, Zehra (1997), 'Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar', GÜHFD, S:2, C:1, 2-21, s.3.

10 Odyakmaz, s.3.

11 Ponce, Juli (2005), 'Good Administration and Administrative Procedure', Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol:12, No:2, 551-588, s.558.

12 On The Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities, <<https://wcd.coe.int/com.intranet.InstraServlet?command=com.intranet.CmdBlobGet&IntranetImage=2009032&SecMode=1&DocId=752646&Usage=2>> s.e.t.10.10.2015.

Bu çalışma kapsamında, uluslararası metinlerde önemli bir idari usul ilkesi olarak kabul edilen dinlenilme hakkının (*right to be heard*) Türk hukukunda ne şekilde anlaşıldığı ve düzenlendiği, yargısal içtihatlarla hangi boyutu ile konu olduğu meseleleri genel hatları ile ortaya konmaya çalışılacaktır.

III. DİNLENİLME HAKKI

A. TANIM

31(77) sayılı Tavsiye Kararı'nda belirtilen idari usul ilkelerinden ilki olarak karşımıza çıkan dinlenilme hakkı, 31(77) sayılı Tavsiye Kararı'nda; '*Haklarını, özgürlüklerini ya da yararlarını zedeler nitelikteki her idari işleme karşı ilgililerin, vakıalar ve deliller ileri sürme ve gerektiğinde ispat araçları sunma hakkı vardır. Bunlar idare tarafından göz önünde bulundurulur.*' şeklinde ifade-sini bulmuştur.

Doktrinde dinlenilme hakkı, idari işlemin tesis edilmesinden önce, karar için belirleyici olan önemli vakıalar ile ilgili olarak, idari makamın, idari işlemden etkilenecek ilgililere görüşünü açıklama fırsatı vermesi yükümlülüğü¹³ olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda dinlenilme hakkı, idari işlemin yapılış sürecinde açıklık ve katılım ilkelerine hizmet eden¹⁴ ve haklarını, özgürlüklerini yahut mevcut hukuki durumlarını sınırlayan bir idari işlemin tesisi sürecinde, işlemin ilgisine kendi vakıa ve delillerini ileri sürme fırsatı tanıyarak onu idari usulün bir parçası haline getiren, önemli bir usuli güvencedir.

Alman İdari Usul Kanunu (Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG) kapsamında da düzenlenen dinlenilme hakkı (Anhörung Beteiligter), ilgililerin kanunda yer alan en önemli idari usul hakkı olarak ifade edilmektedir¹⁵. Buna göre, hakkında alınacak karara etki eden her maddi vakıaya ilişkin olarak ilgiliye dinlenilme hakkı tanınmalıdır. VwVfG kapsamında idare de ilgili-nin bildirmediği durumlara dayanarak karar vermemeli ve kararın dayandığı gerekçeleri ilgiliye bildirmelidir¹⁶.

13 Akylmaz, Bahtiyar (2000), İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.143.

14 Akylmaz, s.140.

15 Schmitz, Thomas, 'The Administrative Procedure in German Administrative Law' (2013), German Law Centre, <http://www.thomas-schmitz-hanoi.vn/Downloads/ZDR-Conference_admin-decision_Schmitz1-en.pdf> s.e.t. 13.09.2015.

16 Schmitz, s.6.

Ülkemizde yıllardır kanunlaşmayı bekleyen Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda da dinlenilme hakkına açıkça yer verilmiştir. Tasarının 'Dinlenilme Hakkı'na ilişkin 25. maddesinde; *“Dinlenilme hakkı, ilgililerin, bir idarî işlemin yapılmasından önce, haklarını, özgürlüklerini ya da hukukî yararlarını savunmak üzere kendi tercihleri doğrultusunda yazılı veya idarece düzenlenecek görüşme toplantısında sözlü açıklama yapmalarını, tanık dinletebilmelerini, idareye her türlü bilgi ve belge sunmalarını, bilirkşi incelemesi yapılması isteğinde bulunmalarını kapsar.”* demek suretiyle, dinlenilme hakkının tanımı ve kapsamı ortaya konmaktadır.

B. İDARE VE DİNLENİLME HAKKI

İdari kararların alınmasından önce ilgili kişinin görüşlerinin alınması, çelişme usulü¹⁷ olarak ifade edilmektedir. Çelişme usulü, hem iddianın hem de savunmanın dinlenmeden karar verilmemesi¹⁸, karşılıklı görüşlerin ortaya konmasıdır. Çelişme usulüne başvurulduğunda, idari işlem yahut kararın ilgilisinin, hukuki durumunu etkileyen vakıalarla ilgili görüşünü bildirmesi temin edilir ve böylece işlemin ilgilisinin savunma hakkı da korunmuş olur¹⁹.

Burada savunma hakkı ile dinlenilme hakkı arasında bir ayrımın olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir. Savunma hakkı, esasen dinlenilme hakkı ile iç içe bulunan ve aslında dinlenilme hakkının uzantısı²⁰ niteliğinde bir haktır. Bu anlamda savunma hakkının kullanılabilmesi, ancak hak ve menfaatini ihlal etmesi muhtemel bir idari işleme karşı ilgilinin, işlem henüz idarenin önünde ve oluşma safhasındayken sürece katılarak dinlenilmesi ile mümkün olacaktır²¹.

Çelişme ilkesi ceza muhakemesi hukukunda son derece önemli bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “İfade ve Sorgu” başlıklı 147. maddesinin (f) fıkrası uyarınca, şüpheliye veya sanığa kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınacağı belirtilmektedir²². Ceza

17 Gözler, Kemal (2009), İdare Hukuku, 2. Baskı, Bursa, C:1, Ekin Yayınevi, s.863.

18 Ulusoy, Ali D. (2013), İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.50.

19 Gözler, s.864.

20 Alan, s.15.

21 Alan, s.15.

22 CMK m. 147/f : “Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.”

muhakemesinin temel ilkelerinden kabul edilen şüpheli ya da sanığın hakkında hukuki durumunu olumsuz yönde etkileyebilecek herhangi bir karar verilmezden evvel görüş bildirme hakkının bulunması²³, idare hukukunda dinlenilme hakkı olarak karşılığını bulmaktadır. İdare hukukunun bu bakımdan muhakeme hukukundan etkilendiği de ifade edilmektedir²⁴.

Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'nda öngörüldüğü şekliyle dinlenilme hakkı, yargılama usulünden farklı olarak, bir idari işlemin yapılması sürecinde ve her halde yargısal safhadan önce gündeme gelmekte ve ilgiliye haklarını, özgürlüklerini veya hukuki yararını savunmak amacıyla idareye yazılı veya sözlü açıklama yapma, tanık dinletebilme, her tür bilgi ve belgeyi sunma yahut bilirkişi incelemesi talebinde bulunabilme imkânı tanımaktadır. Bu kapsamda ilgililer işlemin yapılış sürecine aktif olarak katılma ve meşru vasıtalarla idareyi etkileme imkânına sahip olmaktadır²⁵. Burada idareyi etkilemekten kasıt, idarenin işleme esas teşkil eden vakıalarla ilgili olarak yaptığı araştırma ve soruşturma sonucunda, vakıaların ortaya çıkmasını sağlayarak²⁶ doğru bilgilenmesi ve sonuçta da idarenin hukuka uygun işlem tesis etmesi konusunda idareye yardımcı olunmasıdır.

Peki dinlenilme hakkından yararlandırılma bakımından idari işlemin türü önemli midir? Şöyle ki, dinlenilme hakkının esasen ilgilinin hukuki durumunu olumsuz etkileyecek işlemler hakkında veya bir idari işlemin yapılmasına yönelik taleplerin reddi halinde kullanılması gerekmektedir. Daha açık bir ifade ile ilgisinin hukuki durumunda aleyhte bir değişiklik yaratan, ilgisine yükümlülük getiren, ondan bir şeyi yapmasını veya yapmamasını talep eden ya da ilgilinin menfaatine dokunacak şekilde yararlandırıcı bir işlemin yapılması talebinin reddi niteliğindeki idari işlemler bu hakkın konusunu oluşturmaktadır²⁷. Bu kapsamda sadece hakları, hürriyetleri ya da menfaatleri zedeleyen idari işlemlerle ilgili uygulanma imkânı bulan dinlenilme hakkının, eğer idari işlem ilgilinin dilekçesi üzerine ve talebi tümüyle karşılayacak şekilde hazırlanıyorsa tanınmasına gerek bulunmamaktadır²⁸.

23 Kunter, Nurullah& Yenisey, Feridun& Nuhoglu, Ayşe (2010), Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta, s.32.

24 Gözler, s.864.

25 Özay, İl Han (2004), Günışığında Yönetim, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, s.67.

26 Evren, Çınar Can (2010), 'İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:91, 110-145, s.139-140.

27 Akyılmaz, Bahtiyar & Sezginer, Murat & Kaya, Cemil (2014), Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.528.

28 Özkan, Gürsel (1998), 'İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri', T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 63-90, s.68.

Dinlenilme hakkının kullandırılması konusunda idarenin konumuna gelince, Genel İdari Usul Kanunu Tasarısı'na bakıldığında, bu konuda idareye takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Buna göre, "İdare, idarî işlemde önce ilgililere dinlenilme hakkı tanıyıp tanımama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Her kamu kuruluşu, kamu düzeni ve kamu yararını, idarî işlemlerde ivediliği değerlendirmek suretiyle bu Kanundaki zorunluluklar dışında hangi tür idarî işlemlerde ilgililere dinlenilme hakkı tanınabileceğini çıkaracağı yönetmelikle düzenler." denmektedir.

Doktrinde ilgiliye idari makamca görüşünü açıklama imkânı verilmesi idare açısından bir yükümlülük olarak ifade edilmektedir²⁹. İdare, bireyin menfaatine etki edecek bir düzenleme yapmadan önce, bireye görüşlerini açıklama imkânı verilmesi için gerekli koşulları sağlamak zorundadır³⁰. Üstelik bu yükümlülüğün, sadece yapılması ilgililerin talebine bağlı idari işlemler hakkında değil, aynı zamanda idarenin re'sen tesis edeceği idari işlemler hakkında da geçerli olduğu ifade edilmektedir³¹.

Bununla birlikte Tasarı'da dinlenilme hakkının kullanımının idarenin takdirine bırakılması eğilimi, üzerinde durmaya değerdir. Burada açıklanması gereken husus, idarenin takdir yetkisinin kapsamına nelerin gireceği meselesidir. Dinlenilme hakkı en öz biçimde, hakkında tesis edilecek idari işlemde etkilenen ilgiliye, karara esas teşkil eden önemli vakıalar hakkında kendini ifade etme imkânı³² olarak tanımlanabildiğine göre, bu hakkın kullanılması da ancak karar için belirleyici olan maddi vakıalara ilişkin olacaktır³³. Böylece idare, işlemi tesis etmezden evvel gerekli vakıalara hâkim olarak, kararını doğru temellendirme imkânı bulmuş olacaktır. Bu kapsamda işlemin ilgisine, idarenin işlemi tesis etmesi yönündeki iradesini etkileyebilecek hukuki noktalarla ilgili olarak da görüşünü beyan etme olanağı verilmesi gerekir³⁴. Böylece idari işlemin hukuka uygunluğu henüz yargı safhasına geçmeden denetlenmeye başlanacaktır.

Ayrıca Tasarı'da, bu takdir yetkisinin *kamu düzeni*, *kamu yararı* ve idari işlemlerde *ivedilik* meseleleri değerlendirilerek kullanılacağı vurgulanmaktadır. Böylece takdir yetkisinin kullanımının sınırları çizilmeye çalışılmıştır.

29 Akyılmaz, s.143.

30 Schwarze, Jürgen (2004), 'Judicial Review of European Administrative Procedure', Law and Contemporary Problems, The Administrative Law of the European Union, Vol:68, No:1, 85-105, s.91.

31 Özkan, s.68-69.

32 Akyılmaz, s.145.

33 Akyılmaz, s.145.

34 "İlgiliye vakıalarla ilgili görüş açıklama imkânı verilmesi, hukuki soruna yönelik açıklama getirmesini engel değildir".Akyılmaz, s. 145.

Ancak kamu düzeni, kamu yararı gibi kavramların sınırlarının ve kapsamının net olarak ortaya konması oldukça güçtür ve neredeyse her somut durum için ayrı değerlendirme yapılması zaruridir. Kamu yararı gibi “*içeriği, konusu, maddesi belli olmayan çok işlevli*”³⁵ kavramlara dayanarak, dinlenilme hakkının kullandırılması konusunda idarenin takdir yetkisinin kapsam ve sınırlarını belirlemeye çalışmak, bu hakka hukuki bir güvence sağlamak noktasında yeterli olmayacaktır.

Hem kanun koyucu hem de uygulayıcılar idarenin alacağı her kararda veya yapacağı her idari işlemde işlemin ilgisine dinlenilme hakkının kullandırılmasının idari faaliyetlerin gecikmesi sonucunu doğuracağı endişesini taşımaktadır. Bu endişenin, yıllardır ağır işleyen bürokrasisi kanıksanan Türk yönetim hukuku anlayışı için çok yersiz olduğu söylenemez. Ancak dinlenilme hakkının kullanımının belirtilen zorunluluklar dışında idarenin takdirine bırakılması da, bu haktan umulan faydanın layıkıyla gerçekleşmesini engelleyecektir.

Bu noktada Alman İdari Usul Kanunu’nda olduğu gibi dinlenilme hakkının tanınması kural, bu hakkın kullandırılmayacağı durumların ise istisna olması ve mevzuatta dinlenilme hakkının hangi hallerde kullanılmayacağına açıkça belirtilmesi daha uygun olacaktır³⁶. Dinlenilme hakkına istisna tanınmasının eleştirildiği Alman doktrininde³⁷, istisna olarak öngörülen durumların ortaya çıkması halinde dahi, idarenin dinlenilme hakkının kullanımını sağlama yönünde hareket etmesi beklenmektedir. Zira ilgili düzenlemede sayılan haller, mutlak istisnalar olarak öngörülmemiştir.

C. HAKKIN KULLANIM ŞEKLİ

İdari işlemin ilgisine işlemin yapılış sürecinde kendini ifade edebilmesi için uygun bir süre verilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda Tasarı’da; “*Dinlenilme hakkı tanınan ilgililere, idarece, en az yedi gün önceden yazılı bildirimde bulunulup yapılmak istenilen işlemin konusu, maddi ve hukukî dayanakları, bu*

35 Akıllıoğlu, Tekin (1988), ‘Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler’, İHİD, Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan, S:1-3, C:9, 11-22, s.11.

36 VwVfG § 28/(2)’de dinlenilme hakkının hangi hallerde kullanılamayabileceği açıkça belirtilmiştir. Buna göre, 1. Bir tehlike ya da kamu yararı gereği derhal bir kararın alınması gerekilse, 2. Katılanın dinlenmesi halinde kararın alınması için öngörülen zaman sınırının aşılması tehlikesi mevcutsa, 3. Katılanın iddia ettiği vakıalara, onun aleyhine, farklı ise, 3. Yetkili makam genel karar almak, kapsamlı bir işlem yapmak veya otomatik bir araç vasıtası ile benzer bir idari karar almak istiyorsa, 5. İşlemin yürütülmesi engellenecek ise dinlenilme hakkının kullanımından vazgeçilebilir. Akyılmaz, s.146-147.

37 Akyılmaz, s.147, dipnot 252.

hakkı yazılı ya da sözlü olarak kullanabileceği, sözlü olarak kullanmak istiyorsa yapılacak görüşme toplantısının yeri, tarihi ve saati açıklanır.” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenleme Anayasa’nın 130. maddesi ile paralellik göstermektedir. Anayasa m. 130’a göre, “...Soruşturmayı yapmanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.” Bahsedilen bu yedi günlük süre şüphesiz alt sınırı oluşturmaktadır. İdare uygun görmesi halinde işlemin ilgisine bu süreden daha fazla bir süre tanıyabilir. Bu konuda idarenin takdir hakkı bulunmaktadır ve sürenin tespitinde somut olayın nitelikleri göz önünde bulundurulmalıdır.

Dinlenilme hakkının yazılı mı sözlü mü kullanılması gerektiğine ilişkin olarak ilgililerin yazı ile beyanda bulunmaları gerektiği kabul edilmektedir³⁸. Dinlenilme hakkı ile öngörülen amacın idarede açıklığın sağlanması olduğunu ve açıklığın da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile mümkün olduğunu ifade eden diğer görüş, dinlenilme hakkının duruşma yapılması suretiyle uygulanması gerektiğini ifade etmektedir³⁹. Ancak Tasarı’daki şekliyle idari usulün kanunlaşması halinde, ilgilinin yazılı ve sözlü olarak dinlenilmesi mümkün olacaktır. İlgilinin sözlü olarak dinlenilmesine karar verilmesi halinde, görüşme toplantısının yeri, tarihi ve saati idare tarafından açıklanmalıdır.

D. KAPSAMI

1. Konu Bakımından

Henüz hakkında yürürlüğe girmiş açık bir kanun hükmü bulunmamakla beraber, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak varlığı kabul gören⁴⁰ ve yargısal içtihatlarla şimdilik savunma hakkı boyutuyla konu olan dinlenilme hakkı, bireyi etkileyecek her tedbirin alınmasından önce ona tanınması gereken⁴¹ önemli bir haktır. Bu hak özellikle idari yaptırım kararları gibi yöneldiği ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen idari işlemlerin tesisi sürecinde önem arz etmektedir.

İdari yaptırımlar; “İdarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan

38 Akyılmaz, s.146.

39 Özkan, s.68.

40 İngiliz hukukunda ‘doğal hukukun üstünlüğü’ ilkesinden hareketle, yazılı bir hukuk kuralı olmasa dahi tarafın dinlenilmesi gerektiği yönünde, Schwarze, s.92.

41 Harlow, Carol (2006), ‘Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values’, The European Journal of International Law, Vol:17, No:1, 187-214, s.207.

doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlar” şeklinde tanımlanmaktadır⁴². Bu tanımlamaya göre birer idari işlem niteliğinde olan idari yaptırımlar için, genel bir usul öngören kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple idari yaptırımın tabi olacağı usul, özel nitelikteki mevzuat ile belirlenmeye çalışılmaktadır.

İdarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak, idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlar, verdiği cezalar⁴³ olarak da tanımlanan idari yaptırımlar, devletin egemenlik yetkisinin bir uzantısıdır ve kamu gücü kullanılarak uygulanır⁴⁴. İdari yaptırım olarak, disiplin cezaları, idari para cezaları ve kamu düzenini korumak amacıyla iş yerinin kapatılması, sürücü belgesinin geri alınması gibi diğer idari cezalar⁴⁵ karşımıza sıklıkla çıkmaktadır. Ancak Anayasa’da ve mevzuatımızda idari yaptırımlar konusundaki düzenlemeler, bu alanda uygulanacak genel usuli kurallar noktasında boşluk olduğu kabul edilecek kadar yetersizdir. Bu konuda en temel düzenleme Anayasa’nın savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceğine ilişkin 129/2 hükmüdür⁴⁶. Ayrıca Devlet Memurları Kanunu’nun ‘Savunma Hakkı’ başlıklı 130. maddesi⁴⁷, memur ve kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceğini düzenlemektedir. Bunun dışında idari yaptırımlar konusunda Anayasa’da öngörülen hukuk devleti ilkesi, hukuki güvenlik ilkesi (AY m.19), eşitlik ilkesi (AY m. 10) gibi temel ilkelerden yola çıkarak idari yaptırımlara ilişkin temel esaslar ve usuli güvenceler belirlenmektedir⁴⁸.

Bunların yanında ilgilinin savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceğini düzenleyen çeşitli kanun ve yönetmelikler de bulunmaktadır. 2547

42 Anayasa Mahkemesi, E: 1996/48, K: 1996/41, T: 23.10.1996, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S:33, C:1, s. 181, Aktaran: Çağlayan, Ramazan (2006), İdari Yaptırımlar Hukuku-Kabahatler Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Ankara, Asil Yayınevi, s.23.

43 Sancakdar, Oğuz (2014), İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.774.

44 Sancakdar, s.775.

45 Günday, Metin (2011), İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, s.237-239.

46 AY m.129/2: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.”

47 AY m.130 : “Devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun 7 günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayan memur, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.”

48 Sancakdar, s.808.

sayılı Yükseköğretim Kanunu⁴⁹, Yükseköğrenim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği⁵⁰ ve Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği⁵¹ bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Türk hukuku açısından yukarıda ifade edilen sınırlı birkaç düzenleme dışında savunma hakkını açıkça tanıyan bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak yaptırım niteliğindeki idari işlemler tesis edilirken işlemin ilgisinin savunmasının alınması gerektiği Türk idare hukuku doktrininde kabul edilmektedir⁵². Ancak savunma alınması ilkesi, ağırlıklı olarak disiplin cezaları açısından öngörülmektedir. Oysa dinlenilme hakkının yalnızca bir disiplin yaptırımının söz konusu olduğu durumlarda değil, ilgilinin hak, özgürlük ve hukuki durumunu etkileyen her türlü idari işlemin yapılması sürecinde dikkate alınması gereken bir usuli güvence olduğunu vurgulamak gerekir.

2. Kişi Bakımından

Savunma alınmadan ceza verilmemesi evrensel düzeyde kabul gören ve temel hak ve hürriyetler açısından güvence niteliğinde *“hukukun bir genel ilkesi”* olarak ifade edilmektedir⁵³. Özellikle bir ceza hukuku prensibi olarak kabul gören bu ilkenin yalnızca disiplin cezaları için değil, diğer idari yaptırımlar açısından da uygulanması gerekmektedir. Burada üzerinde durulması gereken husus, hukuk sistemimizde memur ve kamu görevlisi olmayan bireyler hakkında tesis edilecek olan idari yaptırım yahut hukuki durumunu etkileyen bir idari işlemin tesis edilmesinden önce de ilgilinin dinlenilmesinin gerekip gerekmediğidir. Hukuk sistemimiz açısından değerlendirildiğinde, savunma hakkının memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında açıkça düzenlenmesine rağmen, memur veya kamu görevlisi olmayan bireyler ile ilgili kanuni korumalar son derece sınırlıdır. Bu konuda Danıştay’ın da ekseriya memur ve

49 Madde 54/(d): “Hakkında kovuşturma yapılan öğrenciye sözlü veya yazılı savunma hakkı verilir. Tanınan süre içinde savunma yapmayan öğrenci bu hakkından vazgeçmiş sayılır.”

50 Madde 15/ (1): “Hakkında disiplin soruşturması açılan öğrenciye isnat edilen suçun neden ibaret olduğu, savunmasını yapacağı tarihten en az yedi gün önce yazılı olarak bildirilir... (2) Savunma yapmak üzere gelen kişinin savunmasını yazılı olarak sunmayı talep etmesi halinde kendisine üç günden az olmamak üzere süre verilebilir...”

51 Madde 24: “Savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya disiplin kurulunun yedi günden az olmamak üzere verdiği süre içerisinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayanlar savunma hakkından vazgeçmiş sayılırlar. Sanığa gönderilen yazıda, hakkında disiplin soruşturması açılan fiilin neden ibaret bulunduğu, savunmasını belirtilen sürede yapmadığı takdirde savunmasından vazgeçmiş sayılacağı bildirilir.”

52 Gözler, s.866.

53 Ulusoy, s.50.

kamu görevlileri ekseninde savunma hakkını tartıştığı görülmektedir⁵⁴.

Memura disiplin cezası verilmesinden evvel savunma alınması konusunda titiz davranan Danıştay'ın, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, diğer bireyler hakkında tesis edilecek idari yaptırım kararlarından önce de, ilgilinin dinlenilmesi yönünde içtihat geliştirmesi konusunda bir beklenti bulunmaktadır⁵⁵.

Bu noktada, yargı kararlarına sıkça konu alan Bağımsız İdari Otoriteleri ele almakta yarar bulunmaktadır. Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumları olarak da ifade edilen bu kurumlar, organik ve fonksiyonel anlamda bağımsız kuruluşlardır ve ilgili oldukları kamu hizmeti bakımından düzenleme ve denetleme yetkisine sahiptirler. Bu yetki kapsamında, yaptıkları faaliyet sonucunda hukuka aykırı davrananlar hakkında yaptırım uygulama yetkileri de bulunmaktadır⁵⁶. Örneğin Rekabet Kurumu rekabet düzeni gibi teknik bilgi ve uzmanlık isteyen; düzenleme, denetleme, araştırma, önerme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine başvuru bağımsız bir idari otoritedir⁵⁷. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)' un 16. ve 17. maddeleri uyarınca Rekabet Kurulu'nun rekabet düzenine aykırı eylemler olduğu takdirde idari para cezası kararı verme yetkisi bulunmaktadır. İşte, idari usule ilişkin ayrıntılı hükümler içeren kanunların en tipisi⁵⁸ olarak nitelendirilebilecek olan RKHK'de, idari yaptırım kararı verilmesi sürecinde uyulması gereken idari usul hükümleri detaylı biçimde düzenlenmiştir⁵⁹.

Danıştay da RKHK kapsamında ayrı bir idari usul olarak açıkça düzenlenen kurallara uyulmaksızın verilen idari yaptırım kararlarını iptal etmektedir. “...Rekabet Kurulu’nca ...sektöründe bulunduğu ileri sürülen rekabet ihlalinin ortaya çıkarılabilmesi; 4054 sayılı Yasada öngörülen idari usul kurallarının uygulanarak soruşturma sonunda verilecek nihai kararlar mümkün bulunmak-

54 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2007/1846, K: 2011/6, T:17.02.2011; Danıştay Onikinci Daire, E:2008/2174, K:2009/1703,T: 27.03.2009; Danıştay Onikinci Daire, E:2008/7024, K: 2011/1314, T: 23.03.2011; Danıştay Sekizinci Daire, E: 1991/1706, K: 1992/549, T:30.03.1992

55 Ulusoy, s.52-53.

56 Akyılmaz & Sezginer & Kaya, s.361-362.

57 Koç, Emin (2012), ‘4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul’, TBB Dergisi, S:98, 231-282, s.233.

58 Koç, s.239.

59 4054 sayılı Kanun kapsamında idari yaptırıma karar verilmesi için uyulması gereken idari usul Ön araştırma-Soruşturma-Sözlü Savunma Toplantısı-Nihai Karar olmak üzere temelde 4 başlık altında ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

*tadır.*⁶⁰ Bunun yanı sıra Rekabet Kurulu ile ilgili bir başka Danıştay kararında savunma hakkına ilişkin olarak yapılan tespitler son derece önemlidir:

“...Esasında idari işlem olan idari para cezası verilmesine ilişkin işlem, içerisinde barındırdığı cezalandırma iradesi nedeniyle ve potansiyel cezanın ağırlığı da dikkate alındığında, yaptırım tehdidine maruz kalan tarafa kendini savunma hakkı tanınması gerektiği açıktır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da, idari usul açısından yerinde inceleme yapmasının engellenmesi ya da zorlaştırılması fiili nedeniyle idari para cezası verilebilmesi için böyle bir usulün öngörülmemiş olması da bu genel prensibi değiştirmemektedir.

*Yaptırıma maruz kalan kişinin kendisini yargı mercileri önünde savunma hakkı olduğu öne sürülebilse de, idari yaptırımlar açısından tanınması gerekli güvencelerin esasında idari aşamada yerine getirilmesi gerektiği... düşünülmektedir.”*⁶¹

Görüldüğü gibi, bankacılık, telekomünikasyon, enerji gibi uzmanlık gerektiren alanlarda faaliyet gösteren idari otoriterlerce verilen ve regülatif idari cezalar⁶² olarak ifade edebilecek bu idari cezalar açısından, mevzuatlarında öngörülen özel idari usul kapsamında yer verilmese dahi, savunma hakkına riayet edilmesi içtihadi olarak kabul edilmektedir.

Danıştay’ın savunma hakkını özellikle memur ve diğer kamu görevlilerine verilen disiplin cezaları kapsamında tartıştığı ifade edilmişti. Örneğin Danıştay’ın bir kararında, *“...Herkesin kendisine yönelik isnadın nedeninden ve niteliğinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek hakkına sahip olduğu; olayı, isnadın nedenini ve hukuki niteliğini bilmeyen kişinin kendisini yeterince savunamayacağının açık olduğu, bu hususun, savunma hakkının temelini oluşturduğu”* belirtilmiştir. Bununla birlikte *“disiplin cezalarını vermeye yetkili merciiler tarafından, ilgili kamu görevlisinin...savunma yapmasına imkan tanınmasının hukuken zorunlu olduğu”*⁶³ da özellikle vurgulanmıştır.

Bir başka kararında da Danıştay, *“...disiplin cezaları verilirken 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda ve kurumların özel mevzuatlarında belirtilen ilkelere uygun bir şekilde disiplin soruşturmasının tamamlanarak savunma hakkının tanınması”*⁶⁴ gerektiğini belirtmekte, diğer pek çok kararında da savunma

60 Danıştay Onuncu Dairesi, E:2001/2814, K:2002/3262, T:25.09.2002.

61 Danıştay Onüçüncü Dairesi, E:2009/5890, K:2013/847, T:26.03.2013.

62 Ulusoy, s.47.

63 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2007/1846, K:2011/6, T:17.02.2011.

64 Danıştay Onikinci Dairesi, E:2008/7024, K:2011/1314, T:23.03.2011.

hakkının devlet memurları ve diğer kamu kurumlarındaki personel hakkında verilecek disiplin cezaları açısından söz konusu olacağını kabul etmektedir⁶⁵

Görüldüğü üzere Türk Danıştay, Anayasa ve yasalarla güvence altına alınan savunma hakkını, daha çok memur ve diğer kamu görevlileri hakkında verilecek olan disiplin cezaları ile sınırlı olarak ele almaktadır. Mevzuatımızda daha çok disiplin hukukuna ilişkin olarak savunma hakkı bağlamında karşımıza çıkan⁶⁶ bu hak, esasen savunma hakkını da kapsayan ve disiplin hukuku ile sınırlı olmayan daha geniş bir alanda uygulanma imkânı olan, bireye idare karşısında daha geniş usuli güvenceler sağlayan bir hak olarak kabul edilmelidir. Danıştay'ın kararlarında dinlenilme hakkına değinmekten kaçınması ise eleştiriye açıktır. Zira Türk idare hukukuna model teşkil eden Fransız hukukunda da savunma hakkı kamu görevlilerine uygulanacak yaptırımlar açısından pozitif dayanağını bulmakla beraber⁶⁷, kamu görevlileri dışındakilere uygulanacak yaptırımlar için açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır⁶⁸. Ancak buna rağmen hukukun bir genel ilkesi olması sebebi ile pozitif bir düzenleme bulunmasa bile savunma hakkının tanınması gerektiği noktasında Fransız Danıştay'ı tarafından içtihat geliştirilmiştir⁶⁹.

Fransız hukukunda, savunma hakkının esas itibariyle yaptırım niteliğindeki idari kararlar için söz konusu olacağı vurgulanmakla⁷⁰ birlikte, yaptırım niteliğinde olmasa bile örneğin memurun mesleki yetersizlik nedeniyle işine son verilmesi gibi bir kamu görevlisinin şahsını hedef alan idari işlemler için de çelişme usulünün uygulanması gerektiği de kabul edilmektedir⁷¹.

IV. DİNLENİLME HAKKI AİHS 6. MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLEBİLİR Mİ?

Dinlenilme hakkının adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi tartışmasına geçmeden önce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)'nde düzenlenen adil yargılanma hakkının hangi tür uyuşmazlıklar açısından kabul edildiği ve idari mercilerce verilen kararların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM)'nde incelenip incelenemeyeceği meselesi irdelenmelidir.

65 Danıştay Onikinci Dairesi, E:2011/1396, K:2014/5924, T:25.09.2014.

66 Akylmaz, s.142.

67 Gözler, s.869.

68 Gözler, s.870.

69 Gözler, s.870.

70 Gözler, s.870.

71 Gözler, s.870-871.

Adil yargılanma hakkı (*right to a fair trial*) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınmıştır⁷². Bu hükme göre adil yargılanma hakkından yararlanabilmek bakımından uyumsuzluğun türü önem taşımaktadır⁷³. AİHS'nin 6. maddesinin lafzından, medeni ve cezai nitelikte olmayan uyumsuzluklar hakkında adil yargılanma hakkının uygulanır nitelikte olmadığı anlaşılmakta ve 6. madde kapsamındaki AİHM içtihatlarının da temelde medeni hak ve yükümlülükler ve cezai meselelerde şekillendiğini görülmektedir⁷⁴.

Bu noktada öncelikli sorun idari nitelik taşıyan uyumsuzluklar açısından durumun ne olduğudur. Mahkeme'nin bu konudaki tutumunu katı olarak nitelendirmek doğru değildir. Zira AİHM, yorum suretiyle iç hukukta idari yargının yetkili olduğu bazı uyumsuzlukları 6. madde kapsamında değerlendirebilmektedir⁷⁵. Esasen Mahkeme *medeni hak ve cezai suçlama* kavramlarını geniş yorumlama eğilimindedir. Bu kapsamda şeklen kamu hukuku alanına dâhil olan pek çok hukuki ihtilaf özü bakımından medeni haklara ilişkin uyumsuzluk olarak nitelendirilebilmektedir⁷⁶. Mahkeme, her somut olayı kendi özel koşulları içinde değerlendirerek bir sonuca ulaşmaktadır⁷⁷. Bu kapsamda örneğin, sözleşmeli memurun işine son verme, memurun maluliyet ödeneğinin kesilmesi gibi idare hukukuna ilişkin meseleler⁷⁸ ile bir hukukçunun avukatlık staj başvurusunun reddedilmesi, alkollü içki satış ruhsatının geri alınması gibi idari yargı kapsamına giren uyumsuzluklar⁷⁹ da bu bağlamda değerlendirilmiştir⁸⁰.

Hüseyin Turan/Türkiye davasında AİHM, bir idari yaptırım niteliğinde olan para cezalarına ilişkin olarak önemli tespitlerde bulunmuştur. Buna

72 Sözleşme'nin m. 6/1 hükmüne göre; "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir..."

73 Sancakdar, s.784.

74 R. v. The United Kingdom, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No:10496/83, T:08.07.1987.

75 Sancakdar, s.784.

76 Gözübüyük, Şeref & Gölcüklü, Feyyaz (2011), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.266-267.

77 Gözübüyük & Gölcüklü, s.269.

78 Gözübüyük & Gölcüklü, s.273.

79 Ergül, Ergin (2012), Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, 1. Baskı, Ankara, Yargı Yayınevi, s.235.

80 Mahkeme, seçme ve seçilme hakkı gibi siyasi haklar, askerlik yükümlülüğü, vergiye itiraz gibi salt kamu hukukuna ilişkin uyumsuzlukları ise 6. madde kapsamında değerlendirilmemektedir. Ayrıntılı bilgi için Ergül, s.235.

göre, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından verilen idari para cezasına ilişkin olarak Hükümet, başvurana isnat edilen durumun ceza hukukundan kaynaklanmadığını belirterek AİHS'nin 6. maddesinin uygulanamayacağını iddia etmektedir. Oysa Mahkeme, Türk hukukunda, başvuranın suçlandığı olay, ceza hukuku alanına girmemekle birlikte, iç hukuktaki göstergelerin yalnızca göreceli bir değer taşıdığını belirtmektedir. Bu bağlamda, AİHM, başvuranın çarptırıldığı para cezasının genel hukuki hükümlere dayandığını kaydetmekte ve ihtilaflı yaptırımın cezai niteliğinin AİHS'nin 6. maddesi açısından ortaya konması için yeterli olduğunu vurgulamaktadır. Bu bakımdan başvuruya konu olan idari para cezası açısından AİHS'nin 6. maddesinin uygulanabilir olduğu belirtilmiştir⁸¹. Keza bir *fiilin niteliği* ve öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiğini belirten bir başka kararında AİHM, askeri disiplin yaptırımı sayılan hapis yaptırımını dahi 6. madde korumasından yararlandırmıştır⁸².

Bir başka kararında ise Mahkeme, yargılama safhasında, idari mercilerce başvuru sahibi hakkında düzenlenen dosya ile ilgili olarak bir alt derece mahkemesinde ya da idari merciler önünde iddialarını ileri sürüp dinlenmesi için bir zeminin oluşturulması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak bu tespitin ardından, idari bir otorite önünde ilgiliye, hakkında alınacak kararla ilgili olarak davet edilerek görüş beyan etme hakkı tanınmamasının Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal etmediğini, çünkü adil yargılanma hakkının idari merciler önündeki işlemleri kapsamadığını vurgulamaktadır⁸³.

Burada üzerinde durulması gereken başkaca bir husus da 6. madde kapsamında belirtilen “*mahkeme*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğidir. Sözleşmenin 6. maddesinde belirtilen “*yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme*” ibaresi, yargılamanın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yapılmış olmasını gerektirmektedir⁸⁴. AİHM'e göre ‘mahkeme’ deyiminden, kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencesi ile donatılmış, kendi görev alanına dahil konularda belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verme yetkisini elinde tutan organ anlaşılmaktadır⁸⁵. Bu tanımlamaya

81 Hüseyin Turan/Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No:11529/02, T:04.03.2008.

82 Özdek, Yasemin (2004), İnsan Hakları Hukuku, Avrupa ve Türkiye- AİHS Sistemi ve AİHM Kararlarında Türkiye, 2. Baskı, İstanbul, Kırmızıkaşem Yayınları, s.199.

83 Joos/ İsviçre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No: 43245/07, T:15.02.2013.

84 Özdek, s.203.

85 Ayrıntılı bilgi için, Gölcüklü & Feyyaz, s.279-283.

göre de, idare tarafından ilgisine dinlenilme hakkının tanınmadığı hallerde AİHM'e başvuru imkânı güç gözükmetedir. Zira, idarenin, özellikle cezai nitelikteki kararlarında bir yargı mercii gibi hareket ettiği düşünülse dahi, Sözleşme'de öngörülen bağımsızlık ve tarafsızlık koşulları noktasında tartışma gündeme gelmektedir. Bu kapsamda henüz idari işlemin tesisi sürecinde dinlenilme hakkına riayet etmeyen idari mercilerin, mahkeme olarak nitelendirilmesi, AİHM kararları kapsamında sık görülen bir husus değildir.

Buna karşın, örneğin görev yapmakta olduğu baro tarafından görevden uzaklaştırma cezası verilen avukatla ilgili uyuşmazlık⁸⁶, ortada klasik anlamda bir mahkeme olmamasına rağmen, idari nitelikteki bu yaptırıma karşı iç hukukta başkaca itiraz yolu bulunmadığı için, oyçokluğu ile⁸⁷ 6. madde kapsamında değerlendirilmiştir. Ayrıca ilgilisi üzerinde önemli sonuçlar doğuran idari cezaların adil yargılanma hakkı kurallarına bağlı tutulmasının bir zorunluluk olduğunu ve savunma hakkına riayet edilmeksizin idari mercilerce verilen idari yaptırım kararları açısından 6. maddenin uygulanması gerektiğini ifade eden görüşler de mevcuttur⁸⁸.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, idari bir işlem karşısında ilgilinin kendisini savunabilmesi için savunma hakkı ve savunma imkânlarının adli ve idari merciler tarafından eksiksiz ve her yönüyle tanınmamış olması halinde, kişi huzuru ve hukuk devletinin varlığından bahsedilemeyeceği⁸⁹ gerçeğinden de hareketle, Sözleşme'nin yorumunda bu hususların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bununla birlikte AİHM içtihatlarına da savunma hakkı yönüyle konu olan ve eşit ve adil yargılanma hakkı ile yakın ilişki içindeki, idari usulün belki de en önemli ilkesi olan⁹⁰ dinlenilme hakkına riayet edilmeksizin alınan idari karar veya işlemler sonucunda ilgililerin hak ihlaline uğramaları halinde, etkili iç hukuk yollarını tükettikten sonra⁹¹ Mahkeme'ye başvurabilmeleri, Sözleşme'nin kısıtlayıcı mahiyeti gereğince, şimdilik ancak istisnai hallerde mümkün olabilecek gibi gözükmetedir.

86 H./Belçika, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, No:8950/80, T:30.11.1987.

87 H./Belçika, kararında Baro'nun disipliner nitelikteki görevden uzaklaştırma kararı verebilmesi için uyması gereken belirli usul kurallarının dahi olmadığı hakkındaki azlık oyu için: Concurring Opinion Of Judge Ryssdal, H./Belçika.

88 Ulusoy, s.53.

89 Turan, Hüseyin (2009), 'Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri Ve Önemi', TBB Dergisi, S:84, 213-230, s.222.

90 Schwarze, s.91.

91 İç Başvuru yollarının tüketilmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için, Gözübüyük & Gölçüklü, s.63-87.

V. SONUÇ

Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti olmanın bir gereği, şüphesiz idarenin işlemlerinin hukuk kuralları ile bağlanmasıdır. Bu noktada idarenin idari faaliyetlerini yürütürken daha etkin ve verimli bir biçimde çalışabilmesi, tüm eleştiriler bir yana ancak genel idari usulü düzenleyen kurallar ile mümkün olabilecektir. Genel idari usul kuralları ile idarenin keyfi hareket etmesinin önüne geçilecek ve işlemin ilgililerinin sürece aktif katılımı sağlanarak demokratik hukuk devletinin gereklerine hizmet edilmiş olacaktır.

İlgilinin hukuki durumuna, hak ve özgürlüklerine dokunan idari işlemler ile ilgili olarak dinlenilmesi ise idari usul ilkeleri içinde en dikkate değer ilkelerdendir. Dinlenilme hakkı sayesinde bireyler, idarenin hakkında tesis edeceği işlemler hakkında henüz işlem nihayete ermeden önceden bilgi sahibi olmak suretiyle, idareyi elindeki bilgi ve belgelerle vakıalar hakkında aydınlatma ve kendini savunma imkânına sahip olmaktadır.

Genel idari usulü kanunlaştıran ülkeler, dinlenilme hakkını güvenceye almışken, mevzuatımızda henüz savunma hakkı kapsamında ve sınırlı bir alanda kabul edilen bu hakkın hukuk sistemimize entegre edilmesi ivedi bir ihtiyaçtır. Gerek idari yaptırımlar gerekse ilgililerin hukuki durumunu etkileyen diğer idari işlemler açısından işlemin ilgilisinin dinlenilmesi gerektiği konusunda yerleşik bir içtihadın olmamasının en temel sebebi de, genel bir idari usul başlığı altında, idarenin işlemlerinde riayet etmesi gereken prensipleri düzenleyen hukuki bir düzenlemenin bulunmayışıdır. Bu anlamda dinlenilme hakkının ve bireyin idare karşısında korunmasının en önemli güvencesi Genel İdari Usul Kanunu olacaktır.

KAYNAKÇA

Akılhoğlu, Tekin (1988), 'Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler', İHİD, Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan, S:1-3, C:9, 11-22.

Akyılmaz, Bahtiyar (2000), İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Akyılmaz, Bahtiyar & Sezginer, Murat & Kaya, Cemil (2014), Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Alan, Nuri (2000), 'İdari Usul ve İdari Yargı', Ankara Barosu Dergisi, S:2, 9-24.

Çağlayan, Ramazan (2006), İdari Yaptırımlar Hukuku - Kabahatler Kanunu Yorumu, 2. Baskı, Ankara, Asil Yayınevi.

Ergül, Ergin (2012), Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, 1. Baskı, Ankara, Yargı Yayınevi.

Evren, Çınar Can (2010), 'İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:91, 110-145.

Gözler, Kemal (2009), İdare Hukuku, 2. Baskı, Bursa, C:1, Ekin Yayınevi.

Gözübüyük, Şeref & Gölcüklü, Feyyaz (2011), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 9. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Günday, Metin (2011), İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.

Harlow, Carol (2006), 'Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values', The European Journal of International Law, Vol:17, No:1, 187-214.

Koç, Emin (2012), '4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen İdari Para Cezaları İçin Öngörülen İdari Usul', TBB Dergisi, S:98, 231-282.

Kuntbay, İhsan (1978), çev. 'İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar', AİD, S:4, C:11, 3-11.

Kunter, Nurullah & Yenisey, Feridun & Nuhoglu, Ayşe (2010), Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta.

Odyakmaz, Zehra (1997), 'Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar', GÜHFD, S:2, C:1, 2-21.

Odyakmaz, Zehra (1998), 'İdari Usulden Beklediklerimiz', T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, T.C. Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1-16.

Oğurlu, Yücel (2005), 'İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?', AÜEHFD, S:1-2, C:IX, 73-88.

Özay, İl Han (2004), Günışığında Yönetim, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Özdek, Yasemin (2004), İnsan Hakları Hukuku, Avrupa ve Türkiye-AİHS Sistemi ve AİHM Kararlarında Türkiye, 2. Baskı, İstanbul, Kırmızıkaşem Yayınları.

Özkan, Gürsel (1998), 'İdarî Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri', T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, 17-18 Ocak 1998, Ankara, T.C. Başbakanlık Basımevi.

Ponce, Juli (2005), 'Good Administration and Administrative Procedure', Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol:12, No:2, 551-588.

Sancakdar, Oğuz (2014), İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Schmitz, Thomas, 'The Administrative Procedure in German Administrative Law' (2013), German Law Centre, <http://www.thomas-schmitz-hanoi.vn/Downloads/ZDR-Conference_admin-decision_Schmitz1-en.pdf>.

Schwarze, Jürgen (2004), 'Judicial Review of European Administrative Procedure', Law and Contemporary Problems, The Administrative Law of the European Union, Vol:68, No:1, 85-105.

T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler (1998), Ankara, T.C. Başbakanlık Basımevi.

Turan, Hüseyin (2009), 'Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri Ve Önemi', TBB Dergisi, S:84, 213-230.

Ulusoy, Ali D. (2013), İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDA BARIŞÇIL ÇÖZÜM YOLLARI: FRANSA ÖRNEĞİ

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ*

ÖZET

İdare vergilendirme işlemlerini yaparken idari işlemler için gerekli tüm mevzuat kurallarına uygun davranmalıdır. Bu süreçte idarenin ya da mükellefin bilerek ya da bilmeyerek yapmış oldukları bir takım eksiklikler, hatalar ya da kanun ihlalleri sebebiyle uyuşmazlıklar çıkabilmektedir. Bu uyuşmazlıkların çözümü konusunda her iki taraf için de önemli olan, bunları en kısa zamanda çözüme kavuşturmadır. Bu kapsamda da yargı yoluna başvurmadan önce idareye başvurmak şeklindeki barışçıl çözüm yolları önemli bir yere sahiptir. Başvuru yollarından her birinin kendine has usul kuralları olmakla birlikte, hepsinin ortak sonucu, uyuşmazlığın kısa zamanda çözülmüş olması ve devletin alacağını daha kısa zamanda tahsil etmiş olmasıdır. Bu çerçevede çalışmamızda Fransız vergi hukukunda geçerli olan barışçıl çözüm yolları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Barışçıl çözüm, hata düzeltme, arabulucu, uzlaşma, indirim.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.
neslihankaratas@hotmail.com

PEACEFUL SETTLEMENT OF TAX DISPUTES : THE CASE OF FRANCE

ABSTRACT

Administrative services must obey all the rules of setting an administrative act. Deficiencies, lapses or violation of legal rules cause some conflicts and disputes between government agencies and individuals. The crucial problem is solving the conflicts in a possible earliest time. Therefore peaceful resolutions of administrative disputes gain importance increasing day by day. Each remedies have exclusive procedures but the common advantage of them is to enable the responsiveness for the problems and conflicts and give the opportunity to collect the taxes in a fast and short way. In this context, this study examines the peaceful dispute resolutions in French tax law.

Keywords: Peaceful dispute resolutions, rectification, mediation, conciliation, moderation.

GİRİŞ

Devletin kamu ihtiyaçlarını giderme ve üzerine düşen görevleri yerine getirmedeki en önemli finansman kaynağını vergiler oluşturmaktadır. Devletin egemenlik gücünden kaynaklanan vergilendirme yetkisi idari makamlar aracılığıyla kullanılır. Ancak bu yetkinin kullanılmasında sınırsız bir serbestlik söz konusu değildir.

Vergilendirme işlemlerinde kişilerin temel haklarına özellikle mülkiyet hakkına doğrudan bir müdahale söz konusu olduğu için, bunun sınırlarının ve kapsamının iyi belirlenmiş olması gerekmektedir. İdarenin yetkisinin sınırlarının gösterildiği ve vergi almanın dayanağı olan Anayasa'nın "Vergi Ödevi" başlıklı 73. maddesi her türlü vergilendirme işleminde hareket noktası olmak durumundadır. "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır" (Anayasa m. 73/3) hükmü kişilere mali bir takım yükler getiren düzenlemelerin sınırını çizmektedir. Buna paralel bir düzenleme Fransız Anayasası'nın 34. maddesinde de yer almaktadır: '*verginin matrahı, oranı ve tahsili ile ilgili her türlü işlem kanun ile belirlenir.*' Diğer ifade tarzı ile "verginin, herhangi bir kanun veya bütçe kanunu aracılığıyla, konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasında, matrahına, oranına ve tahsiline ilişkin kuralların belirlenmesinde sadece Parlamento yetkilidir¹." Verginin kanuniliği ilkesi olarak karşımıza çıkan bu düzenleme idarenin keyfi davranmasının önüne geçmekte ve kişilere de hukuki bir güvence sağlamaktadır. Bu durumda idare, kendisine tanınan sınırlar çerçevesinde yasal bir dayanağı olmak kaydıyla vergilendirme işlemlerini gerçekleştirmektedir.

Vergilendirme işlemlerinde devlet ile kişiler arasında bir kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkmaktadır². Bu ilişkinin güçlü tarafı olan devletin ve onu temsil eden vergi idaresinin, yetkisini kullanırken yapmış olduğu eylem ve işlemler hukuk devleti olmanın gereği olarak yargısal denetime açık olmak durumundadır. Vergilendirme işlemleri idarenin gerçekleştirmiş olduğu idari işlemlerdir ve bir idari işlemin bütün özelliklerini kapsayacak nitelikte olmalıdırlar. Diğer bir anlatımla, vergilendirme yetkisini kullanan idare, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarına uygun olarak vergilendirme işlemlerini ger-

1 Bouvier, Michel (2003) Introduction au Droit Fiscal Général et à la Théorie de l'impôt, 5ème édition, Paris, L.G.D.J., s.42.

2 Karakoç, Yusuf (2015), Vergi anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları (Vergi Yargılama Hukuku), 3. Baskı, Ankara, Yetkin, s.31.

çekleştirmelidir³. Bunlardan herhangi biri ya da birkaçındaki hukuka aykırılık sebebiyle uyuşmazlık çıkabilmektedir.

Anayasanın 125. maddesindeki “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” hükmü gereğince kişiler idarenin gerçekleştirmiş olduğu vergilendirme işlemlerindeki hukuka aykırılık sebebiyle çıkan uyuşmazlıkların çözümü için yargı yoluna başvurabilmektedir. Bunun yanında, çıkan “uyuşmazlık konusunun çeşitli barışçıl yöntemlerle, anlaşarak ya da idari denetim ilkeleri çerçevesinde ortadan kaldırılmasına ilişkin yöntemler⁴” de mevcuttur. Barışçıl çözüm yolları olarak ifade edilebilecek olan bu yöntemlerin kullanılmasında idarenin kendiliğinden hareket etmesi söz konusu olabileceği gibi, bunlar kişilerin başvurusu ile de gerçekleşebilmektedir. Bu yöntemlere başvurmak mahkemelerin iş yükünün azaltılmış olması, devletin vergiyi zaman kaybetmeden tahsil etmiş olması ve anlaşmazlığın kısa sürede çözüme kavuşturulmuş olması sebebiyle hem idare hem de vergi yükümlüleri açısından olumlu sonuçlar doğurabilmektedir.

Uyuşmazlık, kavram olarak, iki hukuk süjesi arasında, bir hakkın, borcun, ödevin, bir hukuki durumun varlığı ve kime ait olduğu konusunda çıkan anlaşmazlıktır⁵. Uyuşmazlıklar, kişiler, kurum ve kuruluşlar, idari makamlar veya devletler arasında çıkabilmektedir. Vergi hukuku kapsamındaki uyuşmazlıklar, alacaklı devleti temsil eden idare ile borçlu mükellef, vergi sorumlusu veya cezaya muhatap olanlar arasındaki vergilendirme ile ilgili işlemler sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Bunlar kanunun maddesinin uygulanmasından kaynaklanan vergilendirmenin özüne ve maddi olaylara ilişkin hukuki nitelikteki uyuşmazlıklar olabileceği gibi, ödenecek verginin belirlenmesi esnasında yapılan vergilendirme ya da hesap hataları sebebiyle de çıkabilmektedir. Diğer bir anlatımla uyuşmazlıklar, vergilendirme işleminin ilk aşamasını oluşturan vergiyi doğuran olayın tespitinden son aşaması olan verginin tahsiline kadar ortaya çıkabilmektedir.

3 “Bir idari işlem olan vergi ihbarnamesinden doğan uyuşmazlığın vergi mahkemesinde dava konusu edilmesi durumunda mahkemece, bu uyuşmazlığı doğuran işlemin hukuka uygunluğu araştırılır ve karar verilir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendi gereğince, ihbarnamenin hukuka uygunluğu yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden yapılır. Bu hüküm karşısında, vergi mahkemelerince; tarhiyata konu olan işlemin hukuki denetiminde, olayımızı ilgilendiren sebep unsurunun mevcut olup olmadığı ve mevcut ise nitelendirilmesinin yerinde bulunup bulunmadığını araştırmak ve tespit etmek suretiyle karar verilmesi gerekir. Bu sebebin dışında tarhiyatın sebebini değiştirme veya bu sebebin yerine diğer bir sebebi ikame etme, yargı yolu ile yapılan hukuki denetimde mümkün değildir: Dan. 9. D. E. 1989/1678, K.1989/1756, T. 29.05.1989, DD, 1990, sy. 76-77, s. 655. (Kaya, Cemil (2014), İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim, 2. Baskı, İstanbul, XII Levha, s.213.)

4 Öncel, Mualla& Kumrulu, Ahmet& Çağan, Nami (2014), Vergi Hukuku, 23. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi, s.170.

5 Candan, Turgut, Vergi Uyuşmazlıklarının Yargı Yoluyla Çözümü(Vergi Uyuşmazlıkları, İdari İşlemler ve Dava Açma Süreleri), <www.muhasebe.net> s.e.t. 27.10.2015

Türk hukukunda barışçıl çözüm yolları deyince VUK 116 ilâ 126. maddeler arasında düzenlenen hata düzeltme, VUK 371. maddesindeki pişmanlık ve islah, VUK 376. maddesinde düzenlenen cezalarda indirim, VUK 124. maddesinde düzenlenen şikayet ve üst makama başvuru ve son olarak da VUK ek 1 ilâ 12 maddelerde düzenlenen uzlaşma müesseseleri karşımıza çıkmaktadır.

Her bir müessesenin birtakım şartları olmakla birlikte, mükellef ile idare arasında sorunların uzamaması, daha kısa sürede çözümlenmesi amacıyla düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle belirtmek gerekir ki bu başvuru yolları yargı yoluna başvurmak için tüketilmesi gereken bir yol değildir. Bu durum Danıştay'ın 13.05.2010 tarihli kararında⁶ da açıkça belirtilmektedir.

Fransız sisteminde yer alan barışçıl çözüm yolları ise diyalog (L'interlocution), arabuluculuk (La conciliation), aracılık (La médiation), hata düzeltme (La rectification d'une erreur matériel), indirim talebi (La demande de remise gracieuse ou de modération) ve uzlaşma (La transaction) olarak altı başlıkta incelenmektedir. Bu yöntemlerin nasıl sınıflandırılacağı konusunda ne kanun koyucu ne de idare bir belirleme yapmıştır. Ancak literatürde bu yöntemler farklı şekillerde sınıflandırılabilmektedir⁷. Bu sınıflandırmaların nedenleri ve tam karşılığı Türk hukukunda bulunmamakla birlikte, bu çalışmamızda Lambert'in yapmış olduğu ayrımı esas alarak ilk olarak üst makama başvuru

6 Danıştay 4. Dairesi. E.2009/4880, K.2010/2712, T.13.05.2010. <www.hukukturk.com> “ilgili dosyada davacının 1998 ila 2002 yılları arasında ödediği fon payının iadesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır. İstanbul 3.Vergi Mahkemesi 1.4.2009 günlü ve E:2009/199, K:2009/1262 sayılı kararıyla; davacının 1999 ila 2002 yıllarına ait fon payının iadesi istemiyle vergi dairesine yaptığı başvurunun reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı, dava açma süresi geçtikten sonra yapılan düzeltme talebinin reddi üzerine şikayet yoluna başvurulması gerektiği, başvuru sonucunda Maliye Bakanlığınca tesis edilecek olumsuz işlemin dava konusu edilmesi gerektiği, bu haliyle idari merci tecavüzü nedeniyle davanın incelenme olanağı bulunmadığı gerekçeyle 2577 sayılı Kanunun 15/1 (e) maddesi uyarınca dava dilekçesi ve eklerinin Maliye Bakanlığına tevdiine karar vermiştir.” Bu kararın bozulması amacıyla Danıştay'a başvuran davacının talebini kabul eden Danıştay, ‘anılan başvuru, VUK 122. maddesi kapsamında bir “düzeltme” başvurusu olup, yukarıda yapılan açıklamalara göre, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu olan bir işlem niteliğinde bulunduğundan, bu işleme karşı açılan davanın tekemmül ettirilerek esastan incelenmesi gerekmektedir.’ Kararını vermiştir.

7 Collet, Martin& Collin, Pierre (2014), Procédures Fiscales-Contrôle,Contentieux et Recouvrement de l'impôt” isimli eserlerinde bu başvuru yollarını eşitlik ilkesine dayalı kararlar ve uyuşmazlıktan korunmaya yönelik başvurular şeklinde iki ayrı başlıkta incelemektedirler. Eşitlik (adalet) ilkesinden hareketle yapmış oldukları ayırımı indirim talebi ve hata düzeltmeyi incelemişler; uzlaşma, arabulucuya ve aracıya başvuruyu ise uyuşmazlıklardan korunma yöntemleri kapsamında incelemişlerdir. Lambert, Thierry (2013), “Procédures Fiscales” adlı eserinde ise barışçıl çözüm yollarını hiyerarşik başvuru(üst makama başvuru) ve yargısal olmayan nitelikteki çözüm yolları şeklinde iki ana başlık çerçevesinde incelemiştir. Diyalog, arabulucu ve aracıya başvuru hiyerarşik başvuru kapsamında; hata düzeltme, indirim ve uzlaşma ise yargısal olmayan çözüm yolları kapsamında incelenmiştir.

şeklindeki başvuru yolları ele alındıktan sonra ikinci olarak yargısal olmayan başvuru yolları incelenecektir.

I. ÜST MAKAMA BAŞVURU YOLLARI (HİYERARŞİK BAŞVURU - LES RECOURS HIÉRARCHIQUES)

Fransız vergi sisteminde 2005 yılında yayınlanan Mükellef Hakları Bildirgesi (La charte du contribuable) “verginin tahsilinin kolaylaştırılması ve hem idarenin hem de mükelleflerin sorumlulukları ve hakları hakkında bilgiler içeren bir bildirge niteliğindedir⁸.” Bunun yanında özellikle vergi denetimine tabi mükelleflerin haklarının ve korunmalarının sağlanması için düzenlenmiş olan Denetime Tabi Tutulmuş Mükelleflerin Hakları ve Yükümlülükleri Bildirgesi (La charte des droits et obligations du contribuable vérifié) de vardır. Bu bildirgede olayın niteliğine göre mükellefler Danışmana (görüşmeciye-interlocuteur)⁹ başvurulabilir ya da daha sonra uzlaştırıcı veyahut da arabulucuya başvurabilir. Bu müesseseleri açıkça düzenlemiş olması vesilesiyle, söz konusu bu bildirge mükellef ile idare arasındaki uyuşmazlıkların ilk aşamada çözümünde çok önemli yer arz etmektedir.

Bu başvurular vergi incelemesi sırasında olabileceği gibi vergi incelemesinin bitiminden sonra da olabilmektedir¹⁰.

A. DİYALOG (L’INTERLOCUTION)

Denetime Tabi Tutulmuş Mükelleflerin Hakları ve Yükümlülükleri Bildirgesinde düzenlenmiş olan, ilçedeki Danışmana (l’interlocuteur departemental¹¹) başvuru mekanizması usul konusunda mükelleflere tanınan önemli bir garanti niteliğindedir¹².

8 Karataş Durmuş, Neslihan (2015), Türk Ve Fransız Vergi Hukuku Kapsamında Mükelleflerin Korunması, 30. Maliye Sempozyumu, Antalya, Yayınlanmamış tebliğ.

9 “Interlocuteur” kelimesi görüşmeci ya da danışman olarak Türkçeye çevirebilir. Ancak çalışmamızda “Danışman” şeklinde kullanılacak olup dikkat çekmesi için de ‘D’ harfi büyük yazılacaktır.

10 Lambert, Thierry (2013), Procédures Fiscales, Paris, Montchrestien – Lextenso Editions, s. 489.

11 Çalışmamızda Danışman olarak çevirmiş olduğumuz “l’interlocuteur” müessesesi ilçe ya da bölge bazında yetkili olabilmektedirler ve ilgili vergi idaresinin yetkilileridirler.

12 Colin, Frédérique (2008), De La Valeur Juridique De La Charte Des Droits et Obligations Du Contribuable Vérifié, Les Cahiers du CRA, n° 14, s. 17.

Bildirge mükelleflere iki ayrı şekilde üst makama başvuru imkânı tanımaktadır. Birincisi, başmüfettişe başvuru diğeri de bölgesel vergi idaresi yetkililerine (Danışman- l'interlocuteur) başvurdur ki bunlar vergi incelemesi sırasında karşılaşılan sorunlar ile vergi inceleme elemanı ile mükellef arasında vergilendirme işlemleri ile ilgili düzeltmeler hakkında çıkan uyuşmazlıklar konusunda olabilir¹³. Bildirgede tanınan bu hak sadece vergi incelemesine (La vérification de comptabilité) ve kişisel vergi denetimine (L'examen contradictoire de la situation fiscale personnelle- ESFP) tabi olan mükelleflere tanınmıştır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, "bu tür bir başvuru ancak idare ile arasında bir çekişme olan mükelleflere tanınmış bir haktır"¹⁴.

Bu kapsamda, mükellef vergi incelemesinden sonra hakkında hazırlanan ek vergi tarhiyatına ilişkin işlemle ilgili ilçe ya da bölge vergi idaresi yetkililerine¹⁵ başvurabilmektedirler. "Vergi denetimi yapılacağına dair ihbarnamede vergi idaresi yetkilisinin (Danışmanın) ismi ve adresi yazılmalıdır."¹⁶ Danışman olarak nitelendirilen kişi vergi denetimini gerçekleştiren memurun üst amiri niteliğinde olan kişidir.

Mükellef vergi incelemesini yapan memurun üst amirinin cevabını beklemeden bölgesel Danışmana başvurursa ve bölgesel Danışman henüz cevap vermeden önce üst amir yapılan ek vergi tarhiyatından vazgeçerse (iptal ederse) bu durumda bölgesel Danışmana yapılan başvuru otomatik olarak iptal edilmiş olmaktadır.

Danışmana başvuru, yargı yoluna başvurmadan önceki barışçıl çözüm yollarından birisi olup bu sayede mükellefin kendisi hakkında hazırlanan vergi inceleme raporuna karşı argümanlarını ortaya koymasına imkan tanımaktadır. Mükelleflere getirilen koruma mekanizması niteliği taşımaktadır ve bu uygulama Türk vergi sistemindeki üst makama başvuruya benzemektedir.

Başvurunun şekli ile ilgili açık bir düzenleme mevcut değildir. Uygulamada genellikle yazılı başvuru yapılıyor olsa da "başvurunun yazılı yapılmış olmamasından dolayı Danışmana bir itirazda bulunulamaz diye Bildirgede başvuruyla ilgili bir hüküm mevcut değildir"¹⁷. Diğer bir deyişle, sözlü başvuru

13 CAA Paris, 3 décembre 2007, 05PA02418.

14 CE, 23 octobre 2002, n° 204052.

15 L'interlocuteur départemental ou régional.

16 Ayrault, Ludovic (2004) Le Contrôle juridictionnel de la régularité de la procédure d'imposition, Paris, l'Harmattan, s.27.

17 Casimir, Jean-Pierre & Chadeaux, Martial (1997), Le Recours à l'interlocuteur départemental ou l'art d'inciter le contribuable novice à devenir un expert en procédure fiscale, R.F.C. 291, juillet- août, s. 31.

yapmak da mümkündür. Bu durum Conseil d'Etat (CE- Danıştay)¹⁸ ve Nancy İstinaf Mahkemesi (Cour Administrative d'Appel¹⁹ (CAA) de Nancy)'nin vermiş oldukları kararlarında da açıkça belirtmiştir²⁰.

Mükellefin Danışmana başvurması için bir süre belirtilmemekle birlikte “mükellefin bölgesel Danışman ile görüşmesinin tahsil işleminden önce olması gerekir²¹.” Conseil d'Etat (Danıştay)²² ve Lyon İstinaf Mahkemesi (CAA de Lyon)²³ de bu yönde vermiş oldukları kararlar ile bu durumu onaylamışlardır. Böyle yapılmasındaki maksat da “doğru olmayan şekilde yapılmış olan bir vergilendirme işlemine dayanılarak tahsilat yapılması halinde sonradan yapılacak olan üst makama başvuruların mükellefleri tatmin edici nitelikte olmayacağından dolayıdır²⁴.” Her ne kadar, süre tahsilat işlemine kadar devam etse de mükelleflere tavsiye edilen, vergi inceleme elemanlarının haklarında hesapladıkları ek vergi tarhiyatı ve varsa cezalara karşı zaman kaybetmeden başvurmalarıdır.

“Danışman ile yapılan görüşme esnasında, mükellef haklarına ve vergi incelemesindeki usul kurallarının uygulanıp uygulanmadığına bakılır.²⁵” Görüşmeler devam ederken, herhangi bir sebeple Danışmanın değişmesi durumunda idarenin bu durumdan mükellefi bilgilendirme zorunluluğu yoktur. Bununla birlikte, “Danışman görüşmeler esnasında yanında başka bir vergi idaresi personelini bulundurabilir ve bu durum Denetime Tabi Tutulmuş Mükelleflerin Hakları ve Yükümlülükleri Bildirgesi ile tanınan koruma mekanizmasının ihlali niteliğinde değildir. Çünkü bu Bildirgede Danışmanın tek katılacağına dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir²⁶.”

Danışman, görüşme neticesinde mükellef hakkında belirlenmiş olan ek vergi ya da cezada herhangi bir ağırlaştırma yapamaz.

İlçedeki müfettişe ya da başmüfettişe başvuru hakkını saklı tutmak kaydıyla ve bir anlaşmazlık mevcut ise, mükellef anlaşmazlık kapsamında, tahsil aşamasına kadar Danışman ile bir kez daha görüşme talebinde bulunabilir²⁷. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, bu yola başvuru zorunlu değildir.

18 Fransız Danıştayı.

19 İstinaf Mahkemesi.

20 CE, 3 décembre 2003, n°239514; CAA Nancy, 26 décembre 1996, n° 95-1131

21 Colin, s.18

22 CE 30 juin 2010, n°310294.

23 CAA Lyon 7 juin 2000, no: 96-1141.

24 Lambert, Procédures Fiscales, s. 492.

25 Lambert, Procédures Fiscales, s. 494.

26 CE, 14 avril 2008, n° 30116.

27 Lambert, Procédures Fiscales, s. 493.

B. ARABULUCULUK (LA CONCILIATION)

Verginin hesaplanması, ödenmesine ilişkin olarak ya da vergi denetiminden sonra hazırlanan raporlarla ilgili problemler için öncelikle yetkili vergi idaresine²⁸ başvurmak gerekir. Yapılmış olan bu ilk talebin tatmin edici nitelikte çözüme kavuşturulmadığını düşünen mükellef arabulucuya başvurabilir.

Reddedilen ya da kısmi olarak kabul edilen şikâyetler, uzlaşma ile cezalarda indirim taleplerinin reddi, ödeme için zaman talebinin reddine ilişkin kararlar arabuluculuk başvurusuna konu olabilir.

Arabuluculuk uygulaması mükellefler ile diyalogun geliştirilerek yargısal prosedürün ve idare ile uyumsuzlukların önceden engellenmesini hedeflenmektedir. Buradaki amaç uyumsuzluklara araştırarak çözüm bulmaktır ki bu da kesin bir cevap vermeye imkân tanımaktadır²⁹.

Bölgesel vergi arabulucuları, mükelleflerin karşılaştığı vergisel problemler ile vergilendirme işlemini gerçekleştiren vergi idaresinin yetkisiyle ilgili problemleri incelerler. Bunlar verginin matrahı ya da tahsili olabileceği gibi, yoklama ile de ilgili olabilmektedir.

“Mükellef kendisi hakkında verilen olumsuz bir kararla alakalı olarak almış olduğu tebligattan itibaren arabulucuya başvurabilir. Mükelleflerin arabulucuyu seçmesi için hiçbir süre ve hiçbir tarih öngörülmemiştir³⁰.” Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, mükelleflerin arabulucuya başvurması verginin tahsilini durdurmadığı gibi, yargı yoluna başvuru süresini de kesmemektedir. Bundan dolayı mükelleflerin, herhangi bir şekilde tatmin olunmayan bir cevap alınması halinde yargı yoluna başvurma hakkını kaybetmemesi için, yargı yoluna başvuru süresi içerisinde arabulucuya başvurmasında fayda vardır.

Arabulucu, eğer yapılması gerekiyorsa, idarenin almış olduğu kararı değiştirebilir. Böylece mükelleflerin karşılaşmış oldukları problemler kısa zamanda çözüme kavuşturulmuş olmaktadır.

Yoklama ve mahalli vergiler ile ilgili işlemler arabuluculuk müessesesinin konusu olabilirler. Bununla birlikte aşağıda belirtilen alanlarla ilgili uyumsuzluklar arabulucunun yetki alanı dışında kalmaktadır.

- Vergi incelemesi ya da gerçek kişilerin vergi denetimi ile ilgili prosedürler

28 Mükellefin bağlı olduğu vergi dairesi yetkili vergi dairesidir.

29 Lambert, Procédures Fiscales, s. 495.

30 Lambert, Procédures Fiscales, s. 496.

– Tapu sicilinin aleniliğinden kaynaklanan sorunlar (özellikle ipoteğin muhafazası ile ilgili)³¹

– Cumhurbaşkanına, Başbakanı, Bakanı, Kamu Muhasebesi ve Vergiler Genel Müdürlüğü genel müdürlerine, kamu arabulucusuna, milletvekillerine ve yerel yönetime seçilmiş kişilere yapılmış bir başvuru

Arabuluculuk başvurusu Bölgesel Vergi Arabulucusunun adına gönderilmiş dilekçe veya e-mail ile yapılabilmektedir. Arabulucu 30 gün içinde ya sonuç kararlarını ya da taleplerin incelemede olduğunu talep sahibine bildirmektedir.

“Arabulucunun vermiş olduğu karar idari işlem yerine geçer ve bu işlem uyuşmazlığı kesin olarak sona erdirir. İlk başvurudan sonra arabulucunun verdiği kararların azımsanmayacak derecede bir oranı vergi mahkemesinin kararlarına paralellik arz eder. 2009 yılında arabulucuların 30 günden az bir süre içerisinde vermiş oldukları cevapların %38’i kısmen ya da tamamen mükellef lehine gerçekleşmiştir. 2012 yılında, bir önceki yıla rağmen çok küçük bir düşüş olmasına rağmen, 76000 başvuru gerçekleşmiş olmakla arabuluculuk müessesesi kayda değer bir başarı elde etmiştir³².”

“Arabulucunun vermiş olduğu kararlar iki sonuç yaratır: uyuşmazlık niteliği taşıyor ise yargısal başvurunun, affedilebilecek (la nature gracieuses) nitelik taşıyorsa yetki aşımıyla ilgili başvurunun konusu olur³³.” Mükellef eğer arabulucunun vermiş olduğu karardan memnun değilse Bütçe ve Ekonomi Bakanlığı Arabulucusuna başvurması mümkündür.

C. ARACILIK (LA MÉDIATION)

Maliye ve Ekonomi Bakanlığı bünyesinde aracılık müessesesi 26 Nisan 2002 tarih ve 2002-612 numaralı Kararname ile işlerlik kazanmış bir yöntemdir. “Aracıya başvuru vergi uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif yollardan biridir ve arabulucu ve bölgesel Danışmana yapılan başvurunun başarısızlıkla sonuçlanmasından sonra yapılabilir³⁴.”

31 Tapu sicilinin aleniliği şeklinde çevirdiğimiz “La publicité foncière” Fransız hukukunda gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı ve bununla ilgili bir takım formaliteler hakkında üçüncü kişilerin bilgi sahibi olması durumudur. Bunlar tapu sicilinin aleniliği servisi tarafından gerçekleştirilir. Tapu sicilinde gerçekleştirilen işlemlerle alakalı olarak (satış, devir, bağış, vs.) yapılan işlemin niteliğine göre vergi ya da harç ödemeleri de söz konusudur.

32 Collet, Martin & Collin, Pierre (2014), Procédures Fiscales-Contrôle, Contentieux et Recouvrement de l’impôt”, 2ème édition, Paris, PUF, s.218-219

33 Lambert, Procédures Fiscales, s. 496.

34 Lambert, Procédures Fiscales, s.497.

Aracıya başvuruda herhangi bir formalite olmadığı gibi avukat tutmak da gerekmemektedir. Bundan dolayı başvuruların büyük bir bölümü mükellefler tarafından şahsen yapılmakla birlikte, yaklaşık %10'luk bir kısmı üçüncü kişiler (avukat, noter, vs.) aracılığıyla yapılmaktadır³⁵. Ancak başvuru ya internet üzerinden doldurulacak bir formla³⁶ veya dilekçe ile yapılmalıdır. Uygulamada başvuruların büyük bir kısmı internet üzerinden yapılmaktadır. Başvuru yapmak ücretsizdir. Başvurularda gizlilik kuralına uyulur.

Aracının vergi denetimini yapan kişiler üzerinde herhangi bir hiyerarşik yetkisi bulunmamaktadır. Aracı devam etmekte olan vergi denetimine hiçbir şekilde müdahale edemez. Vergi denetimi ile ilgili bir uyuşmazlık ya da problem olması halinde mükellef ya denetim elemanının üst amirine ya bölgesel Danışmana ve yahut da, bunlardan sonra isterse, arabulucuya başvurabilir.

Aracıya başvuru diğer başvuru yollarına ilişkin süreler üzerinde hiçbir etki yapmamaktadır.

Mükellefler bakanlık hizmetlerinin fonksiyonu ile alakalı konularda şahsi olarak başvuruda bulunabilirler³⁷. Diğer bir deyişle, aracı mükellef ile bir vergi dairesi arasındaki uyuşmazlıklarla alakalı başvuruları kabul eder. Ancak başvurunun kabul edilebilmesi için, mükellefin yetkili vergi dairesine uyuşmazlık çözümü ile ilgili başvurmuş ve bu talebinin kısmen ya da tamamen reddedilmiş olması gerekmektedir³⁸.

Aşağıdaki konularda aracıya başvurmak mümkündür:

- İdareye yapılan herhangi bir başvurunun reddedilmiş olması halinde,
- Devam eden idari uyuşmazlık usulleri kapsamında, mesela, ilk olarak yapılması gereken başvurunun hukuki sorun olması sebebiyle reddedilmesi halinde,
- Kesin karar verilmemiş olmak şartıyla yargı önünde olan bir uyuşmazlık olması halinde,
- Vergi ve gümrük konularıyla alakalı olarak çıkan uyuşmazlıklarda idarenin uzlaşma (la transaction) yapmasını talep halinde
- Barışçıl yollarla sorunu çözmek için, mesela ödeme süresi talep etmek, indirim talebinde bulunmak, vs. gibi hallerde

35 2013 yılında toplam 279 adet başvuru 3. kişiler vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir.

36 Maliye ve Ekonomi Bakanlığı Arabuluculuğu ile ilgili başvuru ve detaylı bilgi bakanlık internet sitesinden alınabilmektedir.

37 2002-612 nolu Kararnamenin 1. maddesi.

38 2002-612 nolu Kararnamenin 3. maddesi.

Aracının vermiş olduğu kararlar taraflara tebliğ edilir. Ancak bu kararlar hiçbir şekilde idareyi bağlamamaktadır. Tavsiye niteliğindedirler. Aracı, mükellefe vergilendirme işlemleri ile alakalı komisyonlara başvurması tavsiyesinde bulunabileceği gibi idareye de uzlaşma yapması tavsiyesinde bulunabilir. Eğer aracının vermiş olduğu kararlar taraflar tarafından kabul edilirse idare bunun gereğini yerine getirir.

Ekonomi ve Maliye Bakanlığı Aracılığının (Bercy Aracısı)³⁹ 2014 yılı için hazırlamış olduğu raporuna göre 2014 yılında aracılıkla ilgili 4906 adet başvuru gerçekleşmiştir. 2013 yılına göre %16 (4225 adet başvuru) ve 2010 yılına göre %48 (3308 adet başvuru) gibi bir artış olmuştur. 2010 ile 2014 yılları arasında yapılan başvuruların %60 dan fazlası⁴⁰ kısmen ya da tamamen başvuranların lehine sonuçlanmıştır. Bercy Aracılarının 2/3'ü iki aydan daha kısa bir süre içerisinde bu başvuruları sonuçlandırmışlardır.

13 yıldır devam etmekte olan bu uygulamada yaklaşık 41000 adet dosya incelenmiştir. Bu süreçte incelenen başvuruların konusu olan uyuşmazlık miktarları da en az 27 Euro en fazla da 8.831.360euro'dur.

2002 ile 2008 yılları arasında yaklaşık 2000 ile 3000 adet başvuru gerçekleşmiş olup bu sayı 2008'e kadar durağan şekilde devam etmiştir. 2009'dan sonra hızlı bir şekilde başvurularda artış yaşanmıştır. Yapılan başvuruların bir kısmı araçlar tarafından kabul edilmekle birlikte yaklaşık %58 lik bir kısmı, ya henüz yetkili idareye ilk başvurular yapılmadan gelindiği için ya da yetkili idareye yapılacak ilk başvurular halinde sorun daha kısa zamanda çözülebilecek nitelikte olduğu için, yönlendirilmektedir.

Aracıya Yapılan Başvuruların dağılımı: Kabul edilen ve yönlendirilen⁴¹

	Toplam	Kabul edilen	Yönlendirilen
2010	3308	1893	1397
2011	3410	1974	1389
2012	4049	2053	1996
2013	4225	1865	2197
2014	4906	1956	2836

39 Bakanlık arabulucusu pratik hayatta ve uygulamada kolaylık olması maksadıyla da "Bercy Arabulucusu" şeklinde adlandırılmaktadır. (Bercy, Maliye ve Ekonomi Bakanlığının bulunduğu semt olup pratik hayatta Bakanlıktan bahsedilirken "Bercy" diye ifade edilebilmektedir).

40 2010 yılında %72, 2011 yılında %66, 2012 yılında %60, 2013 yılında %63 ve 2014 yılında %62.

41 Ekonomi ve Maliye Bakanlığı Aracılığının 2014 yılı için hazırlamış olduğu rapordan alınmıştır.

Bu bilgiler ışığında aracıya başvuru müessesesinin uyuşmazlık çözümlerinde mükellefler tarafından tercih edilmesinin gittikçe arttığı ve etkin olarak kullanıldığı ortaya çıkmaktadır. Uyuşmazlıkların kısa zamanda çözüme kavuşturuluyor olması da bu uygulamaya olan talebi arttırmaktadır. Bununla birlikte bu yolu seçen mükelleflerin yarından fazlasının da lehine sonuçlanıyor olması, “*idarenin her zaman haklıyım*” anlayışında olmadığını da göstergesi olmaktadır.

II. YARGISAL NİTELİKTE OLMAYAN ÇÖZÜM YOLLARI (LE CONTENTIEUX NON JURIDICTIONNEL)

Yargisal nitelikte olmayan uyuşmazlık çözümlerinde özellikle dikkat edilmesi gereken bir takım hususlar bulunmaktadır. Mükellefin Fransız Vergi Usul Kanunun L247. maddesi (l'article L247 du LPF⁴²) kapsamında vergi cezası, ek vergi tarhiyatı veya gecikme faizinden dolayı bir indirim ya da uzlaşma talep etmesi ve yahut da Fransız Vergi Usul Kanunun R211-1. maddesi (R211-1 du LPF) kapsamında hata düzeltme talebinde bulunulması halinde idare öncelikle vergilendirme işleminin kesinleşip kesinleşmediğine bakar⁴³. Talepleri almaya yetkili olan idari makam bunun incelemesini yapmaktadır.

Vergilerin ve cezaların kesinleşmesinden maksat, idari çözüm yollarına ya da yargı yoluna başvuru sürelerinin geçirilmiş olması ya da yargı yoluna başvurulması halinde mahkeme kararının kesin karar haline gelmesidir⁴⁴. Bu durumda mükellefin idareye başvurması mümkün olmadığı gibi herhangi bir yargı merciine de başvuramamaktadır.

Buna karşılık vergiler ve cezaların kesinleşmemiş olması, barışçıl çözüm yollarına başvurulduğu tarihte yargı yoluna başvuru süreleri geçmemiş olmasını ya da yargı yoluna başvurulmuş ancak adli ya da idari mahkemelerce henüz kesin nitelikte bir karar verilmemiş olmasını ifade eder.

Vergilendirme işleminin kesinlik kazanıp kazanmamasına göre de idari çözüm yollarına başvurular değişebilmektedir. Kesinleşmiş bir vergilendirme işlemi durumunda mükelleflerin indirim talebinde bulunmaları mümkün iken; kesinleşmemiş olan vergilendirme işlemlerinde uzlaşma taleplerinde bulunmaları mümkündür.

42 Çalışmamızda bundan sonra Fransız Vergi Usul Kanunundan bahsederken (Livres des Procédures Fiscales) 'LPF' kısaltması kullanılacaktır.

43 Daha fazla bilgi için BOI-CTX-GCX-10-20 n° 20 et suivant, 12 septembre 2012.

44 Lambert, Thierry (1998), Contrôle Fiscal, droit et pratique, Paris PUF, s.214.

Uzlaşma talebinde bulunmuş olan bir mükellef hakkında eğer ceza ya da ek vergi tarhiyatı işlemi kesinleşmiş ise bu talebin uzlaşma olarak değil indirim talebi gibi değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun tersi de yine geçerli olup, indirim talebinde bulunduğu esnada ceza ya da ek vergi tarhiyatı henüz kesinleşmemiş ise bu durumda talep uzlaşma olarak nitelendirilmek zorundadır.

Bununla birlikte mükellefler tarafından yapılacak indirim ya da uzlaşma başvurularının vergi idaresinin yetkisi çerçevesinde olması gerekir. Ceza mahkemeleri tarafından verilmiş olan adli para cezalarında yapılması istenilen indirim ile alakalı olarak vergi idaresine uzlaşma ya da indirim talebinde bulunulamaz. Diğer bir anlatımla adli cezalar indirim ya da uzlaşma konusu olamamaktadırlar.

Çalışmamızın bu bölümünde, ilk olarak hata düzeltmeden kısaca bahsedildikten sonra indirim ve uzlaşma müesseseleri detaylıca incelenecektir.

A. HATA DÜZELTME (LA RECTIFICATION D'UNE ERREUR MATÉRIEL)

R211-1 du LPF maddesinin vermiş olduğu yetkiye dayanarak, belirli şartların gerçekleşmesi halinde, idarenin vergilendirme işlemleri ile ilgili yapılan hataları düzeltmesi mümkündür. Düzeltme işlemi idare tarafından re'sen ya da mükellefin talebi üzerine yapılabilir.

Kanunda öngörülen istisnai durumlar hariç olmak üzere⁴⁵, hata düzeltme müessesesi vergi idaresi için yapılması zorunlu bir uygulama değildir, isteğe bağlıdır.

Vergiyle alakalı her türlü işlemdeki düzeltme ya da mükellef aleyhine yapılan hatalı bir vergilendirme işlemi hata düzeltmenin konusunu oluşturmaktadır.

Mükellefler hatanın yapıldığı yılı takip eden dördüncü yılın sonuna kadar hata düzeltme talebinde bulunabilirler.

Her mükellef kendisi ile ilgili hata düzeltme talebinde bulunabilir. R211-1 du LPF'e göre zamanında başvuru yapmadığı için hata düzeltme talebi

45 Konut(oturma) vergisi ile Esnaf ve Sanatkarlar Odası giderleri için ödenen vergiler ile ilgili olarak idare hata düzeltme yapmak zorundadır. Bu durumlarda hata düzeltme zamanasını süresi 30 yıldır.

reddedilen mükellefler, kendisi ile benzer durumda olan mükellefleri örnek göstermiş olsalar dahi, haklarında verilen karar Avrupa İnsan Hakları Beyannamesinin 14. maddesine göre ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmez⁴⁶.

İdarenin yapmış olduğu hata düzeltme talebinden memnun olmayan mükellefler bununla alakalı olarak henüz dava açma süreleri geçmemiş ise idare mahkemesine başvurabilirler. Ancak dava açma süreleri geçtikten sonra yapılan bir hata düzeltme işleminden memnuniyetsizlik halinde gidilebilecek herhangi bir çözüm yolu mevcut değildir⁴⁷.

Aşağıdaki alanlarda hata düzeltme yapılması mümkün değildir.

– Fazla ya da eksik vergilendirme durumunda ilgili servisin mahsup kurallarını uygulaması halinde hata düzeltme yapılamaz. İdarenin vergilendirmede bir eksiklik olduğunu tespit etmesi durumunda, daha önce mükellef aleyhine alınmış olan fazla vergi miktarı eksik olan vergilendirmeden daha çok ise mahsup yapılabilmektedir.

– Özel kurallara bağlanmış vergilendirme işlemlerinde (Katma Değer Vergisi, Tapu Kayıt Vergileri ve Yerel İdarelerin vergilendirme işlemleri) hata düzeltme yapılamaz.

– İdarenin görüş değiştirmesinden kaynaklanan vergilendirme durumlarında hata düzeltme yapılamaz.

– Zamanaşımı geçtikten sonra yapılan başvurularda hata düzeltme yapılamaz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta zamanaşımının kesilmesi halidir. Herhangi bir sebeple mükellef tarafından veya yetki verdiği bir vekili tarafından yapılan bir hata düzeltme talebi zamanaşımını kesmektedir. Kesilme durumunda zamanaşımı süresi kesme sebebinden itibaren 4 yıl daha uzamaktadır.

İdarenin kendi inisiyatifi ile yapmış olduğu hata düzeltmelerde gecikme faizi uygulanmaz⁴⁸. Hata düzeltmenin idare tarafından yapılması halinde, bunun yapılmasını talep edecek memurlar konusunda da bir sınırlama mevcuttur. R 211-2, du LPF maddesinin 1. fıkrasına göre, R211-1 du LPF kapsamında hata düzelme talebi sadece vergi idaresi memurları ile tahsilden sorumlu Ha-

46 CE 3 février 2011 n° 322857.

47 Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts, BOI-CTX-DRO-10, n°:80-90, 12 septembre 2012.

48 NAVIS FISCAL (2013), Contentieux Fiscales, Division VIII Dégrèvements ou Restitutions d'Office, no.690.

zine muhasebecileri tarafından yapılabilir. Bu talep ilgili vergi idaresinin müdürüne iletilir. Bu talepler sadece A kategorideki⁴⁹ memurlar tarafından değil B kategorisindeki memurlar tarafından da gerçekleştirilebilir. Ancak B kategorisindeki memurların verginin matrahının tespiti ve tahsili ile ilgili konularda yetkili olmaları gereklidir.

İlgili vergi dairesi müdürü ya da yetkilendireceği kişi önlerine gelen taleplerle alakalı kararlarını verirler. Yetkilendirilecek kişiler vergi dairesinin emrinde çalışan kişilerden biri olmalıdır. Bu karar mükellefe ve tahsille yetkili servise tebliğ edilir.

B. İNDİRİM TALEBİ (LA DEMANDE DE REMISE GRACIEUSE OU DE MODÉRATION)

Mükelleflerin haklarında yapılmış olan vergilendirme işlemi sonucunda hesaplanan ve kesinleşen vergi ve/veya cezanın tamamında indirim talep etmeleri mümkündür. Yapılan indirim talebi verginin veya cezanın tamamında ise “Remise” ya da bir kısmında ise “Modération” olarak adlandırılmaktadır.

İndirilmesi mümkün olan vergiler kapsamına gelir vergisi, yerel vergiler vs. gibi dolaysız vergiler girmektedir. Kayıt harcı niteliğindeki vergiler ile Servet Üzerinden Alınan Dayanışma Vergisi (l’impôt de solidarité sur la fortune⁵⁰) indirim konusu kapsamında değildir.

1. Talep Kim Tarafından Yapılmalıdır?

Kural olarak mükellefler⁵¹ indirim talebinde bulunulabilmektedir; ancak mükellefin yetki vermiş olduğu temsilcisi de mükellef adına böyle bir talepte

49 Kamu hizmetlerinin görülmesinde görevli memurlar A, B ve C kategorileri şeklinde hiyerarşik bir yapılanmaya sahiptir. Bu ayrımda kişilerin bitirmiş oldukları fakülte ya da yüksekokullar (mesela, A kategorisi için en az 3 bazı durumlarda da 4 yıllık yüksekokul/fakülte bitirmiş olmak gerekmektedir) ile girmiş oldukları sınavlar etkilidir. Bu sınavlar genel olarak belirli şartları taşıyan bütün Fransız vatandaşlarının girebileceği şekilde olabildiği gibi, devlet kurumları bünyesinde belirli bir süre çalışmış olan kişilerin girmiş oldukları sınavlar şeklinde de gerçekleşebilmektedir.

50 L’impôt de solidarité sur la fortune, vergilendirilecek mal varlığı toplamı 1,3 milyon Euro (1.1.2015 için) nun üzerinde olan gerçek kişiler tarafından ödenen bir vergidir. Artan oranlı vergilendirme geçerlidir ve bu vergiye ilişkin özel bir beyannamenin doldurulması gerekmektedir.

51 2013 yılında çıkartılan kararnameden önce idare kendi inisiyatifi kullanarak indirim yapma yetkisi vardı Ancak 30 Mayıs 2013 tarih ve 2013-443 numaralı kararname ile idarenin bu yetkisi kaldırıldı ve sadece talep üzerine yapılabilen bir müessese haline getirilmiştir. (Décret 2013-443 du 30 mai 2013)

bulunabilir. Bununla birlikte bazı kişiler herhangi bir vekâlet olmadan da bu talepte bulunabilmektedirler. Örneğin, avukatlar, ortak vergilendirme esasının olduğu durumlarda eşlerden her biri, mirasçılar, ortak mülkiyet halinde her bir mülkiyet hakkı sahibi gibi kişiler de talep edebilmektedirler.

L 247 du LPF maddesine göre mükellefler vergilerinin tamamında veya bir kısmında indirim yapılması veya cezalarda, dosya masraflarında (Genel Vergi Kanunları m.1912- l'article 1912 du CGI⁵²) ve gecikme faizlerinde⁵³ (L 209 du LPF) indirim yapılması talebiyle idareye başvurabilmektedirler. Ancak vergilendirme işlemine kaynaklık eden verginin *dolaysız vergi* olması ve aynı zamanda mükellefin söz konusu vergiyi ödeyemeyecek durumda olduğunu bildirmesi gerekmektedir. Böyle bir talebin yapılabilmesi için vergilendirme işleminin kesinleşmiş⁵⁴ olması gereklidir.

2. Talep Nasıl Yapılmalıdır? Süresi Nedir?

Bu başvurunun yapılması için basit bir dilekçe yeterlidir ancak talep bireysel olmalı ve talepte bulunan tarafından imzalanmalıdır. İndirim talebi yapıldığında mükellefin tanınması için gerekli olan (vergi dairesi numarası, vatandaşlık numarası, vs.) ve vergilendirme ile ilgili bütün bilgilerin verilmesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, mükellef neden indirim talep ettiğini bütün gerekçeleriyle anlatmalı ve buna yönelik her türlü belge ve bilgiyi vermelidir. Bu dilekçenin ekinde mükellef hakkında hazırlanmış olan ek vergi tarhiyatı ve varsa cezaya ilişkin ihbarnamenin bir fotokopisinin de bulunması gerekmektedir. (L'art. R247-1 du LPF)

Başvuru için herhangi bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Dolayısıyla “daha önce tahsil edilen bir vergi veya cezanın miktarında bir azaltma ya da tamamen silme (ortadan kaldırma) söz konusu olsa dahi bunlar hakkında da indirim talebinde bulunulabilir⁵⁵.”

3. Talep Nereye Yapılmalıdır?

Kural olarak indirim talebi, R247-4 du LPF maddesine göre ilçe kamu maliyesi⁵⁶ müdürü veya ulusal yetkili servisin müdürü ya da özel yetkili ser-

52 Çalışmamızda bundan sonra Genel Vergi Kanunlarından bahsedilirken (Code Général des Impôts) ‘CGI’ kısaltması kullanılacaktır.

53 Geç ödeme halinde l'art.1730 du CGI maddesine göre %10 oranında gecikme faizi uygulanır.

54 BOI-CTX-GCX-10 n° 10, 12 septembre 2012.

55 BOI-CTX-GCX-10 n° 80, 12 septembre 2012.

56 Türkiye'deki karşılığı ilçedeki vergi dairesi müdürüdür.

vis müdürlerine kendi yetki alanlarıyla ilgili yapılır. Bunun yanında bütçeden sorumlu olan bakana da başvuru yapılabilmektedir. Bu konuda uyumsuzluk konusu olan miktara göre bir yetki sınırlaması da mevcuttur. Bununla ilgili detaylı açıklamalar çalışmamızın devamında yer alan uzlaşma kısmında yapılacaktır çünkü indirim talebi ve uzlaşma talebi konusundaki usulüne ilişkin düzenlemeler aynıdır.

Ancak uygulamada başvurular, vergilendirme işlemini gerçekleştiren yerdeki yetkili vergi idaresine (kamu maliyesi merkezi) yapılmaktadır. Eğer verginin ödenmesi için bir süre talebi veya %10'luk gecikme zammında indirim talep edilecekse, verginin ödenmesi gereken yerdeki vergi dairesine başvuru yapılmalıdır. Bununla birlikte eğer vergilendirme işlemi Vergi Denetim Müdürlüğü (La Direction du Contrôle Fiscal-DIRCOFI) veya ulusal ya da özel yetkili bir müdürlük tarafından gerçekleştiriliyorsa bu durumda indirim talebi ilgili bu müdürlüklere yapılmalıdır.

Yetkili olmayan bir servise ya da Kamu Maliyesi Genel Müdürlüğü dışında bir yere yapılan başvurular kabul edilemez niteliktedir. Başvurunun yapıldığı servis, kendisine gelen bu talebi yetkili servise gönderir ve talepte bulunanları bilgilendirir.

4. Değerlendirme Nasıl Yapılır?

İdare önüne gelen talepleri incelerken sadece mükellefin mali açıdan ödeyemeyecek durumda olmasını değil diğer birtakım durumları da dikkate alır⁵⁷. Mesela:

- Gelirinin bir kısmını kaybetmesi ve ödeme süresinin uzatılması durumu (işsiz kalmış olması gibi bir durum),
- Eşinin ölmesi, ayrılması gibi istisnai bir takım özel durumlar veya hastalık sebebiyle yapmış olduğu masrafların fazlalığı,
- Mükellefin gelir durumu ile vergi borcu arasındaki orantısızlık durumu

Bununla birlikte, mükellefin mali durumu incelenirken de aynı çatı altında birlikte yaşayan kişilerin gelirleri ve ortak giderler de idare tarafından incelenmektedir.

Bunlar yanında dosya bir bütün olarak incelenmekte ve mükellefin normal zamanlardaki tavır ve davranışları (örneğin vergisel yükümlülüklerini zamanında usulüne uygun olarak yerine getirip getirmediği) da dikkate

57 Lambert, Procédures Fiscales, s.520.

alınmaktadır. Mükellef geçmişteki vergisel yükümlülüklerini zamanında yerine getirmiş ise yapmış olduğu indirim talebinin kabul edilmesinde bu durum önemli bir etkidir. Bu tür durumlarda idare vermiş olduğu gecikme faizinin tamamını indirebildiği gibi bir kısmını da indirebilmektedir. Bu tür taleplerde idare her olayın özelliğine göre bir inceleme ve değerlendirmede bulunmakta ve kararını vermektedir.

İdare mükellefin talebini reddederse bu kararını gerekçelendirmek zorunda değildir. İdare kendisine gelen taleplere 2 ay içerisinde cevap vermek durumundadır, ancak bu süre bazı karışık ve çetrefilli durumlarda 4 aya çıkabilmektedir. Bu süreler içerisinde cevap verilmemiş olması halinde talep reddedilmiş sayılmaktadır⁵⁸. Bu konuda Marsilya İstinaf Mahkemesi (CAA Marseille), talep edilen işlemin içeriğinin karışık ve çetrefilli olması halinde cevap verme süresinin 4 aya çıktığına ilişkin bilginin idare tarafından mükellefe bildirilmesi gerektiğine, aksi takdirde 4 aylık süre değil 2 aylık sürenin geçerli olacağına dair bir karar vermiştir⁵⁹.

İdarenin indirim talebini reddetmesi halinde, idari çözüm yolu olarak üst başvuru yoluna ya da yetki aşımı sebebiyle yargı yoluna başvurmak da mümkündür.

Fransız Vergi Usul Kanunun R247-7. maddesine (R347-7 du LPF) göre, indirim talebiyle alakalı olarak yetkili müdür tarafından alınan kararlara karşı Bakan'a başvurmak mümkündür. Bunun için hiçbir şekil şartı olmadığı gibi herhangi bir süre sınırlaması da mevcut değildir. Bakanın vermiş olduğu kararlara karşı da eğer yeni bir takım farklı durumlar oluşmuş ise yeniden Bakan'a başvurmak mümkündür.

Herhangi bir sebeple indirim talebinde bulunmak için yargı yoluna başvurmak mümkün değildir⁶⁰. İdare mahkemesi hâkimi böyle bir talebi direk olarak inceleyememektedir⁶¹. Ancak idarenin indirim talebi ile ilgili vermiş ol-

58 Fransız Hukuk siteminde idare ile vatandaş ilişkilerini düzenleyen ve idarenin cevap verme süresine ilişkin olarak 2013 yılı sonunda çıkarılan kanun ile büyük bir değişiklik yapılmıştır. 12 Kasım 2013 tarih ve 2013-1005 numaralı kanun ile idarenin 2 aylık süre içerisinde cevap vermemesi halinde başvurunun kabul edildiği anlamına geleceğine dair bir düzenleme getirmiştir. Ancak bu kabul edilmiş sayılma hali her türlü idari başvurular için geçerli değildir. Zaman zaman çıkarılan düzenleyici işlemlerle hangi işlemlerin bu kapsamda olduğu hangisinin de kapsam dışında olduğu açıkça belirtilmektedir.

59 CAA Marseille, 20 décembre 2007 n° 07-4438.

60 CE 15 juin 1987 n° 66149.

61 CE 24 mai 1982 n° 26929.

duğu karar hakkında, işlemin iptali ile ilgili olarak İdare Mahkemesinde dava açılabilir. Bu durumda hâkim verilen kararın hukuka uygunluğu üzerinde inceleme yapmaktadır. Verilen ret kararının konusunda, içeriğinde ya da yetkisinde hata veyahut de hukuka aykırılık söz konusu olursa işlem iptal edilir⁶².

C. UZLAŞMA (LA TRANSACTION)

Medeni huktan geçmiş (Fransız Medeni Kanunu'nun 2044 ve devamı maddeleri-Code Civil. Art.2044 et s.) olan bir kavram olan "la transaction", uyuşmazlığın her iki tarafının da belirli tavizler verdiği, uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yollarından biridir⁶³. Türkçe karşılığı farklılık arz eden "la transaction" kelimesi medeni hukuk kapsamında sulh, ticaret hukuku kapsamında ticari işlem olarak nitelendirilirken, vergi hukuku kapsamında da vergi idaresi ile mükellefin karşılıklı olarak belirli konularda anlaşması- uzlaşması olarak çevrilebilir. Bu sebeple çalışmamızda "uzlaşma" olarak kullanılacaktır.

Fransız Vergi Usul Kanunun L.247. maddesinde (L.247 du LPF) düzenlenmektedir. Fransız vergi hukukunda önemli bir yere sahip olan uzlaşma müessesesi idare ile mükellef arasında doğmuş ya da doğması muhtemel uyuşmazlıklar için başvurulmuş bir çözüm yöntemidir. Bununla birlikte vergi idaresinin mükellefin aleyhine olacak şekilde başlatmış olduğu bir yasal süreç de uzlaşmaya konu olabilir.

Uzlaşma yazılı usulle yapılır. Alacaktan vazgeçme gibi tek taraflı bir kontrat niteliğinde olmayıp, idare ile mükellef arasında imzalanan karşılıklılık esasının hakim olduğu bir kontrat niteliğindedir. "Uzlaşma ile mükellef vergi cezalarında indirim talebi ile yargı yoluna başvurmadan feragat etmiş olur"⁶⁴.

1. Hangi Durumlarda Uzlaşma Gerçekleştirilir?

L 247, 3° du LPF'e göre mükellefin yapmış olduğu bazı fiiller sebebiyle vergi *para cezası, ek vergi tarhiyatı ve gecikme faizi* (l'article 1727-I du CGI) ödemesi gerekiyorsa ve bunlar henüz kesinleşmemiş ise uzlaşma yapmak mümkündür. Diğer bir anlatımla, her türlü dolaysız vergi, Katma değer vergisi ve harçlara ilişkin cezalar ve 1727-I du CGI maddesine göre ödenmesi gereken gecikme faizleri uzlaşmaya konu olabilir.

62 CE 1^{er} octobre 1993 n° 129921; CE 8 octobre 1993 n° 118827.

63 Collet & Collin, s. 212.

64 Lambert, Contôle Fiscal, s.215.

İdare tarafından uygulanan bir takım cezalarda uzlaşma yapmak mümkün değildir⁶⁵:

– Mükellefin düzenlemesi gereken belgelerin düzenlememesi veya istenilen belgelerin geç vermesi ve yahut da verilen belgelerde hata ya da eksikliklerin mevcut olmasından dolayı 1729 B du CGI maddesine göre ödenen para cezaları,

– Mükellefin görüşme taleplerini reddetmesinden dolayı 1734 du CGI maddesine göre ödenen para cezaları,

– Vergi kaçakçılığı ile ilgili servisin yapmış olduğu şikâyet gerekçesiyle verilen vergi cezaları

ile ilgili uzlaşma yapılamaz.

Uzlaşma ile idarenin hiçbir şekilde verginin aslı üzerinde değişiklik (bir indirim ya da azaltma) yapması mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, vergi para cezaları, ek vergi tarhiyatı veya gecikme faizleri uzlaşmaya konu olabilmektedir. Bu durum zaten vergi incelemesine tabi tutulan gerçek ya da tüzel kişilere gönderilen ihbarnamelerde vergi idaresi tarafından belirtilir.

Fransız Vergi Usul Kanunun belirli maddelerindeki (L 251 ve R247-3 du LPF) şekil şartlarına uygun olarak uzlaşma yapılabilmektedir. Bir mükellefin hakkında verilen herhangi bir cezanın azaltılması veya ortadan kaldırılması hali uzlaşma olarak nitelendirilemez⁶⁶.

2. Uzlaşmanın Avantajları Nelerdir?

Mükellefler uzlaşma sayesinde haklarında verilmiş olan cezanın tamamından veya bir kısmından fazla bir prosedür olmadan kısa bir zamanda kurtulmuş olmaktadır⁶⁷. Buna karşılık idare de vergi ve cezasına ilişkin olan miktarları hızlı bir şekilde tahsil etme imkanı bulmuş olmaktadır. Bu miktar vergi denetimi sonunda mükellef hakkında belirlenmiş olan vergi ve cezalarından daha düşük olmaktadır. Uzlaşma tutanağının imzalanması ile hiçbir şekilde yargı yoluna başvurulmayacağı da kabul edilmiş olmaktadır (l'article L251 du LPF).

Mükellef uzlaşma ile belirlenmiş olan ödeme zamanlarına (taksit süre ve tarihlerini) riayet etmek zorundadır. Aynı zamanda verginin aslını ve cezanın kalan kısmını da ödemek zorundadır. Mükellefler uzlaşma ile bir sonuca bağ-

65 BOI-CTX-GCX-10-20 n° 80, 12 septembre 2012.

66 CE, 26 mars 1980, n° 11988 et 12916.

67 CE, 10 août 2005, n° 269885.

lamış oldukları durumlarla alakalı olarak yargı yoluna başvuramamaktadırlar. İdare de uzlaşma yapmış olması halinde yargı yoluna başvurmaktan feragat etmiş olmaktadır. Diğer bir anlatımla, uzlaşma kesinleştikten sonra hiçbir şekilde yargı yoluna başvurulamamaktadır.

Conseil d'Etat (Danıştay), “vermiş olduğu 28 Eylül 1983 tarihli kararında uzlaşma, dolaylı ama kesin olarak, tarafları bağlayıcı olan bir kontrat niteliğindedir⁶⁸” demiştir. Bu olayda Danıştay uzlaşma gerçekleşikten sonra idarenin mükellefe yönelik herhangi bir cezai müeyyide uygulamasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır⁶⁹.

Mükellef hakkında yapılan bir vergi incelemesinde elde edilen ticari kazançtan dolayı ek vergi tarhiyatı ve ceza ile ilgili olarak uzlaşma yapılmış olması aynı mükellefle alakalı olarak başka bir vergi türünden dolayı vergi incelemesi yapılmasına engel değildir. Bu doğrultuda, Conseil d'Etat (Danıştay), “bir mükellef hakkında vergi kanunlarına muhalefetten dolayı bir maddeye göre ek vergi tarhiyatı ve gecikme faizi uygulanması başka bir kanun maddesi gereğince ceza uygulanmasına engel değildir⁷⁰” demiştir.

Uzlaşma kapsamı dışında yer alan hususların tahsilinin yapılmasına engel hiçbir durum bulunmamaktadır.

Uzlaşma sadece taraflar arasında bir hüküm ifade etmektedir. Üçüncü kişileri bağlamamaktadır. Bununla birlikte, müteselsil sorumlu olan kişilerden bir tanesinin yapmış olduğu uzlaşma sadece ilgili mükellef için hüküm ifade eder, idare diğer müteselsil borçlulara karşı bütün haklarını ileri sürebilmektedir.

Conseil d'Etat (Danıştay)⁷¹ kapsam ve içerik açısından benzer nitelikte olup da idare ile uzlaşan mükellefi emsal göstererek idarenin kendisi ile de uzlaşması talebinde bulunan mükellefin başvurusunun yerinde olmadığı kararını vermiştir. Mahkeme idarenin böyle bir talebe olumlu cevap vermeye zorunlu olmadığı sonucuna varmıştır.

68 CE, 28 septembre 1983, n°11.513.

69 İdare ceza miktarı 190000 franc olması gerekirken yanlışlıkla 190 franc olarak yazmış ve buna göre bir uzlaşma sağlanmıştır. Uzlaşma tutanağının imzalanmasından 6 ay sonra bu hatasını fark etmiş ve mükellefe ceza kesmek istemiştir. Ancak Conseil d'Etat bunun mümkün olmadığına karar vermiştir, çünkü uzlaşma hükümleri her iki taraf için de bağlayıcıdır.

70 CE 24 mars 2006 n° 257533.

71 CE, 10 février 2014, n°361424.

3. Uzlaşma Ne Zaman Yapılabilir?

Vergilendirme işlemi *kesinleşmeden önce* her aşamada mükellef uzlaşma talebinde bulunabilmektedir.

Mahkemenin karar vermesinden önce yapılmış olan bir uzlaşma talebi ile ilgili dosyayı idarenin hızlı bir şekilde görüşüp, duruşma tarihinden önce karara bağlaması gerekmektedir. Ancak pratikteki uygulamada, mükellefin istinaf aşamasında olan bir uyuşmazlıkla alakalı olarak uzlaşma başvuru yapması durumunda, bu başvuruyu inceleyecek olan memurlar, istinaf başvurusundan vazgeçtiğine dair bir dilekçe talep edebilmektedirler. Bu durum zorunlu ve hukuki bir durum olmamakla birlikte, uyuşmazlığın barışçıl yollara çözümlenmesi için iyi niyet göstergesi olarak kabul edilmektedir.

4. Uzlaşma Talebi Nasıl Gerçekleştirilir?

Kural olarak uzlaşma talebi, indirim talebindeki gibi, R247-4 du LPF maddesine göre ilçe maliye müdürü veya ulusal yetkili servisin müdürü ya da özel yetkili servis müdürlerine kendi yetki alanlarıyla ilgili yapılabilmektedir. Bunun yanında bütçeden sorumlu olan bakana da başvuru yapılabilmektedir. Ancak bu durumda başvuru yapılacak kişilerin belirlenmesinde de uyuşmazlık konusu miktara göre de bir sınırlama mevcuttur.

Uyuşmazlık konusu olan miktar 200.000€ 'yu geçmiyorsa ilçe kamu maliyesi müdürü veya ulusal yetkili servisin müdürü ya da özel yetkili servis müdürleri

Uyuşmazlık konusu olan miktar 200.000€ 'yu geçiyorsa da Kambiyo, Gümrük ve Vergi Uyuşmazlıkları Komitesi'nin (Le Comité du Contentieux Fiscal, Douanier et des Changes) görüşünü alarak Bütçe Bakanı karar verir. Komitenin kararı tavsiye niteliğindedir.

Birden fazla yıla ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda yetkinin belirlenmesindeki uyuşmazlık limitleri her yıl için ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Ancak yıllardan herhangi birindeki limit 200.000€'yu geçerse bu durumda uyuşmazlık konusu dosyasının tamamı için Bütçe Bakanı yetkilidir⁷². Yetki sınırı ile ilgili yapılan bu açıklamalar yukarıda bahsedilmiş olan indirim müessesesi için de geçerlidir.

Her ne kadar uzlaşma kararlarını yetkili idare veriyor olsa da, Kambiyo, Gümrük ve Vergi Uyuşmazlıkları Komitesi (Le comité du contentieux fiscal,

72 CE, 8 juin 2011 n° 323176.

douanier et des changes), yargı yolu dışındaki her türlü uzlaşma taleplerine yönelik olarak hazırlanmakta olan uzlaşma tekliflerini inceleyebilmektedirler. İncelemiş oldukları dosyalar ile ilgili olarak yayımladıkları yıllık raporlarda hangi şartlarda uzlaşıldığını detaylıca belirtmektedirler. Uyuşmazlık konusu verginin türü, miktarı, ne kadarında uzlaşıldığı gibi bilgiler yer almaktadır.

Uzlaşma sadece mükellefin talebi ile değil idarenin teklifi ile de gerçekleştirilebilir ki uygulamada da bu duruma sık rastlanılmaktadır⁷³.

5. İdarenin ve Mükellefin Uyması Gerekli Usul Nasıldır?

Uzlaşma talebinin yazılı usulde olması esas olsa da uygulamada sözlü talepler üzerine idarenin uzlaşma teklifini hazırlaması da mümkündür⁷⁴.

Uzlaşma talebi basit bir dilekçe ile yapılabilir. Ancak bu dilekçe bireysel nitelikte olmalı yani kişiler kendileri ile ilgili bir talepte bulunmalı ve imzalamalıdır. Ancak yetki verilmiş bir vekili de bu talebi gerçekleştirebilir. Bu durumda dilekçenin ekine vekâletnamenin⁷⁵ de eklenmesi gerekmektedir. Aynı zamanda talep dilekçesinde mükellefin kendini tanıtıcı bilgiler, hangi konuda uzlaşma talep edildiğine ilişkin bilgiler verilmeli ve vergi dairesinden gelen ihbarname de dilekçenin ekinde gönderilmelidir.

İdare, talep edilen uzlaşma ile ilgili teklifini hazırlar ve iadeli taahhütlü mektup ile mükellefe gönderir. Bu mektubun ekinde uzlaşmanın tüm şartlarının yer aldığı ayrı iki nüsha kontrat da gönderir. Bu kontratta uzlaşmaya varılan ceza miktarı, asıl ceza miktarı ve verginin aslı gibi bilgiler yer almak zorundadır. Mükellef kendisine gelen bu teklif ile alakalı olarak teklifin eline ulaştığı günden itibaren 30 gün içerisinde idareye cevap vermek durumundadır. (R247-3 du LPF)

Eğer mükellef idarenin kendisine sunduğu teklifi kabul ederse imzalı iki nüsha uzlaşma tutanağını ilgili vergi idaresine gönderir. Vergi idaresi de kendine ait kısmı imzalar ve bir nüshasını tekrar mükellefe gönderir. Uzlaşma tutanağının yanında bir de bu işlemi onayladığına dair mektup da gönderir.

İdare uzlaşmanın imzalanmasından sonra uzlaşmada varılan sonuçlarla ilgili bilgiyi vergi idaresinde tahsilden sorumlu olan memura bildirir.

73 Collet&Collin, s. 214.

74 Lambert, Procédures Fiscales, s.522.

75 Fransız hukuk isteminde vekâletnameler (La Procuration) için herhangi bir şekil şartı, noter onayı vs. gibi, yoktur. Vekil tayin eden kişilerin boş bir kâğıt üzerine hangi konuda kimi vekil tayin ettiklerini dair bilgiler içeren ifadeler yazmış olmaları yeterlidir.

Uzlaşmanın geçerlilik kazanmasında dikkat edilmesi gereken bir husus da tarafların gerçek iradeleri üzerinde uyum sağlamış olmalarıdır. Mükellef idarenin kendisine teklif ettiği uzlaşma metnini hiçbir şerh koymadan kabul ederse ilgili uzlaşma geçerlilik kazanmaktadır.

Yapılan uzlaşmanın kesinlik kazanması için L251 du LPF maddesine göre yetkili idari merci tarafından (ki bu genellikle vergi idaresi bölge müdürüdür) uzlaşmanın onaylanması ve mükellefin de bu uzlaşma şartlarını yerine getirmesi gerekmektedir. Mükellefin uzlaşma şartlarına göre yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, genel hukuk kuralları gereğince verginin tahsili ile ilgili prosedürler başlatılmaktadır. Bu durumdaki tahsil zamanaşımı L274 et L275 du LPF maddelerine⁷⁶ göre hesaplanır.

Uzlaşmanın reddedilmesi halinde, mükellef L 251, du LPF maddesinin 2. fıkrasına göre yargı yoluna başvurması halinde hâkim ek vergi tarhiyatı veya cezalar yanında vergini aslı ile ilgili de karar verebilmektedir.

Mükellef uzlaşma teklifine 30 gün içerisinde cevap vermezse, idare tarafından bu teklifin yapıldığına ancak mükelleften cevap gelmediğine dair mükellefe bir hatırlatma mektubu gönderilmektedir. Bu mektuptan sonra da 10 günlük bir süre verilmektedir. Bu süre içerisinde de mükelleften bir cevap gelmez ise bu durumda uzlaşmanın reddedildiği anlamına gelir ve normal prosedürler işlemeye devam etmektedir.

Uzlaşma kesinleştikten sonra mükellef idareye karşı herhangi bir talepte bulunamayacağı gibi konuyla alakalı yargı yoluna da başvuramamaktadır⁷⁷. Ancak idarenin yapılan bir uzlaşmayı iptal etmesi halinde idari yargı mercilerinin vermiş olduğu kararlar ile adli yargı mercileri arasında farklılık mevcuttur.

Versay İdare Mahkemesi (Tribunal Administratif de Versailles), idare tarafından geçersiz sayılan bir uzlaşmanın mükellefe karşı da ileri sürülebileceğine ve bu uzlaşmanın yasal olmadığından dolayı vergi mahkemesine başvurulabileceğine karar vermiştir⁷⁸. Bu konuda Paris İstinaf Mahkemesi'nin bu karardan daha önce vermiş olduğu bir kararında, idare tarafından geçersiz sayılan bir uzlaşma mükellefe karşı ileri sürülemez ve uzlaşma onun açısından geçerlidir demiştir⁷⁹. Nitekim, bu konuda Conseil d'Etat (Danıştay)olaya

76 4 yıllık zamanaşımı süresi vardır.

77 CE 15 mai 1991 n° 76979.

78 TA Versailles, 18 décembre 2008, n°05-11293 et 06-7809.

79 CAA Paris, 10 février 2000, n°97-3460.

açıklık getirmiş ve idarenin geçersiz saydığı uzlaşmanın mükellefe karşı ile-ri sürülemeyeceği ve bu uzlaşma sebebiyle yetki aşımı sebebiyle yargı yoluna başvurulabileceği sonucuna varmıştır⁸⁰. Diğer bir anlatımla, Conseil d'Etat (Danıştay), uzlaşma mükellef açısından geçerliliğini korur ancak yargı yoluna başvurmak mümkündür, demiştir.

Adli yargı açısından olaya bakıldığında da, Fransız Yargıtayı (La Cour de Cassation) uzlaşmada matematiksel bir takım hatalar olması halinde Fransız Medeni Kanunun 2058. maddesine (l'article 2058 du Code Civil) göre düzeltilebilir demiştir. Ancak yapılan bir uzlaşmada katma değer vergisi oranı yanlış hesaplanmış ise bu durum 2058 du Code Civil maddesi kapsamında düzeltilebilecek bir hata olarak değerlendirilemez sonucuna varmıştır⁸¹.

SONUÇ

Çalışmamızda Fransız hukukundaki barışçıl çözüm yolları iki üst başlık çerçevesinde incelenmiştir. Ancak bu yöntemler arasında altlık üstlük ilişkisi söz konusu olmamakla birlikte, ilk başvuru olarak nitelendirebileceğimiz vergi idaresi ile görüşme ve Danışmana başvuru öncelikle tüketilmesi gereken bir yoldur. Bundan sonraki yöntemler konusunda mükellefler serbesttirler. Örneğin, Danışmanla görüşmesinden sonra tatmin edici bir sonuç alamayan mükellef uzlaşma talep edebilir. Bundan da istediği sonucu alamazsa arabulucu ya da aracıya başvurması mümkündür. Mükelleflere her ne kadar serbestlik tanınmış olsa da, vergilendirme işleminin kesinleşip kesinleşmemesine göre başvuru yollarının tercihinde sınırlandırmalar olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, mükelleflerin kesinleşmemiş bir vergilendirme işlemi için indirim talebinde bulunması mümkün olmadığı gibi; kesinleşmiş bir vergilendirme işlemi ile ilgili de uzlaşma talep etmesi mümkün değildir.

İdare ile mükellefler arasındaki uyuşmazlıkların kısa zamanda çözüme kavuşturulması hem idare hem de mükellefler tarafından tercih edilebilecek bir durum arz etmektedir. Ancak bu yöntemlerin uygulanmasında her iki tarafında hak ve menfaatleri korunmalıdır. Bu kapsamda Denetime Tabi Tutulmuş Mükelleflerin Hakları ve Yükümlülükleri Bildirgesi Fransız vergi hukukunda önemli bir yer teşkil etmektedir. Çünkü bu bildirge Türk vergi hukukundaki Mükellef Hakları Bildirgesi gibi idarenin tek taraflı irade beyanı şeklinde olmayıp, mükelleflerin haklarına ve korunmalarına ilişkin düzenlemeler içermektedir.

80 CE, 4 mars 2009, n°295288.

81 TA Cergy-Pontoise, 29 juillet 2010, n°08-4947.

Bu kapsamda ilçedeki Danışman (l'interlocuteur) ya da bölgesel yetkili Danışman ile görüşme, bundan tatmin edici bir sonuca varılamamış ise arabulucu ya da aracıya başvurulabilmesi gibi durumlar bu bildirge ile garanti altına alınmıştır.

Buna karşılık, Türk hukukunda yer alan uzlaşma müessesesi Fransız hukukundaki uzlaşma ile aynı kapsamda değildir. Fransız Hukukundaki uzlaşmada da, Türk hukukundaki uzlaşmadaki gibi, idare ile mükellef karşılıklı görüşmeler sonunda kontrat benzeri bir uzlaşma tutanağı imzalamakta ancak bu uzlaşmada hiçbir şekilde verginin aslına yönelik hükümler yer almamaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu tür bir uygulamada idarenin verginin aslında bir değişiklik yapması mümkün değildir⁸². Dolayısıyla, Anayasa ile garanti altına alınmış olan vergilendirme yetkisi ile ilgili düzenlemenin idare tarafından ihlal edilmesi önlenmiş olmaktadır. Böyle bir uygulamaya karşılık Türk hukuk sisteminde geçerli olan uzlaşma müessesesinde ise, idare cezalarda indirim yapabildiği gibi verginin aslında da değişiklik yapabilmektedir. Bu durumda da kanunilik ilkesi (Anayasa m. 73), eşitlik ilkesi (Anayasa m. 10) ve mali güce göre vergilendirme ilkeleri (Anayasa m. 73) ihlal edilmiş olmaktadır. “Vergilendirmeyle temel hak ve özgürlüklere müdahale edildiği için, onun zaten Anayasa m.13 gereğince kanunla düzenlenmesi(konulması, değiştirilmesi, kaldırılması) gerekliliğiyle yetinmeyen, ‘kanunilik ilkesi’ne vergi bakımından Anayasa’ında açıkça yer vererek onu başucuna koyan ve –buna bağlı olarak–yasal idare ilkesini vergilendirme alanında çok daha katı bir şekilde uygulamayı hedefleyen bir hukuk devletinde (Anayasa m.73,f.3 ve m.2), kanun koyucunun vergi idaresini bilinçli bir şekilde sınırsız bir takdir yetkisiyle donatmak istediğini düşünebilmek mümkün değildir⁸³.”

Fransız vergi idaresinin uygulamış olduğu barışçıl çözüm yollarının Türk hukukundaki uygulamalar ile farklılıklar taşıması normaldir. Her iki toplumun da kendine has bazı özellikleri kanunların ve düzenleyici işlemlerin yapılmasında etkilidir ve bu bir gerçekliktir. Ancak özellikle iyi niyetli mükelleflerin korunması, vergi adaletinin ve vergide eşitliğin sağlanması, cezaların kanuniliği, devlete ve idari teşkilata güvenin sağlanması gibi birtakım olmaz olmaz kuralların işlerlik kazanması için, Türk vergi hukukunda çok fazla kulanılan uzlaşma müessesinin Fransız hukukunda yer alan uzlaşma müessesesi çerçevesinde incelenerek yeniden düzenlenmesinde fayda vardır. Hali hazırdaki uygulama ile Devlet çok fazla vergi kaybına uğradığı gibi mükellefler arasındaki eşitlik de zedelenmektedir.

82 BOI-CTX-GCX-10-20, n° 1, 12 septembre 2012.

83 Başaran Yavaşlar, Funda (2010), “Uzlaşma Uygulaması Hukuka Uygun mu?”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 257, s. 165-173.

KAYNAKÇA

Ayrault, Ludovic (2004), Le Contrôle juridictionnel de la régularité de la procédure d'imposition, Paris, l'Harmattan.

Başaran Yavaşlar, Funda (2010), Uzlaşma Uygulaması Hukuka Uygun mu?, Vergi Sorunları Dergisi, S. 257.

Bouvier, Michel (2003), Introduction au Droit Fiscal Général et à la Théorie de l'impôt, 5ème édition, Paris, L.G.D.J.

Candan, Turgut, Vergi Uyuşmazlıklarının Yargı Yoluyla Çözümü (Vergi Uyuşmazlıkları, İdari İşlemler ve Dava Açma Süreleri), <www.muhasabe.net.>

Casimir, Jean-Pierre & Chadeaux, Martial (1997), Le Recours à l'interlocuteur départemental ou l'art d'inciter le contribuable novice à devenir un expert en procédure fiscale, R.F.C. 291, juillet- août, s. 29-31.

Colin, Frédérique (2008), De La Valeur Juridique De La Charte Des Droits Et Obligations Du Contribuable Vérifié, Les Cahiers du CRA, n° 14, s. 17-20.

Collet, Martin & Collin, Pierre (2014), Procédures fiscales-contrôle, contentieux et recouvrement de l'impôt", 2ème edition, Paris, PUF.

Karakoç, Yusuf (2015), Vergi Anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları (Vergi Yargılama Hukuku), 3. Baskı, Ankara Yetkin.

Karataş Durmuş, Neslihan (2015), Türk Ve Fransız Vergi Hukuku Kapsamında Mükelleflerin Korunması, 30. Maliye Sempozyumu, Antalya, Yayınlanmamış Tebliğ.

Kaya, Cemil (2014), İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim, 2. Baskı, İstanbul, XII Levha.

Lambert, Thierry (1998), Contrôle Fiscal, droit et pratique, Paris PUF.

Lambert, Thierry (2013), Procédure Fiscal, Paris, Montchrestien – Lextenso Editions.

Öncel, Mualla& Kumrulu, Ahmet& Çağan, Nami (2014), Vergi Hukuku, 23. Baskı, Ankara, Turhan Kitapevi.

NAVİS FİSCAL (2013), Contentieux Fiscales, Division VIII Dégrèvements ou Restitutions d'Office, no.690.

Danıştay 4. D. E.2009/4880, K.2010/2712, T.13.05.2010.

CE, 10 février 2014, n°361424.

CE 3 février 2011, n° 322857.

CE, 8 juin 2011, n° 323176.

CE 30 juin 2010, req.310294.

CE, 4 mars 2009, n°295288.

CE, 14 avril 2008, n° 30116.

TA Versailles, 18 décembre 2008, n°05-11293 et 06-7809.

CAA Paris, 3 décembre 2007, 05PA02418.

CAA Marseille, 20 décembre 2007, n° 07-4438.

CE 24 mars 2006, n° 257533.

CE, 10 août 2005, n° 269885.

CE, 3 décembre 2003, n°239514.

CE, 23 octobre 2002, n° 204052.

CAA Paris, 10 février 2000, n°97-3460.

CAA Lyon 7 juin 2000, no: 96-1141.

CAA Nancy, 26 décembre 1996, n° 95-1131.

CE 8 octobre 1993, n° 118827.

CE 1^{er} octobre 1993, n° 129921.

CE 15 mai 1991, n° 76979.

CE 15 juin 1987, n° 66149.

CE, 28 septembre 1983, n°11.513.

CE 24 mai 1982, n° 26929.

CE, 26 mars 1980, n° 11988 et 12916.

<www.economie.gouv.fr/>

<<http://bofip.impots.gouv.fr>>

<www.legifrance.gouv.fr>

<www.impots.gouv.fr>

ÇEVRENİN KORUNMASINDA İDARİ YAPTIRIMLARIN CAYDIRICILIK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Mehmet HATİPOĞLU*

ÖZET

Bu çalışma, Türkiye’de çevrenin korunmasına hizmet eden idari yaptırımların mevcut durumunu ortaya koyarak daha etkin ve caydırıcı bir çevre koruma adına, yaptırım ekseninde hangi hukuksal yaklaşım ve uygulamalara ihtiyaç duyulduğunu analiz etmektedir. Bu bağlamda, çevrenin idare hukuku tarafından korunması özelinde kullanılan yaptırımlara uyumun artırılması için birtakım faktörler ön plana çıkmaktadır. Etkin bir idari yapılanmanın oluşturulması, mevzuat yetersizliği varsa giderilmesi, yaptırımların ölçülü ve belirgin olması, halkın çevre bilinciyle korumaya katılımının artırılması gibi hususlar caydırıcılığı etkileyen faktörler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada çevre sorunlarının oldukça çeşitlenmesi ve zararlarının daha da hissedilir olması önlemeye yönelik tedbirler temelinde bir caydırıcılık politikasını zorunlu hale getirmektedir. Zira gelişmiş ülkelere bakıldığında çevre korumada kullanılan hukuksal araçların, özellikle de idari yaptırımların, yeni önleyici stratejilerle geliştirildiğini ve daha etkin hale getirildiğini görmekteyiz. Çevre hukukuna uyumu geliştirmek ve koruma derecesini yükseltmek için yenilikçi idare hukuku tedbirlerine ihtiyaç vardır. İşbirlikçi idari yaptırım mekanizmaları, idari yaptırımların yeterli düzeye ulaştırılması, idari teşkilatın yeniden yapılandırılması (teknolojik altyapı), yetki paylaşımları, çevresel duyarlılığı artırma çabalarında idarenin rolü gibi hususlar, çevrenin idare hukuku araçları aracılığı ile daha etkin korunmasında öne çıkan konulardır. Bu konular gözden geçirilerek ve önleyici yaklaşımlar benimsenerek oluşturulacak yenilikçi tedbirlerin ülkemiz açısından mevcut durumu ve atılması gereken adımlar, bu çalışmamızın temel fikrini oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çevre koruma, idare, idari tedbir ve yaptırım, etkinlik, caydırıcılık.

* Uşak Üniversitesi İİBF, Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

EVALUATION OF ADMINISTRATIVE LAW TOOLS' DETERRENCE FOR PROTECTION OF THE ENVIRONMENT

ABSTRACT

This study analyses needed legal approaches and applications on behalf of effective and dissuasive environmental protection by indicating the current situation of administrative sanctions, which serve to environmental protections in Turkey. In this context, a number of factors come into prominence in order to increase the compliance of used tools. Factors affecting the dissuasiveness are establishing an administrative structuring, correcting any deficiencies, having restrained and explicit sanctions, increasing the public's participation for environmental protection awareness. At this point, diversification of environmental issues and growth of felt damages make dissuasiveness policy obligatory on the basis of preventing cautions. Because, when examined the developed countries, it is seen that legal tools used in environmental protections, particularly administrative law tools, are developing with preventive strategies and activating more. There is a need for innovative administrative law precautions for improving compliance with environmental law and upgrading the degree of protection. In order to protect environment effectively with administrative law tools, priority issues are collaborative administrative sanction mechanisms, reaching to sufficient level of administrative sanctions, restructuring of the administrative organization (technological infrastructure), authority sharing, matters such as role of administration in efforts to increase environmental awareness. The aim of this study is determining current situation of our country and specifying the points to take into consideration by creating innovative precautions with reviewing the issues and adopting preventive approaches.

Keywords: Environmental protection, regulator, administrative sanctions, deterrence, effectiveness.

I. GİRİŞ

Çevre sorunlarının çözümünde ilk aşama elbette sorunların tespiti ve değerlendirilmesidir. Bunu takiben bu sorunların çözümü için bir öncelik sırası belirlenmelidir. Türkiye’de taşra teşkilatlarından edinilen bilgiler ışığında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, dönemsel olarak bölgelerin çevre sorunlarının önceliklendirilmesi çalışmaları yürütmektedir. Hava, su, toprak, gürültü kirliliği, atıklar sorunu, erozyon ve doğal çevrenin tahribatı başlıklarında illere göre bir sınıflandırma yapılmaktadır¹.

Çevre sorunlarının, onların özelliklerinin, çevreye verilen zararların niteliklerinin tespiti yapıldıktan sonra ise, bu sorunların ortadan kalkması ya da tekrarlanmaması yönünde atılacak adımlar gündeme gelmektedir. Çevre sorunlarının artışına sebep olan faktörlere bağlı olarak çevre korunmasında kullanılan araçlar da farklılık arz etmektedir. Çeşitlilik arz etmesinin yanında sınıflandırma şeklinin de kaynaklara göre değiştiğini söyleyebiliriz. Örneğin çevrenin hukuksal araçlarla korunması, eğitsel koruma, sosyal ve felsefi koruma, etiksel koruma şeklinde alt dallara ayrılabilir². Diğer bir sınıflandırmada çevrenin eğitim aracılığıyla korunması, etik değerlerin yükseltilmesi aracılığıyla korunması, toplumsal algının artırılması yoluyla korunması, ekonomik tedbirler aracılığıyla korunması, devlet tarafından geliştirilen çevre politikaları aracılığıyla korunması, hukuksal yönden korunması gibi başlıklar yer almaktadır. Tüm bu sınıflandırma şekillerinden yola çıkarak aslında temelde iki koruma aracının varlığından ve yukarıda sayılan araçların da bu iki temel üzere değerlendirilebileceğinden söz edebiliriz. Bunlar, kirlüten öder ilkesi çerçevesinde onarıcı çevre koruma araçları ve önleme ilkesi çerçevesinde önleyici çevre koruma araçlarıdır³.

İnsanlar; bilinçli veya bilinçsiz, isteyerek veya istemeyerek, özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ya da ihmal ederek çevreyi kirlletmekte ve çevre sorunlarına sebep olmakta, sonra da çözüm aramaktadırlar. Kirliliğin önlenmesi, azaltılması veya giderilmesi için çok farklı alanlarda, çok farklı yöntemlerle bir dizi düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin en başında da hukuk aracı gelmektedir.

1 T.C Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, “Türkiye Çevre Sorunları ve Öncelikleri Değerlendirme Raporu”, Yayın No:23, Ankara, <http://www.csb.gov.tr/db/ced/editordosya/cevre_sorun_2014.pdf> s.e.t. 01.10.2015.

2 Taşkın, Ahmet (2010) “Çevrenin Hukuksal Yönden Korunması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, Ankara, s. 256-269.

3 Mengi, Ayşegül (1998) “Çevre Koruma Yöneltileri, İlkeleri ve Araçları”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 7, S. 3, s. 70.

Uluslar arası Çevre mevzuatından sonra ulusal düzeyde Türkiye'nin de aralarında bulunduğu birçok ülkenin anayasal metinlerinden yönetmeliklerine varana kadar düzenlemeler yapılmıştır. Devletin düzenleyici fonksiyonu, çevreyi koruma alanında idare hukuku, ceza hukuku ve medeni hukuk dallarına giren önemli prensipler ortaya koymuştur⁴.

Toplumda düzeni sağlamada etkili olduğu düşünülen hukuksal olmayan diğer kurallar çoğu zaman hukuka aykırı davranışların önlenmesinde hemen sonuç doğuracak etkili yaptırımlar içermezler. Tüm bireyleri bağlayıcı ve hemen etki doğuracak hukuk kurallarının varlığı tam da bu noktada büyük önem taşımaktadır. Bunlardan bir kısmı önlemeye yönelikken diğerleri bastırıcı özellikler taşırlar. Sözü geçen hukuk kurallarına yaşamın her alanında ihtiyaç duyulduğu gibi çevrenin korunması konusunda da ihtiyaç duyulmaktadır⁵.

Bu bakımdan idare hukukunun dinamik özelliği, çevre koruma ve geliştirme için çok önemli bir unsurdur. Zira diğer hukuk disiplinlerinden farklı olarak idare hukukunun özelliklerinden birisi de insanların güncel sorunları karşısında “spontane” çözümler üretmek zorunda olmasıdır. Bu zorunluluk idarenin güncel sorunlar karşısında “doğrudan” ve “anında” işlem ve eylemde bulunmakla yükümlü olmasının doğal bir sonucudur⁶. Çevre konusu ve çevre sorunlarının özellikle de idari yaptırım ve tedbirlere bağlı olması, idare hukuku ile olan ilişkisini netleştirmektedir⁷.

İdare hukuku, kanunların ve diğer yasal düzenlemelerin uygulanmasında bir mekanizma görevi görmektedir. Bu yüzden de sağlık, eğitim, trafik ve çevre gibi birçok sosyal politika alanında önemi büyüktür. Bu alanlardaki düzenin ve konumuz itibarıyla özellikle çevre korunmasında çevre kalitesinin, olumlu ya da olumsuz düzeyde seyretmesi, birbirleriyle sürekli etkileşim içerisinde olan grupların ve bireylerin nasıl davrandıklarıyla yakından ilişkilidir.

4 Ural, Engin (1980) “Çevre Hukukunun Gelişmesi”, Ankara Barosu Dergisi, s. 3, Ankara, s. 360.

5 Oğurlu, Yücel (1999), “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım – Ceza Yaptırımı Ayrımı”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, s.143.

6 Ulusoy, Ali (1993) “Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış”, A.Ü.H.F.D., C. 43, S. 1-4, s. 138.

7 Ayrıntılı bilgi için bkz., Akıllıoğlu, Tekin (1987) “İdare Hukuku Açısından Çevre Kanunu”, Çevre Kanununun Uygulanması, Ankara, TÇSV Yayını, s. 71-93, Yayla, Yıldızhan (1983), “Çevre Sorunlarından Kaynaklanan Bazı İdare Hukuku Sorunları”, “Kentleşmenin Getirdiği Çevre Sorunları Sempozyumu: İdare Hukuku Açısından”, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 17-18 Kasım, s. 11-21.

Ramsay ve Rowe⁸ çevreye zarar verici ihlal niteliği taşıyan faaliyetlere karşı genel kullanımdaki idari yaptırım ya da tedbirlerin yasaklamalar, ruhsatlamalar, kontroller, emirler, çevresel denetimler, raporlamalar, cezalar, uyum programları ve diğer dolaylı kontroller olduğunu ifade etmektedirler. Bunlardan bir kısmı idari yaptırım diğer bir kısmı ise yaptırım niteliği taşımayan araçlar şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İdare hukuku araçlarından yaptırımların her birinin kendi içerisinde etkinlik ve caydırıcılık açısından uygulama problemlerini göz ardı etmemeliyiz. Başka bir deyişle, idari yaptırımların gerekliliği kadar, onların etkinliğini artırmanın da yolları aranmalıdır⁹.

II. İDARİ YAPTIRIM VE UYUM POLİTİKASI

A. YAPTIRIM VE UYUM POLİTİKASININ ÖNEMİ

İdari yaptırımların etkinliğinin sağlanmasında, ülkede uygulanan çevresel yaptırım ve uyum politikası da büyük öneme sahiptir. Başka bir deyişle idarenin, idare hukukundan doğan çevresel çözüm araçlarından yaptırımların, çevre sağlığının korunmasında başarılı olamaması, çevresel uyum ve yaptırım politikalarının gözden geçirilmesini gerekli kılmaktadır.

Yaptırım ve uyum politikası, var olan hukuk düzenine aykırılığın tespit edildiği bir zamanda toplumun ya da belirli bir konu hakkında yürürlüğe konmuş hukuk kurallarının muhatabı olan grubun, yaptırım uygulamaya yetkili kamu otoritelerinden ne tür önlemler (karşı davranışlar) bekleyebileceklerini açıklayan kamuya açık resmi bir belgedir. Yaptırım politikaları, yetkili makamlara, ihlallere karşı adil ve tutarlı yaptırım kararları vermede ve temel prensipleri belirlemede yardımcı olmaktadır. İzlenen yaptırım politikaları aynı zamanda işletmelere, yaptırım uygulamaya yetkili makamların kamu gücünü keyfi şekilde kullanmamaları konusunda teminat vermekte, uygulanacak yaptırım kararlarının genel kamu yararına uygun şekilde tesis edilmesi noktasında toplumda güven yaratmaktadır¹⁰.

8 Ross Ramsay- Gerard C. Rowe (eds)(1995), *Environmental Law and Policy in Australia: Text and Materials*, Sydney, Butterworths, p. 33.

9 Thomas, Ian (2004), "Environmental Policy. Australian Practice in The Context of Theory", Sydney NSW, The Federation Press, s. 266.

10 OECD, "Determination and Application of Administrative Fines for Environmental Offences: Guidance for Environmental Enforcement Authorities in EECCA Countries", <<http://www.oecd.org/environment/emergingandtransitioneconomies/42356640.pdf>> s.e.t. 04.10.2015.

Çevre korunmasında görev ve yetkileri olan tüm idari kuruluşların çevre düzenlemelerine ilişkin amaçlarının analizinde üç temel amaç dikkat çekmektedir. Bunlar, çevre zararlarının azaltılması, sosyal refahın artırılması ve çevresel adaletin geliştirilmesidir. Bu amaçlar aynı zamanda bir çevre politikasının temel paradigmalarını da oluşturmaktadır¹¹.

Acaba idare, kişi ve işletmelerin, faaliyette bulunurken çevresel zararlı etkileri olan davranışlardan sakınmaları için onları nasıl kontrol ve motive edecektir. Günümüz paradigması göstermektedir ki; devletler bireyleri ihlallerden caydırmak için onları belli davranış yükümlülükleri altına sokan yasalar çıkarmakta ve bu yasalara uymayanlara karşı yaptırımlara başvurmaktadır. Zira yaptırımlar, suçun ekonomik modeline göre, uygulandıkları gerçek ya da tüzel kişiler üzerinde sonuç doğurdularından, toplumdaki diğer bireyler arasında kolaylıkla dağıtılamayan, özellikle de maruz kalanlara kişisel maliyetler şeklinde karşımıza çıkan araçlardır. Böylelikle insanlar, çevresel faaliyet kararları alırken hem uygulanacak olan ceza riskini hem de kendilerinin ya da diğerlerinin önceki kararlarının olumsuz sonuçlarını dikkate almaktadırlar.

Çevresel uyum ve yaptırım politikaları, bir ülkenin, çevre ve buna bağlı kavramları nasıl algıladığı ve ne değerinde önem verdiğini de açıklamaktadır. Yaptırım politikalarında temel amaç, çevreyi kirletenleri cezalandırma değil, gönüllü uyumu artırıcı programlar ile zorlayıcı müdahaleler arasındaki dengeyi kurabilmektir. Çevre yaptırımları konusunda halkı bilgilendirme, zararların ortaya çıkışını engelleyici tedbirler için işletmelerin teşvik edilmesi, denetimlerin sıklığını ve sürekliliğini artırmak için elektronik denetim sistemlerinin kurulması gibi faaliyetler, politikalar kapsamında değerlendirilebilir. Gelişmiş ülkelerde yaptırım politikaları, daha çok önleyici özellikleri ile dikkat çekmekte ve bu ülkelerde son yıllarda idari koruma araçları daha sıklıkla kullanılmaktadır¹².

Caydırıcılık ekseninde ele alındığında yetkili makamların politika üretirken neyi hedef aldıkları, hangi prensiplerle hareket ettikleri çok önemlidir. Yaptırım politikası yetkili makamların yaklaşımını, uygulama metotlarını ve

11 Karassin, Orr and Perez, Oren (2010), "From Regulation To Implementation: Responsive Assessment Of Environmental Compliance and Enforcement", presented at the ECPR Standing Group Conference On Regulation In An Age Of Crisis, University Of Dublin, Ireland, s. 14.

12 Murchison, Kenneth M., (1995), "Environmental Law in Australia and the United States: A Comparative Overview", Boston College Environmental Affairs Law Review, Vol. 22, Issue 3, p. 534.

önceliklerini ifade etmektedir. Örneğin, Avustralya’da hemen hemen her eyalette bulunan Çevre Koruma Ajanslarının (EPAs) etkinliği sağlamada kullandıkları yaptırım politikasının sahip olması gereken temel prensipler şu şekilde belirlenmiştir¹³:

- **hedef belirleme** (temel hedef ciddi çevre felaketlerinin ve büyük risklerin önüne geçmek)
- **orantılı olma** (riskin büyüklüğü ve kusurun derecesini dikkate alarak hareket etme)
- **şeffaflık** (yasal düzenlemelerin ve standartların geliştirilmesinde ve uygulanmasında halkın bilgilendirilmesi ve yaptırımlar hakkında bilgi düzeyinin artırılması)
- **tutarlı olma** (idarenin alacağı tedbir ve yaptırım kararlarının önceden öngörülebilmesi ve kararların birbirleriyle tutarlı olması, aynı koşullara sahip ihlallere karşı farklı yaptırım yasağı)¹⁴
- **hesap verebilirlik** (yaptırım kararlarının gerekçeli olması ve kamunun incelemesine açık olması)
- **kapsayıcılık** (kararlara halkın katılımının sağlanması bağlamında yasal düzenlemeler ve standartların oluşturulmasında iş dünyası, sivil toplum ve idare arasında koordinasyon sağlanması)
- **otoriter ve güvenilir olma** (idarenin gerekli tüm yetki ile donatılması)
- **etkinlik** (etkin bir caydırıcılık amaçlanarak riskin ya da zararın en kısa zamanda giderilmesi).

Klasik caydırıcılık teorisine göre, en yüksek derecede caydırıcılığın sağlanabilmesi için Beccaria’nın 1764 yılında yayınlanan “Suçlar ve Cezalar Hakkında” (Dei delilitti e dellepene) adlı çalışmasında dile getirdiği 3 temel prensibe dikkat edilmesi gerekmektedir¹⁵. Yüzyıllar önce dile getirilen *cezala-*

13 EPA Victoria, (2011) “Compliance and Enforcement Policy”, Publication 1388, Victoria, p. 5.

14 Commission of Environmental Cooperation, (1999), “Indicators of Effective Environmental Enforcement”, Published by the Communications and Public Outreach Department of the CEC Secretariat, Montreal (Canada), p. 2.

15 State of Oregon Department of Environmental Quality, (2004), “General Deterrence of Environmental Violation: A Peek into the Mind of the Regulated Public”, Prepared by Les Carlough, Portland (USA), p. 6., Beccaria da bu görüşe paralel olarak cezaların caydırıcı olabilmeleri için üç temel prensip ortaya koymaktadır. Bu prensipler önem sırasına göre: (1) kesinlik (certainty), (2) hızlilik (celerity/swiftness) ve (3) şiddetlilik (severity)., Beccaria, Cesare, “An Essay on Crimes and Punishments.”, İçinde geçtiği eser Francis T. Cullen and Robert Agnew (eds), *Criminological Theory: Past to Present – Essential Readings*, Second Edition, CA: Roxbury Publishing, Los Angeles, 2003, p. 20–22.

rın kaçınılmazlığı/kesinliği (certainty of punishment), cezaların sertliği/katılığı (severity of punishment) ve cezaların çabukluğu (swiftness of punishment) gibi ilkeler idari yaptırım ve tedbirler için de mutlak geçerlilik arz etmektedir¹⁶.

İdari yaptırımların etkili bir şekilde kullanılmaları, bir sonraki oluşacak çevresel zarar bakımından caydırıcı olmalarını da sağlayacaktır. Fakat idari yaptırımların etkinliğinin araştırılmasında sadece yaptırımların türünün, niteliğinin ve miktarının ele alınması eksik bir inceleme olacaktır. “Etkin bir idari yaptırım için caydırıcı bir idare” yaklaşımından yola çıkarak yaptırımların uygulayıcılarla birlikte değerlendirilmesi ve uygulama usullerinin de dikkate alınmasına yönelik politikalar geliştirilmelidir.

İdari yaptırımların etkinliğinin artırılması yönünde yapılan çalışmalar, aynı zamanda temel hak ve hürriyetlerin çizdiği sınırlar içerisinde kalmalıdır¹⁷. Zira idari yaptırımlar, “idarenin araya bir yargı kararı girmeden doğrudan doğruya bir işlemlerle ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalardır”¹⁸. İdari yaptırımların bu özelliği, yaptırım uygulanmasında sürat ve etkinlik sağlamaktadır. Ancak doktrinde, yargı organının aracılığı olmadan idare içinde yer alan makam ve mercilerce yaptırımın uygulanmasının kuvvetler ayrılığı ve yargılama ödevinin bağımsız yargı organlarına yerine getirilmesi ilkesine ters düşebileceği ve ceza yargılamasının, kişinin kendini etkili bir şekilde savunma olanağını tanıyan güvenceli usul kurallarından yoksun kalmasına yol açabileceği ifade edilmektedir¹⁹. O halde çevresel zararlara karşı idareye verilen yaptırım uygulama yetkisinin, temel hak ve hürriyetler sınırı ile idari otorite sınırı arasında dengeli ve orantılı bir biçimde kullanılması gerekmektedir.

B. YAPTIRIM VE UYUM POLİTİKASININ HEDEFLERİ

“Çevrenin korunması” kavramı, geniş anlamda ele alınması gereken bir kavramdır. Hukuk aracıyla koruma sağlanırken de öncelikle hedeflerin belirlenmesi gerekir. Uyum politikalarında ortaya konan hedefler uygulayıcılara yol göstermesi açısından çok önemlidir.

- 16 Kızmaz, Zahir (2005), “Ceza ve Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi”, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 7, s. 217.
- 17 AYM., 23.06.1989 gün, E. 1988/50, K. 1988/27, RG. 20302, RG Tarihi: 04.10.1989, s.11 vd., AYM., E. 1991/6, K. 1991/20, AMKD. , S.27/1, s. 395., Ölçülülük ilkesinin anayasal sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Oğurlu, Yücel (2000), “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, AÜEHFD, C. IV, S. 1-2.
- 18 Özay, İlhan (1985), “İdari Yaptırımlar: Kurumsal Bir Deneme”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 2 .
- 19 Ayrıntılı bilgi için bkz., Gözübüyük, Şeref ve Akıllıoğlu, Tekin (1992), “Yönetim Hukuku”, 5.B, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 264, Gölçüklü, Feyyaz (1963), “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, AÜSBFD, S. 2, C. 18, s. 117.

Bir çevre yaptırım programının eş zamanlı olarak birbirini izleyen ve birbirleriyle ilişkili bazı hedefleri yanında, bu hedefler arasındaki rekabetin de dengelenmesi gerekmektedir. Yaptırım stratejilerini uygulamaya yetkili idari makamların gerek bütçe gerekse teşkilatlanma açısından, elindeki imkânların sınırsız olduğu söylenemez. Bu yüzden ilk hedef olarak, idarenin yaptırım ve tedbir amaçlı kullanabileceği araçları, uyumu en yüksek seviyede sağlayabilmek adına akıllıca kullanmaları gerekmektedir. Bu, idare hukuku araçlarının stratejik olarak planlı kullanılmasını gerektirmektedir.

İkinci hedef de ilk hedefle yakından ilişkilidir. Çevre mevzuatına bireylerin uyumunu sağlamak adına, ülkelerin geleneksel bir yaptırım stratejisinin olması gerekir. Böylece işletmeler ve bireyler üzerinde hem bir algı oluşmuş olacak hem de içselleştirilerek uyum kolaylaştırılacaktır. Elbette ki; insan haklarına saygı ve demokratik ilkelerle birlikte düşünüldüğünde hiçbir yaptırım stratejisi, tamamen başarılı olamayabilir. Zira çevreye zararlı faaliyet gösterenlerin milyonlarca davranışını kontrol altına almak, denetlemek kolay değildir. Bu yüzden spesifik olarak her olayın üzerine giden değil, bir algı oluşturan stratejiler daha başarılı olmaktadır²⁰.

Üçüncü olarak ise bir yaptırım stratejisinin hedefini, ikincilik ilkesine rağmen, kirleteni cezalandırmak olarak belirtebiliriz. İdarenin en düşük seviyedeki tedbirlerinden, onun ihbar ya da şikâyetiyle bir yargılama sonucu hürriyeti bağlayıcı cezaya kadar varan tepkileri, vazgeçilmez bir unsurdur. Ceza, caydırıcılık etkisinin sağlanması için toplumsal bir karşılık olarak kullanılmalıdır. Ayrıca bir ceza verirken ihlalin %100 olarak net bir şekilde ortaya çıkarılması gerekmektedir. Şayet ihlalin ve ihlali yapanın tespiti (detection) belirsiz olursa ceza, çevresel ihlaller için yetersiz kalabilir²¹.

Etkili bir yaptırım stratejisinin dördüncü hedefi, kirletmenin kaynağı ne olursa olsun herkese eşit tepkilerin verilmesidir. Politik ya da ekonomik bir güce sahip olmanın uygulama yönünden fark yaratmadığı bir idari çevre korumadan bahsediyoruz. Ekonomik açıdan güçlü, yerel politikacılar tarafından tanınmış, bulunduğu yere istihdam desteği sağlayan, belli sivil toplum kuruluşlarına üye firmalara karşı mevzuatın eşit bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Özellikle yerel yönetimler ve taşra düzeyinde kendini gösteren bu sorun, ciddiyetini daima muhafaza etmiştir²².

20 Arnold W. Reitze, Air Pollution Control Law: Compliance, Enforcement, Published by Environmental Law Institute, Washington, 2001, s. 519-520.

21 Reitze, Arnold W. (2001) "Air Pollution Control Law: Compliance, Enforcement", Published by Environmental Law Institute, Washington, s. 519-520.

22 Reitze, s. 520.

Son hedef, yukarıda sayılan tüm yaptırım stratejilerinin uyumlu, ahenk-
li bir şekilde dengelenerek uygulanmasıdır. Başka bir deyişle; acımasız yap-
tırım ve tedbirlerin uygulanması ile çevre probleminin çözülmesi arasındaki
zıtlaşmada dengeli bir sistemin oluşturulması gerekmektedir.

III. İDARİ YAPTIRIMLAR AÇISINDAN ETKİN CAYDIRICILIK

Toplumda düzeni sağlamada etkili olduğu düşünülen hukuksal olma-
yan diğer kurallar, çoğu zaman hemen sonuç doğuracak etkili yaptırımlar iç-
ermez. Bu kurallar, yalnızca belirli kişiler açısından yönlendirici olduklarından
tüm bireyleri bağlayıcı da olmamaktadırlar. O halde hemen etki doğuracak
hukuk kurallarının varlığı, toplum yaşamının devamı için son derece önem-
lidir. Aynı zamanda toplumu oluşturan bireylerin tümünün dürüst ve sosyal
görevlerini yerine getirmeye hevesli insanlar olduğunu söylemek de oldukça
güçtür. İnsanların topluluk halinde yaşamalarının bir gereği olan toplumsal
görevlerini yerine getirmeleri, ancak zorlayıcı kurallarla ve tedbirlerle sağla-
nabilmektedir. Bu zorlayıcı kuralların başında yaptırımlar gelmektedir. İdare-
nin görevleri arasında sayabileceğimiz kamu güvenliği ve görevi, kamu sağlığı,
çevre korunması ve ulusal servetin korunması anlamına da gelen idari düze-
nin sağlanabilmesi, yaptırım yetkisinin kullanılabilmesiyle mümkün olmakta-
dır. Görev alanına giren tüm bu hizmetlerini gerektiği şekilde, etkili ve zama-
nında yapabilmesi için idarenin yaptırım uygulama ve tedbirler alma yetkisine
sahip olması zorunludur²³. Fakat bu yaptırım yetkisi gibi önemli olan diğer bir
husus, söz konusu yaptırım sisteminin özellikleri açısından etkin ve caydırıcı
bir şekilde sonuçlarını doğurabilmesidir.

İdari yaptırımlar, genel anlamda, idari düzeni ihlal edenlere karşı idare-
nin hükmedip uyguladığı yaptırımları ifade etmektedir. Bir idari işlem teşkil
etmekle beraber, bildiğimiz idari işlemlerden farklıdırlar. Çünkü bu işlemler
caydırıcılık ve cezalandırıcılık özelliklerine sahiptir. Çevre koruma anlamında
üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmeyenler için ikincillik ilkesi gereği
aslında son çaredir. İdarenin irade açıklaması sonucu ortaya çıkan idari iş-
lemler, genel olarak devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin yerine getirmekle
yükümlü oldukları idari işlevleri bağlamında yaptığı işlemlerdir²⁴.

23 Nazaroğlu, Yavuz (1974) “Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri”, Danıştay Dergisi, Ankara, S. 14-15, s.102.

24 Duran, Lütfü (1982) “İdare Hukuku Ders Notları”, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstan-
bul, s.384 vd.

“Aba altından sopa göstermek”, günümüz çevre idaresinin çevre koruma çabası için uygun bir özdeyiştir. Zira artan çevresel zararlı faaliyetlerden dolayı yetkili makamlar, ‘çevre’ ve ‘çevrenin korunması’ gibi kavramların çevre-merkezli yaklaşım ekseninde dikkate değer görülmesi için denetimlerini yoğunlaştırmakta ve yaptırımlarını artırmaktadırlar. Çevreye verilen zararlarla etkin mücadele edileceği ve bu davranışların karşılıksız kalmayacağı fikrinin Bakanlık ve diğer çevre kolluğu teşkilatı tarafından oluşturulması gerekmektedir. Ancak bu özdeyişin uygulamada etkisini gösterebilmesi, sopenin nerede, nasıl ve niçin kullanılacağına gayet açık ve net bir şekilde belirlenmesine ve kesinlik taşınmasına bağlıdır. Zira yaptırım aracının uygulanacağına dair yüksek bir beklenti, aracın etkinlik ve caydırıcılık kabiliyetini artırmaktadır²⁵. Caydırıcılık konusunda yapılan ampirik çalışmalarda ortaya çıkan ortak sonuç, bireydeki cezanın mutlaka uygulanacağına dair inanç etkisinin, cezanın miktarındaki etkiden daha büyük olduğu yönündedir²⁶.

İdare, idari düzene aykırı ve idari düzeni bozacak nitelikte olan fiillere karşı, arada bir mahkeme kararının varlığına gerek olmadan, kamu yararında meydana gelen eksilmenin giderilmesi amacıyla doğrudan doğruya yaptırım uygulama yetkisiyle donatılmıştır. Bu yaptırım tehdidi karşısında ilgililer daha dikkatli davranacak ve bazı davranışları yapmaktan kaçınacaklardır. İdareye böyle bir yetki verilmesi ise idarenin derhal hareket etme ve etkili olabilme zorunluluğundan kaynaklanmaktadır²⁷.

İdare hukuku araçlarının etkili olabilmesini, sadece onların idare tarafından derhal uygulanmalarına bağlamak doğru sonuçlar doğurmayacaktır. Etkili bir idari yaptırımın sahip olması gereken başka özellikler de vardır. Brian Robinson eserinde, idari yaptırımların etkin olmalarından kastın “caydırma, doğruya yönlendirme ve davranış değişikliğini sağlama gibi olumlu sonuçları elde etmede başarısı” olduğunu açıklamaktadır. Ardından parlamenter demokrasilerdeki etkili yaptırımların, toplumda yaşayan bireylerin sahip olduğu yasal hakların işletilmesiyle (yargı süreci), adil yargılanma hakkının

25 Robinson, Brian (2003) “Review of the Enforcement and Prosecution Guidelines of the Department of Environmental Protection of Western Australia”, This Report is prepared for The Minister for Environment and Heritage, Perth: Communication Edge, s. 19-20.

26 Eide, Erling (1994) “Economics of Crime: Deterrence and the Rational Offender” Amsterdam: North, Witte, Ann Dryden and Robert Witt (1983) “Crime Causation: Economic Theories. Forthcoming Encyclopedia of Crime Justice”, New York: Free Press., Holland, Mendes, Silvia M. (2004) “Certainty, Severity, and Their Relative Deterrent Effects: Questioning the Implications of the Role of Risk in Criminal Deterrence Policy”, Policy Studies Journal, Vol. 32 Issue 1, s. 59-74.

27 Oğurlu, Yücel (2001) İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma-İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 37.

tanınmasıyla, yaptırımların tutarlı bir şekilde uygulanmasıyla, eşitlik, belirlilik ve orantılılık ilkesiyle yakından ilişkili olduğunu ifade etmiştir²⁸. Richard Macrory ise hazırladığı raporda etkili bir yaptırım aracı olabilmeleri için idari yaptırımların şu temel ilkeler dikkate alınarak düzenlenmesinin gerektiğini savunmuştur²⁹:

- Çevresel düzenlemeleri ihlal edenlerin davranışlarını değiştirmek için uygulanması,
- Bireyi gelecekteki bir hukuka aykırı davranışından (uyumsuzluk) vazgeçirmek (caydırıcılık) amacıyla uygulanması,
- Hukuka aykırılıktan elde edilen mali kazanç ve ekonomik çıkarları yok etmeye yönelik olması,
- İhlalin ve ihlal sonucu meydana gelen çevresel zararın niteliği ile orantılı olması,
- Özellikle ihlali yapan kişi veya kurum ile çevresel sorun için uygun olan bir idari yaptırım çeşidinin uygulanması.

Diğer taraftan idari yaptırımların, hakkında uygulanan kişi üzerinde etki meydana getirmesi halkın bu süreçte katılımıyla da ilgilidir. Herhangi bir davranışıyla kamu yararının eksilmesine sebebiyet veren kişiye uygulanacak idari yaptırımdan önce onun tespiti büyük önem taşımaktadır. Bu aşamada, halkın katılımından maksat, ortaya çıkan ihlalin aynı zamanda faaliyet gösteren dışındaki diğer bireyler tarafından da izlenmesi ve idarenin haberdar edilmesidir. Etkinliği destekleyen bu unsurun insanların sosyo-psikolojik özelliklerinden, genel ahlak düzeyinden, çevreyi, idareyi, yaptırımı algılayış biçimlerinden kaynaklandığını söyleyebiliriz.

Son yıllarda vatandaşların, çevre kirliliğinin pasif mağdurları olma görüşünden çevrenin korunmasında idarenin aktif destekleyicileri olma görüşüne doğru bir dönüşüm göze çarpmaktadır³⁰.

28 Robinson, s. 21, Macrory, Richard (2008) "Regulation, Enforcement and Governance in Environmental Law", Cameron May Publishing, United Kingdom, s. 43.

29 Macrory, Richard (2006) "Regulatory Justice: Making Sanctions Effective", Final Report, Macrory, "Regulation.", s. 46.

30 Cutter, Bowman, and Neidell, Matthew (2009) "Voluntary information programs and environmental regulation: Evidence from 'Spare the Air'", Journal of Environmental Economics and Management, 58(3), p. 253–265., Kathuria, Vinish (2007) "Informal regulation of pollution in a developing country: Evidence from India", Ecological Economics, 63(2–3), s. 403–417.

IV. ÇEVRE KORUMADA İDARİ YAPTIRIMLARIN CAYDIRICILIĞINA ETKİ EDEN FAKTÖRLER

A. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Ölçülülük ilkesi bir özgürlük ya da hakkı sınırlandırmada başvuru alan aracın sınırlandırma sonucunda elde edilmek istenen amacı gerçekleştirmeye müsait olması, sınırlandırma aracının bu hedefi gerçekleştirmede gerekli olması ve amaç ile araç arasında dengeli bir oranın olması anlamına gelmektedir³¹. Bu tanım ilkenin özünde elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarının bulunduğunu da ortaya koymaktadır. Bir başka tanımda ise alınan tedbirlerin, var olan tehdit ve tehlikelerin ağırlığı ile orantılı olmasına, bu tedbirlerin etkili olmalarına, hak ve hürriyetlerin gereksiz ölçüde ve yersiz olarak sınırlandırılması kısıtlanmamasına vurgu yapılmıştır³². Yapılan bütün tanımlardan çıkarılan sonuç, özgürlükler karşısındaki güvenlik çalışmalarının hiçbir zaman sınırsız algılanmaması gerektiğidir. Kamu düzeninin sağlanmasında ve idarenin işlem ve eylemlerinde çok önemli bir ilke olan ölçülülük ilkesi, Lord Diplock'un özdeyişi olan "Bir fındıkkıran ile yapabileceğin fındık kırma işlemi için neden buhar çekici kullanırsın?" sorusu ile iyi bir şekilde özetlenmektedir³³.

Yukarıda bahsedilen idari yaptırımların sadece hukuka aykırılıktan elde edilen mali kazanç ve ekonomik çıkarları yok etmeye yönelik olması ilkesi de ölçülülük ilkesinin doğal bir sonucudur. Danıştay, madencilik faaliyetleri yürüten bir ticari işletmeye idare tarafından uygulanan faaliyetin durdurulması işlemine ilişkin vermiş olduğu bir kararda, faaliyetin durdurulması ifadesinin genel bir ifade olduğunu, işletmeye her türlü ekonomik kazanç sağlayan (seviyat dâhil) bütün faaliyetleri kapsadığını, işletmede yapılacak olan her türlü faaliyetin gerekli tedbirler alınıncaya kadar durdurulduğu yolunda dava konusu işlemin tesis edildiğinin anlaşıldığını ifade ederek bozmaya hükmetmiştir³⁴.

31 Özbudun, Ergun (2000) "Türk Anayasa Hukuku", Altıncı Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 105, İlke hakkındaki diğer tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz., Oğurlu, Yücel (2001), "Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi", Seçkin, s. 21-24, Onar, Sıddık Sami (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 1510, Sağlam, Fazıl (1982) "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü", AÜSBF Yayını, Ankara, s. 128., Zanobini, Guido (1964) "İdari Müeyyideler", Çeviren: Yılmaz Günel, Ankara, s.120.

32 Duran, s. 224.

33 Christopher, Michaelsen (2010) "Reforming Australia's National Security Laws: The Case for a Proportionality-Based Approach", University of Tasmania Law Review 31, 29(1), Tasmania, s. 7.

34 D. 6. D., 22.03.2005 gün, E. 2003/7673, K. 2004/1740, Danıştay Dergisi S. 110.

Anayasa’da 2001 yılında yapılan değişiklikle anayasal bir temele dayandırılan ilke, Yüksek Mahkemenin bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “Anayasa’nın 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değişik 13. maddesinde düzenlenmiş olup, hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olarak nitelendirilen ölçülülük ilkesi, idarenin eylem ve işlemlerinde kullandığı imkân, araç ve ölçülerin, idarenin bu davranışı ile elde etmek istediği sonuçlara uyarlanmasını ifade etmektedir. Eşitlik ve ölçülülük arasında bir köprü oluşturan orantılılık ilkesinin hukukun genel ilkeleri arasında olduğu ve hukuk devletinin bir sonucu olarak uygulandığı hem uygulamada hem de öğreti de ifade edilmektedir. Yasayla getirilen sınırlamalarda ölçülülük ilkesine uyulması Anayasal bir zorunluluk oluşturmaktadır.” Kararın devamında Yüksek Mahkeme, suç ve kabahat ayırımına dikkat çekerek yasa koyucunun her iki ihlalin derecesini dikkate alarak yaptırım öngörmesi gerektiğini belirtmiştir. Kararda şöyle denmiştir: “Yasa koyucu, suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi ve cezaların caydırıcılığı gibi nedenleri gözeterek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde, hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezaların tür ve miktarını saptayabileceği gibi toplumsal sonuçları bakımından doğurduğu tehlikenin ağırlığına göre, kimi eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında, idari yaptırımlar uygulanmasını da öngörebilir.”³⁵

Yüksek mahkeme kararlarında, uygulanacak yaptırımların, yaptırımla arzu edilen amacı gerçekleştirmeye yönelik olması gerektiğinden bahsetmiştir. Faaliyetin durdurulması yaptırımında orantılılığa ilişkin şu kararı vermiştir:

“...Öte yandan, hizmet sağlayıcı kuruluşun yayın faaliyetini bütünüyle ve süresiz biçimde ortadan kaldırmak suretiyle uygulanması öngörülen yaptırımla ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir oran bulunduğu da söylenemez. Bu durum ise yaptırıma konu eylem ile yaptırım ilişkisinde ölçülülük ilkesinin ihlali sonucunu doğurmakta ve hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.”³⁶

Çevreye zarar verici faaliyeti gerçekleştirenler karşı uygulanan yaptırımlardan sonuç alınmasında ölçülülük ilkesi, bireyler ile yaptırımı uygulayıcılar arasında güvenin oluşmasına da katkı sağlamaktadır. Zira hukuka aykırı eylemle yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk³⁷ sonucun-

35 AYM. Kararı, 13.01.2011 gün, E. 2009/21, K. 2011/16, RG., 02.04.2011, S. 27893.

36 AYM. Kararı, 15.06.2012 gün, E. 2012/24, K. 2012/95, RG., 13.10.2012, S. 28440.

37 Özay, s. 59.

da oluşan bu güven sayesinde yaptırımların etkinliği olumlu yönde artmaktadır. Örneğin Çevre Kanunu'nun 20 nci maddesi gereğince çevreyi kirleten gemilere yaptırım uygulanırken geminin tonajının dikkate alınması hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile birlikte geminin büyüklüğü ile taşıma kapasitesi ve çevreye verilen zarar arasında bir ilişki kurulmaya çalışılmış ve orantılı bir yaptırımın hesaplanması düşüncesi geliştirilmiştir. Tonaja göre yaptırım uygulanmasında, kanun koyucu muhtemelen geminin büyüklüğü ve taşıdığı yük ile ödeme gücü arasında bağlantı kurmuştur³⁸.

Ölçülülük ilkesi aynı zamanda aşağıda inceleyeceğimiz caydırıcılığı etkileyen bir faktör olan cezaların ağırlığının da sınırlarını çizmektedir. Bu bağlamda, Oğurlu'nun eserinde belirttiği "failin subjektif durumunun" dikkate alınması yaptırımın caydırma ve engelleme özelliklerini yüklenmesini sağlayacaktır. Ödeme gücüyle dengeli bir orantının sağlanmasında düzenlemelerin, bütünüyle nesnellikten uzaklaşmasının da önüne geçmek gerekmektedir. Başka bir deyişle dengenin korunması adına sayılan tüm faktörlerin her somut olayda asgari ölçülerde birbiriyle çatışma olasılığı bulunsa da yine de göz önünde bulundurularak nesnellik amaçlanmalıdır³⁹.

İdari makamların esnek ve orantılı cezalandırma araçlarına sahip olması mevzuatlarda belirtilen hukuksal yükümlülüklerle uyum açısından çok önemlidir. Bu, "çevre"ye ek olarak çalışanların, üretenlerin ve tüketicilerin de korunmasına yardımcı olacaktır. İşte idari makamlar çevre korumaya yönelik idare hukuku araçlarını uygularken yasal yükümlülüklerini kasten ve bilerek zamanında yerine getirmeyen işletmelere karşı yaptırımlarla bir caydırıcılık sağlarken aynı zamanda çevresel ihlallere karşı duyarlı işletmelerin de bu durumlarını devam ettirebilmesi için onlara uygun seçenekler (teşvik, uyarı, süre verme) sunabilmelidir⁴⁰.

Nihayet ölçülülük ilkesini açıklarken değinilmesi gereken diğer bir konu, cezaların bireyselleştirilmesidir. Bu, suçlunun kişiliği, sosyal yaşamı, geçmişi ile diğer suçlulardan ayrılan özelliklerinin belirlenmesi ve belirlenen bu özellikler ışığında suçlunun ileride yeniden suç işlemesi ihtimalini azaltacak, tenkil edici önlemlerin ne olduğunun hakim tarafından tespit edilip cezalandırma faaliyetinin yerine getirilmesidir⁴¹. Kısaca cezaların bireyselleştirilmesi ilkesi,

38 Oğurlu, (2001), "Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi" s. 91.

39 Oğurlu, (2001), "Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi" s. 93.

40 Macrory, "Regulatory Justice...", s. 7.

41 Yurtcan, Erdener (1998) "Ceza Yaptırımı Ve Bireyselleştirme", Ceza Hukuku Günleri 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 262.

hakimin kanunilik ilkesi çerçevesinde failin kişiliğine en uygun cezayı takdir etmesidir. Bu yolla cezaların “suçlunun kişiliğine ve suça uydurulması suretiyle insancıl ve dengeli gerçekleştirilmesi” sağlanacaktır.

Duruma idari yaptırımlar açısından ve özellikle de çevre hukuku açısından bakıldığında çevreyi kirleten ya da kirletme potansiyeli olan kişi ve işletmelere uygulanacak olan tedbir veya cezalarda İdari eylemi gerçekleştirenin kişiliğinin ve olayın sübjektif niteliğinin de göz önüne alınması gerekmektedir. Zira bu, hem caydırıcılığa katkı sağlaması açısından hem de özellikle işletmelerin faaliyetlerini devam ettirebilmeleri açısından önem arz eder.

Bireyselleştirme yaparken hakkaniyet, eşitlik, pozitif ayrımcılık gibi kavramlara da yer verilmesi gerekir. İdarenin cezanın bireyselleştirilmesi amacıyla kullandığı takdir yetkisinin, hukuka aykırı eylem neticesinde ortaya çıkan zararın veya tehlikenin ağırlığını hafifletici ve kanunen idareye tanınmış takdir yetkisini aşar nitelikte olmaması gerekmektedir. Bu nedenle idari yaptırımların takdirinde, öncelikli olarak hukuka aykırı eylemin neticesinde doğan zararın veya tehlikenin ve daha sonra da kişinin ve olayın sübjektif niteliğinin göz önünde tutulması daha olumlu sonuçlar doğuracaktır.

Avustralya’da EPA Victoria tarafından yapılan bir çalışmada, faaliyetleriyle çevreye zarar veren kişilerin ve işletmelerin kusur oranı ile çevre sağlığı üzerindeki risk arasında orantılama yapılarak yaptırım uygulama gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Çevresel riskler artıkcı doğru orantılı bir şekilde yaptırım ve tedbirler de artırılmıştır. Örneğin çok düşük bir çevre riskinde faaliyet gösterenler, uyarı ile karşılaşırken, daha ağır risklerde sırasıyla ceza ihtarnamelerine, faaliyetlerin geçici olarak durdurulmasına, idari soruşturma sonucunda taahhütname alınmasına, izin ya da ruhsatın iptaline ve son olarak da ceza soruşturmasına başvurulmaktadır.

B. İDARİ YAPTIRIMLARIN MİKTARI

1. Genel

Türkiye’de suyun, toprağın ve havanın kirletilmesine yönelik ihlalleri önleyici nitelikte etkili yaptırım içeren yasalar bulunmamaktadır. Oysa çevre indeksinde de oldukça başarılı konumda yer alan bazı ülkelerde çevrenin korunmasıyla ilgili ceza ve idare hukukunu ilgilendiren pek çok kanun yürürlükte. Çevrenin ve ekolojik dengenin korunması bir ülkenin hem bugünü hem de yarını için son derece önemlidir. Gelecek nesillere, denizleri radyasyonlu variller atılarak kirletilmiş, nehirleri ve denizlerinde balık dâhil canlı

yaşayamayan, suları içilemeyen, havası solunamayan, çiçekleri koklanamayan, yeşili tükenmiş bir ülke bırakılamaz. Ancak yürürlükteki Çevre Kanunumuza bakıldığında çevreye zarar veren eylemlerin ağırlığıyla orantısız yaptırımlar düzenlendiği görülmektedir. Ya da başka bir ifade ile, kanun koyucuların çevre ihlallerine yönelik geliştirdikleri yaptırım ve tedbirleri yürürlüğe koyarken önleyicilik ve caydırıcılık sonuçları konusunda bir analiz yapmadıkları anlaşılmaktadır. Öyle ki en tehlikeli zehir veya diğer atıkları denizlerimize atanlara basit bir idari para cezası verilebilmektedir. Oysa bu tür kirletici eylemlerin, doğaya ve canlılara verdiği zararın boyutları dahi belirlenememekte ve bu zararların giderilmesi birçok durumda olanaksız hâle gelmektedir. Kirletilmiş deniz ve nehirlerin temizlenmesi için yapılan büyük harcamalara rağmen, bozulmuş çevreyi doğal haline döndürmek mümkün olamamaktadır⁴².

Çevrenin kirlenmesi durumunda kendini yenilemesi için geçen sürenin yüzlerce yıl olabileceği düşünülürse çevreye karşı hukuka aykırı eylemlerin cezalandırılmasına yönelik cüzi cezalar bir yerde anlamsız hale gelmektedir. Bu nedenle bireysel yaptırımlar olarak; faaliyetin durdurulması, izin ve ruhsatın iptali, işyerini kapatılması ile idari para cezaları birlikte düşünülerek uygun miktartlı yaptırımların uygulanması amaçlanmalıdır⁴³. Başka bir deyişle yapılan ihlal ile karşılığında uygulanacak yaptırım dengesinin (eşleşmesinin) rasyonel, uygulanabilir ve sonuç alınabilir olması gerekmektedir. Cezalandırmanın amaçlarının gerçekleştirilmesi açısından da uygulanacak yaptırımın türü ve miktarı önemlidir⁴⁴.

Klasik okul ve takip eden caydırıcılık eksenli yaklaşımların temelinde, ceza adalet sistemlerinin beklenen caydırıcı etkiyi ortaya koyması için suçla orantılı ağırlıkta yaptırımlar uygulaması fikri yatmaktadır. Beccaria, cezaların suçlarla orantılı bir şiddette olması gerektiğini, suçla orantısız cezaların suç işleme potansiyeline sahip kişiler üzerinde caydırıcı bir etki ortaya koyamayacağıı ifade etmiştir⁴⁵.

42 Sözüer, Adem (2004) “Çevre Suçlarına İlk Kez Ceza”, <www.takvim.com.tr> s.e.t: 10.10. 2014.

43 Kara, Barış ve Deniz, Bülent (2006) “Çevre Suçlarının Yeni Türk Ceza Kanunu Özelinde İncelenmesi”, Adnan Menderes Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, s. 19.

44 Martin, Rosemary (2003) “Alternative sentencing in environment protection: making the punishment fit the crime”, Law Institute Journal, 77 No 7, s. 32.

45 Dolu, Osman, Bükler, Hasan ve Uludağ, Şener (2012) “Türk Ceza Adalet Sisteminin Caydırıcılık Kapasitesine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, AUHFD, S. 61, C. 1, s. 89, Ayrıntılı bilgi için bkz., Marshall, David W. (1975) “Environmental Protection and the Role of the Civil Money Penalty: Some Practical and Legal Considerations”, Boston College Environmental Affairs Law Review, Vol. 4, Issue 2, s. 333.

Anayasa Mahkemesi de yukarıda açıklanan yaklaşıma paralel bir şekilde suç-ceza dengesine, kararında şu şekilde yer vermiştir:

“... hukuka aykırı farklı nitelikteki eylemlerin aralarında hiçbir ayırım yapılmadan aynı tür yaptırıma bağlı tutulması cezadan beklenen önleme ve caydırıcılık gibi amaçlara ulaşılmasını da engelleyebilecektir. Nitekim bu sınıncaları önlemek amacıyla, birçok çağdaş ülke hukukunda önemsiz görülen bazı fiiller ceza hukuku alanından çıkarılarak idari yaptırımlara konu edilmektedir⁴⁶.”

Örneğin idari para cezalarının uygulanmasıyla ilgili olarak, yaptırım politikalarının, çeşitlilik arz eden çevre ihlallerine karşı en uygun idari para cezalarının nasıl hesaplanacağına dair bir yönteminin olması gerekmektedir. Bir idari para cezasının miktarının hesaplanmasına ilişkin iki önemli kıstas bulunmaktadır. Birincisi, teorik ve ampirik bulgular her ne kadar yüksek miktardaki cezaların etkili bir caydırıcılığa sahip olduğunu ortaya koysa da, onun uygulanması aşamasındaki siyasi iradenin eksik oluşu sonucu olumsuz etkilemektedir. İkincisi ise, cezanın miktar olarak faaliyet gösteren tarafından ödenemeyecek kadar yüksek olması, onun haksızlık olarak algılanmasına sebebiyet verecek ve bu algı cezanın normatif ve caydırıcı etkisini ortadan kaldıracaktır. Bu yüzden ki çevresel idari para cezalarının hesaplanmasında den-
genin korunması açısından bazı faktörlerin dikkate alınması gerekmektedir⁴⁷.

2. Caydırıcılık Ekseninde İdari Para Cezalarının Hesaplanmasında Kullanılabilecek Faktörler

a. Çevre ve İnsan Sağlığına Yönelik Mevcut veya Muhtemel Zararın Ağırlığı

Zararın ağırlığı ekseninde uygulanan cezalar, ihlallerin önem derecesine göre sınıflandırmaya tabi tutulurlar. Bu belirli bir düzene sahip topluma caydırıcılık sinyali olarak gönderilir. İhlalin önem düzeyi ne kadarsa o derecede bir ceza uygulanır. Önem düzeyi bazı etkenlere göre belirlenir:

- Çevresel Bozulmanın Şiddeti
- Bozulmanın Ortaya Çıkardığı Toksisite

46 AYM Kararı, 13.05.2004 Karar Tarihi, E. Sayısı: 2000/43 K. Sayısı: 2004/60, RG Tarihi: 04.11.2004, RG Sayısı: 25633.

47 International Network for Environmental Compliance and Enforcement (INECE), (2009) “Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook”, pp.78, <<http://www.epa.gov/nscep/>>s.e.t. 01.08.2014.

- Kirletenin Çevresel Uyumsuzluğunun Sicili
- Çevresel Etki ve Kamu Sağlığı Riski
- Yaptırım Programının Bütünlüğünü (Uygunluğunu) Korumanın Önemi

b. Ekonomik Fayda

Cezalar, kirletici faaliyeti gerçekleştiren kişinin sağladığı ekonomik faydayı geri alarak uyumsuzluğun ekonomik avantajını ortadan kaldırmaktadır. Bu tür bir ceza, yasaklara uyan kişinin koşulları ile yasaklara uymayarak avantaj sağlamaya çalışanların koşulları arasındaki adaletsizliğin ortadan kaldırılmasına yöneliktir. İdari mali yaptırımlar aynı zamanda kirleticilerin sakındıkları maliyetler ve erteledikleri harcamalardan elde ettikleri ekonomik yararın da ortadan kaldırılmasını sağlar. Örneğin alt yapı ve çevre koruma ekipmanları kurulması gereken bir işletmenin bunları ertelemesiyle ortaya çıkan bakım maliyetleri ve harcanmayan paradan elde edilen faiz gelirleri hesaplamada dikkate alınacaktır. Zira cezalar bütün faydaların etkisini yok edecek şekilde hesaplanmalıdır.

c. Ödeme Gücü

Bir idari mali yaptırım belirlenirken gerek siyasi irade ve gerekse yaptırım uygulamaya yetkili kurumlar, kanun ve yönetmeliklerde belirlenen yükümlülüklerle aykırı davranan kişinin ödeme gücünü de dikkate almalıdırlar. Bir tesisin kaynaklarıyla karşılaştırıldığında oldukça fazla uygulanan bir mali yaptırım, tesisi kapatmaya zorlayabilir ve bu durum ihtiyaçların karşılanmasında topluma daha büyük zararlar verebilir⁴⁸. Çok ağır mali yaptırımlara maruz kalan tesisler çevresel düzenlemelerin ve yaptırımların daha yumuşak olduğu bölgelere de taşınabilirler. Bu gibi durumlarda yetkili makamlar, bölge halkı üzerinde doğabilecek işsizliğin sonucu olan maliyet ve güçlükler karşısında çok ağır yaptırımları uygularken birazcık düşünmek isteyebilirler. Zira işsizlik tehlikesi baş gösterdiğinde toplum baskısı para cezalarının miktarı üzerinde önemli bir etki haline gelmektedir. Ödeme gücünün arttığı ve cezayı bir defada ödemenin imkânsız olduğu hallerde ödemeler taksitlendirilebilir.

48 Calvino, Nadia (2007) "Public Enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines", in Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanaisu (eds), "European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition Of Cartels", Hart Publishing, 2007, s. 318-320

d. Diğer Faktörler

Diğer faktörler şu şekilde sıralanabilir:

- Yetkili çevre görevlileri ile tesis yetkilileri arasındaki işbirliği düzeyi
- İhlalin şirket tarafından rapor edilip edilmediği (özbildirim)
- Sorumlu tarafların pişmanlığı

Meydana gelen olayın önemi (Kirlenmenin büyüklüğü): Kirlilik derecesinin az olduğu olaylarda kirleticinin uygulanan para cezasına karşı itiraz sürecini başlatması ihtimali daha düşüktür. Bu gibi durumlarda yetkili makamlar daha az ceza uygulayarak kirleticinin dikkate değer görerek kanun yolunu denemesinin önüne geçebilirler.

Yukarıda belirtilen faktörlere ek olarak özellikle idari para cezaları konusunda idareye takdir yetkisi tanınması da suç ile ceza arasında adil bir dengenin kurulmasına yardımcı olacaktır. Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde yapılacak bu uygulama ceza uygulamaya yetkili makamlar ile kirlenler arasındaki işbirliği düzeyini de artırmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, işletmecilere ‘bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar’ idari para cezası uygulama yetkisinin, caydırıcı olma ve kamuda oluşan zararın giderilmesi yanında, uygulanacak idari para cezasının kişiselleştirilerek suç ve ceza arasında adil bir dengenin kurulması amacını da taşıdığı yönünde yorum yapmıştır⁴⁹.

İşletmelerin hukuksal yükümlülöklere uyumu ve cezaların onlar üzerindeki caydırıcılık etkisi üzerine çalışma yapan ekonomistler, çalışmalarına her zaman Gary Becker’in “en uygun ceza” (optimal penalty) modelinden başlarlar. Bu etkileyici modelden ortaya çıkan temel sonuç; olası failer, yapılan inceleme sonucunda kendilerinin ortaya çıkarılması ihtimalini ve uygulanacak olan ağır yaptırımları değerlendirip davranışlarını buna göre ayarlamaktadırlar. Bu yüzden suçlunun yakalanabilme ihtimalinin yükseltilmesine yönelik denetim faaliyetlerinin ve uygulanan yaptırımların şiddetinin artırılması ile yaptırımların kararlılıkla uygulanması için yapılacak hukuksal değişiklikler caydırıcılığın tesisi açısından oldukça önemlidirler. Becker’in modeli sonuç olarak yaptırımın marjinal maliyeti ile ihlallerin azalmasıyla oluşan marjinal sosyal faydayı eşitleyerek etkin bir ihlal derecesi hedeflemektedir⁵⁰.

49 AYM Kararı, 01.03.2012 Karar Tarihi, E. Sayısı: 2011/119 K. Sayısı: 2012/33, RG Tarihi: 17.10.2012, RG Sayısı: 28444.

50 Becker, Gary S. (1968) “Crime and Punishment: An Economical Approach”, The Journal of Political Economy Vol. 76, No. 2, p. 169-217, Law Reform Commission of Saskatchewan, (2009) “Administrative Penalties: Consultation Paper”, p. 17, <<http://www.lawreformcom->

Örneğin Kültür ve Tabiat Varlıklarına ilişkin yasal düzenlemeye bakıldığında, varlıklara zarar veren davranışlara karşı uygulanacak idari yaptırımların yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Toplumlar ve bütün bir insanlık için büyük öneme sahip kültür ve tabiat değerlerinin kişisel düşüncelerle zarara uğratılması karşısında Kanunda düzenlenmiş bulunan yaptırımların yeterli olmadığı açıktır. Kültür ve tabiat varlıklarına karşı işlenen suçlarda faillerin amacının ekonomik yarar sağlamak olduğu dikkate alınarak, hedeflenen ekonomik yararın önlenmesine imkân verecek idari yaptırımların yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar veren kişilerin mülkiyet haklarının ve kullanımlarının devam etmesi karşısında uygulanan idari ve cezai yaptırımların caydırıcılığı bulunmamaktadır. Her şeyden önce, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verenlerin hukuka aykırı davranışlarıyla elde etmeye çalıştıkları ekonomik avantajlardan mahrum bırakılmasına imkân sağlayan bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Kültür ve tabiat varlıklarının devlet malı niteliğinde olduğu ve idarenin vermiş olduğu emir ve talimatlara uygun davranılması koşuluyla mülkiyet hakkının sağladığı hak ve menfaatlerden yararlanabileceği yönündeki Kanun hükmüne uygun olarak idari yaptırımların yeniden düzenlenmesi gerekir (KTVKK m.11). Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar veren kişilerin bu varlıkların malikleri olsa dahi, kullanımlarının idari yaptırım olarak, geçici bir süre dahi olsa engellenmesi ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine yönelik hukuki sürecin başlatılmasına imkân verecek bir düzenleme yapılması durumunda taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında daha başarılı olunacaktır⁵¹.

C. DENETİMDE VE YAPTIRIM UYGULAMADA KESİNLİK İLKESİ⁵²

Çevresel zararı olan faaliyetleri icra edenler üzerinde caydırıcılık oluşturma, öncelikle o zararlı faaliyetin ortaya çıkarılması ile başlar. Bu da faaliyetleri izleme ve yasalara uygunluk denetiminin kapsamıyla ilgilidir. Bu kapsam içerisinde, denetim yapmak, yapılan düzenlemelerle işletmelerin kendi kendi-

mission.sk.ca/adminpens.pdf> s.e.t. 04.05.2014, Faure Michael G. and Svatikova, Katarina, (2012) "Criminal or Administrative Law to Protect the Environment? Evidence From Western Europe", Journal of Environmental Law, Published by Oxford University Press, p. 4-5.

51 Çolak, Nusret İlker (2009) "Kültür ve Tabiat Varlıklarının Devlet Malı Niteliği ve Sonuçları", E Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı 84, <http://www.e-akademi.org/makaleler/icolak-3.htm>s.e.t. 10.08.2015.

52 Caydırıcılık doktrini perspektifinden bakıldığında kesinlik, hızlilik ve şiddetlilik ilkeleri yanında diğer önemli ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Osman Dolu, Hasan Büker, Şener Uludağ, "Türk Ceza Adalet Sisteminin Caydırıcılık Kapasitesine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", AUHFD, 61 (1), 2012, 69-116.

lerini takip etmelerini zorunlu kılmak, belli alanlarda iletişim araçlarıyla izlemeler yapmak, numuneler almak ve vatandaşların ihbarlarını değerlendirmek gibi tedbirler yer almaktadır. Bu tür tedbirler, çevresel ihlalin tanımlanmasına ve belgelendirilmesine yardımcı olduğu gibi uygulanacak yaptırıma da bir temel oluşturur⁵³.

Bu tür tedbirlerin başarıyla alınması için ülkemizde izleme, değerlendirme ve raporlama konularında kurumsal yapıların güçlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Ulusal Çevre Stratejisinin uygulanmasına, izlenmesine, değerlendirilmesine ve raporlanmasına ilişkin sorumluluğu olan kurum ve kuruluşlarda gerekli örgütlenmenin sağlanması, çevre birimlerinin teknik ve donanım olarak güçlendirilmesi ya da yeni birimlerin oluşturulması önem arz etmektedir.

Çevresel zararların ortaya çıkış şekilleri açısından düşünüldüğünde, faaliyetlerin idare tarafından takip edilmesi ve denetlenmesinde idarenin sahaya inmesi de oldukça önemlidir. Alan çalışmalarında idarenin olay yerinde kanıt toplaması, toplanan kanıtları rapor haline getirerek yetkili mercilere soruşturulması için sevk etmesi veya olay yerinde doğrudan yaptırım uygulanması (on the spot) caydırıcılık derecesini artırmaktadır. Örneğin, jeopolitik konumu açısından deniz çevresinin oldukça geniş olması, deniz ürünlerinin önemli bir varlık olarak kabul edilmesi, Avustralya'daki kurumları, hem deniz kirliliğinin önlenmesinde hem de deniz ürünlerinden yasa ve yönetmelik hükümlerine uygun şekilde yararlanılmasında daha etkin davranmaya sevk etmiştir. Kıyılarda sürekli denetim yapan yetkililerin bulunması, yetkililerin ihbarları çabucak değerlendirebilmesine de imkân tanımaktadır. Denetimlerin sürekli bir şekilde yapılması, denetimlerin etkinliğinin sağlanmasında en önemli unsurdur. Zira bu durum vatandaşlarda ve faaliyet gösteren işletmelerde “değişmeyen olağan bir takip algısı” yaratacaktır.

Literatüre bakıldığında çevre denetimlerine yönelik olarak çok sayıda denetim tipleri tanımlandığı görülmektedir. Bu denetim tiplerinden birisi de planlı ve plansız denetimlerdir. Planlı denetimler yıllık bir program çerçevesinde haberli veya habersiz olarak gerçekleştirilmektedir. Plansız denetimler ise genellikle kaza, ihbar veya şikâyet sonrasında ani olarak gerçekleşen veya Bakanlık ya da İl Çevre ve Şehircilik Müdürlükleri tarafından gerekli görüldüğü durumlarda herhangi bir programa bağlı kalınmaksızın yapılan denetimlerdir. Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan raporda, Örneğin, ÇYGM tarafından 2010 yılında yapılan toplam 320 denetimden 275'i planlı, 45 tanesi ise plansız şekilde gerçekleştirilmiştir. Bu oran, il müdürlükle-

53 İNECE, Chapter 6.

ri tarafından yapılan denetimlerde ise plansız denetimlerin fazlalığı yönünde değişmektedir⁵⁴. Plansız şekilde gerçekleştirilen denetim sayısının artırılması, yukarıda bahsedilen faaliyet gösterenler üzerindeki “değişmeyen olağan takip algısı” nı artıracaktır. Bu da, sonraki aşama olan yaptırımların caydırıcılığı derecesine katkı sağlayacaktır.

Çevrenin korunmasında idari yaptırımların etkili olabilmesi, bazı nitelikleri haiz olması gereken kararlı bir idarenin varlığı ile mümkün olmaktadır. Kararlı ve caydırıcı bir idareden bahsedebilmek için ise şu unsurların varlığı gerekmektedir⁵⁵:

- İdarenin, idari yaptırım ve tedbirleri uygulamaya yönelik yeterli yasal yetkilerle donatılmış olması gerekmektedir.

- Çevre korunması adına idare tarafından ortaya konan standartların açık ve net olması gerekir. Zira bu belirginlik, idare ile karşı tarafta bulunan çevre kirleticili faaliyetleri gösteren kişilerin rollerinin ve yükümlülüklerinin çerçevesinin belirlenmesini sağlamaktadır⁵⁶.

- İdarenin kirlütenlere karşı kanun ve yönetmelikleri uygulamasında eşitlik ilkesini benimsemesi ve güvenilirlik derecesinin yüksek olması, etkili bir idarenin oluşturulmasında son derece önemlidir.

- Bunlara ek olarak çevre korunması konusunda idari görev ve yetkileri bulunan merkezdeki ve yereldeki idarelerin diğer kurumlarla ve sivil toplum kuruluşları ile işbirliği halinde olması onlara etkinlik kazandırmaktadır. Çevre konularının kapsamı oldukça geniş olduğundan bakanlıklar, il ve ilçe müdürlükleri ve mahalli idareler arasında koordinasyon sağlanmalıdır⁵⁷. Yap-

54 Taşra örgütü olarak İl Çevre ve Şehircilik Müdürlükleri tarafında yapılan denetimlerin %46 sı planlı denetimleri oluştururken %54 lük kısmı plansız şekilde gerçekleşmektedir. Bkz., Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, 2010 Yılı Çevre Denetim Raporu, Ankara, 2011, s. 10-13, <<http://www.csb.gov.tr/dosyalar/images/file/CevDenRap2010.pdf>> s.e.t. 05.12.2014.

55 Ayrıntılı bilgi için bkz., INECE, Chapter 8.

56 Sayıştay Başkanlığının yapmış olduğu araştırmada da aynı vurgu yapılarak şöyle denmiştir: “Çevre denetimi, çevre denetiminin çevresel gereklerin karşılanmasına ilişkin olarak, faaliyet gösteren özel sektör ve kamu kuruluşlarının bu faaliyetlerinin nesnel, belgeye dayalı ve belli aralıklarla tekrarlanmak suretiyle incelenmesidir. Bu aşamaların usul ve esaslarının mevzuatta açık ve net olarak belirlenmesi ise, denetimin meşruluğunu ve etkinliğini sağlayacaktır.”, Sayıştay Başkanlığı, (1999) “Çevre Denetimi”, Ankara, <http://www.sayistay.gov.tr/yayin/elek/elekicerik/cevre.htm>, s.e.t. 01.09.2015 s. 3.

57 Jendroška Jerzmański Bar & Partners. Environmental Lawyers, Environmental Management and Law Association (EMLA), (2004) “Study on measures other than criminal ones in cases where environmental Community law has not been respected in a few candidate countries”, Summary Report, For the European Commission (DG Environment), Sout Australia’da Çevre Koruma Ajansının yayınladığı yıllık raporda da Ajansın, sanayi ve çevresel izin ve ruhsat sahipleri ile ilişkilerinin artırılmasına yönelik tedbirlerden bah-

tırımların caydırıcılığı açısından bu koordinasyon son derece önemlidir. Zira kirleticide fiilin takibe takılması endişesi arttıkça ihlalden uzak durma eğilimi de artacaktır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki; çevre korunmasında etkin bir idarenin oluşturulmasında ilk basamak idarenin tüm yetkilileri ile kendilerine verilen idari yaptırım araçlarını hukuk kurallarının çizdiği sınırlar içerisinde kararlı bir şekilde uygulamalarıdır. Kararlılığın oluşturulmasında merkez ve yerel yönetimlerdeki tüm yetkililerin çevre korunması konusunda performans değerlendirmesine tabi tutulması ve koruma çalışmaları sonucunda ortaya çıkan gelir-giderlerin merkez ve yerel yönetimlere bölüşümünde kullanılacak dengeli mali bir sistem çok önemlidir⁵⁸.

Son yıllarda Türkiye’de yapılan denetimlerdeki ve bu denetimler sonucunda yaptırım uygulamadaki kararlılık, Bakanlık tarafından açıklanan raporlarda açık bir şekilde görülmektedir. Uygulanan yaptırım miktarındaki artış, son yıllarda çevresel zararlı faaliyet miktarındaki artıştan daha ziyade, bu faaliyetlerin kararlı denetimler sonucu ortaya çıkarılması ile ilgilidir.

Diğer taraftan idare tarafından ihlalin meydana gelmesinden önce yapılan etkili bir denetim, herhangi bir yaptırım uygulamaya gerek kalmadan, zarar verici ya da zarar tehlikesi bulunan faaliyetlerin yapılmasına engel olabilmektedir. Kanunların ve yaptırımların kesinlikle herkese uygulanır oluşunun, suç işleme eğilimine sahip insanlar üzerinde etkin bir caydırıcılık meydana getireceği teorik anlamda ortaya konulan bir diğer öngörüdür⁵⁹. Caydırıcı bir etkinin gösterilmesinde yaptırımlar için gerekli olan kesinlik (certainty) ilkesi, aynı zamanda idari yaptırımları uygulama açısından da idarenin idari cezaları uygulamada kararlı olmasını ve bütün bireylere eşit davranılmasını ifade etmektedir. Bireyler arasında adil davranma konusunda herhangi bir şüphenin varlığı ya da olumsuz algılayış⁶⁰, idare ve birey arasındaki güvensizliğe; bu da etkinlik noktasında problemlere neden olacaktır.

sedilmiştir. Rapora göre yetkili idareler sadece denetimde ve yaptırım uygulamada etkin değil, çevre zararlarını en aza indirici projelerin sanayiye tanıtılmasında da etkin rol almaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz., EPA, “Environment Protection Authority Annual Report” 1 July 2011 to 30 June 2012, Adelaide SA, September 2012, <http://www.epa.sa.gov.au/about_epa/annual_report> s.e.t. 02.12.2014.

58 Wang, Jin and Yan, Houfu (2011), “Barriers and Solutions to Better Environmental Enforcement in China”, Ninth International Conference on Environmental Compliance and Enforcement, p. 494-501.

59 Dolu, Bükler, Uludağ, a.g.e., s. 80.

60 Olumsuz yargı algısı ve sonuçları konusunda kapsamlı bilgi için bkz., Sancar, Mithat, Aydın, Suavi (2009) “Biraz Adil Biraz Değil: Demokratikleşme Sürecinde Toplumun Yargı Algısı”, İstanbul, Tesev Yayınları, s. 24-35.

Beccaria, önleyicilik ve etkililik açısından, cezaların kesinliğini (certainty) sertliğine/şiddetine tercih etmektedir. Ona göre suçların etkili bir biçimde önlenmesi, cezaların sertliğine/şiddetine değil, kesinliğine bağlıdır. Küçük bir cezanın kesinliği, eğer kaçma ümidi varsa, daha şiddetli bir cezanın korusundan daha güçlü bir iz ve etki bırakır. Çünkü daha büyük bir kötülükten (cezadan) kurtulma ümidi varken (cezasız kalma örnekleri de buna eklenirse), kaçınılmaz en küçük kötülüğe (cezaya) maruz kalmaktan korkmak insan doğasının bir gereğidir⁶¹.

Uygulamada kamu idarelerinin sahip oldukları görev ve yetkilerin bazı hallerde yetersiz kalması veya var olan yetkilerin maddi imkânsızlık ve siyasal baskılar nedeniyle kullanılmaması sonucunda çevre korunması tam anlamıyla gerçekleşmemektedir⁶². Bu yüzden kanun ve yönetmeliklerin uygulanması aşamasında idarenin her türlü baskılara karşı koyması ve maddi imkânsızlıkları en aza indirmesi, çevreye zarar veren kişi ve kuruluşların faaliyetlerini yürütürken “yaptırım”ı bir unsur olarak hesaba katmalarını sağlayacaktır. Aksi halde idari yaptırımın uygulanması konusunda toplumda bir farkındalık oluşmayacaktır.

İngiltere’nin başkenti Londra’da yapılan bir anket çalışmasında katılımcılara “yere çöp atma” kabahatini işleyen bir kişiye karşı ne tür bir tepkinin verileceğine dair inançları sorulmuştur. Maddeler arasında (1) toplumun diğer üyeleri tarafından kınama yoluyla tepki gösterileceği (2) yetkili makamlar tarafından tespit edilip uyarılacağı, (3) yetkili makamlar tarafından tespit edilip yaptırım uygulanacağı ve son olarak da (4) hakkında hiçbir şey yapılmayacağı yer almıştır. Katılımcıların %84 ü yere çöp atma sonucunda yüksek ihtimalle kirlenene karşı herhangi bir işlemin yapılmayacağına dair inançlarını belirtmişlerdir. Bu durum o bölgede idarenin yaptırım uygulama konusunda kararlı bir tutum sergilemediğine dair bir karinenin varlığını kanıtlar niteliktedir⁶³.

Gerçekten de çevre koruma kapsamında idarenin daha çok denetim faaliyetlerinde bulunması ve yaptırım uygulama konusunda daha kararlı ve ilkeli davranması hukuka aykırı ihlallerin azalmasına katkı sağlar mı? Çevresel

61 Cesare Beccaria, *An Essay On Crimes and Punishments* (to which is added A Commentary by M. D. Voltaire), translated by Edward D. Ingraham, 2nd American Edition, published by Philip H. Nicklin, Philadelphia 1819, s. XI, Rosen, Frederick, “Classical Utilitarianism From Hume to Mill”, Routledge, 2003, s. 148; Shapiro, Ian, “The Moral Foundations of Politics”, Yale University Press, 2003, s. 148’den aktaran: Aktaş, Sururi (2009) “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, EÜHFD, C. XIII, S. 1–2, s. 5.

62 Arslan, Zehreddin (1995) “Doğal Çevrenin Korunmasına Yönelik Alınan Önlemler ve Yasaklar Karşısında Danıştayın Tutumu”, İÜSBF Dergisi, No: 11-12-13, İstanbul, s. 93.

63 TNS Research International’s London focused online omnibus survey, LondonBus. May 2011, from Keep Britain Tidy Research Centre, “The Effectiveness of Enforcement on Behaviour Change (Fixed Penalty Notices From Both Sides of The Line)”, This report was first published in 2011 by Keep Britain Tidy, p. 7.

denetim ve yaptırımların etkinliği hususunda yapılan ilk ampirik çalışmalarından birisi olan Epple ve Visscher'in 1984 tarihli çalışmasının konusu, Sahil Güvenlik ekiplerinin petrol sızıntılarını denetlenmesine ilişkindi. Araştırmacılar, denetim faaliyetlerinin artırılması sonucunda petrol sızıntısı seviyesinin düştüğü sonucuna varmışlardır. Başka bir deyişle, ekipler, denetim saatlerini %10 oranında artırdıklarında petrol sızıntısı seviyesinde % 3,1 oranında azalma tespit etmişlerdir⁶⁴. Bu da göstermektedir ki; önleme faaliyeti olarak değerlendirilen denetim sonucunda çevreye zararlı faaliyette bulunanlar ihlali yapmaktan vazgeçebilmektedirler. Cohen tarafından yapılan sonraki benzer bir çalışmada da inceleme konusu biraz genişletilerek Sahil Güvenlik ekiplerinin üç çeşit denetim faaliyetleri karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Bunlar yakıt transfer faaliyetlerinin fiili denetimi, sızıntıların saptanması için rastgele yapılan liman denetimleri ve son olarak da petrol sızıntısının önlenmesi hakkındaki yönetmelik hükümlerine uyup uyulmadığına bakılmaksızın bütün deniz araçlarının denetlenmesidir. Yapılan çalışma bir nevi bu denetimlerin etkinlik kıyaslamasına ilişkindir.

D. YASAL DÜZENLEMELERİN YETERSİZLİĞİ

Çevre kavramının içeriğinin genişliği ve çevreyi koruma araçlarının teknolojik gelişmeler karşısındaki yetersizliği hukuki düzenlemelerin hem değiştirilmesini (güncel tutulmasını) hem de farklı alanları kapsamına almasını gerekli kılmaktadır.

Çevre korunması konusunda yapılan yasal düzenlemelerin etkin sonuçlar doğurabilmesi ve vatandaşlar üzerinde caydırıcı bir algı meydana getirmesi aynı zamanda bu alandaki tüm yasal düzenlemelerin birbiriyle uyum halinde olmasına bağlıdır. Özellikle çevre alanında görev ve yetkili olan idarelerin teşkilatlanmalarına yönelik düzenlemeler, işbirliği ve koordinasyonu olumsuz yönde etkileyerek uyumu zorlaştırmaktadır. Örneğin Atık yönetimi, ülkemizde 1930'lardan itibaren çok sayıda yasal düzenlemeye konu olmuştur. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda Katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması, geri kazanımı, ortadan kaldırılması ve depolanması ile ilgili bütün hizmetleri yapmak ve yaptırmak belediyelerin yetki ve görevleri arasında sayılmıştır. Atıkların üretimi ve zararlarının önlenmesi konusunda çeşitli hükümler getiren Çevre Kanunu ise, her türlü faaliyet sırasında doğal kaynakların ve ener-

64 Ayrıntılı bilgi için bkz., Epple Dennis & Visscher, Michael (1984) "Environmental Pollution: Modeling Occurrence, Detection and Deterrence", Journal of Law and Economics, Vol. 27:1.

jinin verimli bir şekilde kullanılması amacıyla atık oluşumunu kaynağında azaltan ve atıkların geri kazanılmasını sağlayan çevre ile uyumlu teknolojilerin kullanılmasının esas olduğunu belirtmiştir. Bu tarihten itibaren gerçekleştirilen diğer yasal düzenlemelerde de atık yönetimine ilişkin doğrudan ya da çevre ve insan sağlığının korunması bağlamında dolaylı hükümler yer almıştır. AB uyum süreci ile birlikte, atık elektrikli ve elektronik eşyalar ile atık pillerin kontrolü, atık yönetiminin genel esasları, atıkların depolanması ve yakılması konularında yönetmelikler yürürlüğe konulmuş, var olanlar üzerinde ise değişiklikler yapılmıştır.

Ancak yeni kurumlar oluşturulurken mevcut kurumların yetki ve sorumluluk alanlarının yasal düzenlemeler ile değiştirilmemesi, ilgili kurumlar arasında yetki örtüşmelerine yol açarken, ilgili kurum ve kuruluşlar arasında etkin bir işbirliği ve koordinasyonun bulunmayışı da, sistemin işlerliğini zayıflatmıştır. Finansman desteğinin zayıf ve teknik bilgi ve donanımın yetersiz oluşu gibi faktörlerin de etkisiyle, günümüze dek sağlıklı bir atık yönetim sistemi oluşturulamamıştır⁶⁵.

Diğer taraftan ülkelerin kalkınma konusundaki politikaları ve bu konuda yapılan düzenlemelerin de çevre yasaları ile uyumlu olması gerekmektedir. Kalkınma planlarının hazırlanmadığı, sürdürülebilir kalkınma ilkesinin göz ardı edildiği dönemlerde sanayileşme ve ekonomik gelişme hızla devam ederken, çevresel kirlilik, atık kontrolü, kentleşmeden doğan riskler fark edilmemiş ya da göz ardı edilmiş, bir çevre politikası oluşturulmamış, yasal düzenlemeler yalnızca ilgili konuyla sınırlı kalmış ve bir bütünsellik oluşturulamamıştır. Bu sebeplerden ötürü başta büyük kentler olmak üzere kirlilik ve doğal kaynakların bozulması sorunu ortaya çıkmıştır⁶⁶.

Dolayısıyla bir ülkede çevreyle ilgili yasalar kadar çevre politikaları da iyi ve etkili olmak durumundadır. Politika, belirli bir sorunun çözümü için geleceğe yönelik olarak alınması gereken önlemlerin ve benimsenen ilkelerin bütünüdür. Çevre politikası ise bir ülkenin çevre sorunlarının çözümü yönündeki ve bu alandaki tercih ve hedeflerin belirlenmesidir⁶⁷. Bu alanda gerekli politikaları üretecek olan da başta Çevre ve Şehircilik Bakanlığı olmak üzere

65 T.C Sayıştay Başkanlığı, (2007) "Türkiye'de Atık Yönetimi (Performans Denetimi Raporu)", <http://www.sayistay.gov.tr/rapor/perdenrap/2007/2007-1AtikYonetimi/2007-Atik_Yonetimi_Raporu.pdf> s.e.t. 01.08.2014.

66 Aksu, Ceren (2011) "Sürdürülebilir Kalkınma ve Çevre", Güney Ege Kalkınma Ajansı Yayını, s. 20.

67 Torunoğlu, Ethem (2006) "Ötekilerin "Çevresi", Ankara, Ütopya Yayınevi, s.42.

ilgili tüm bakanlıklardır. Bu çerçevede yerel yönetimler güçlendirilmeli ve çevrenin korunmasında etkin bir hale getirilmelidir⁶⁸.

Yasal düzenlemelerin yetersizliği denildiğinde akla gelen sorun tek başına düzenlemelerin kapsamı ve birbirleriyle uyumu da değildir. Çevrenin etkin bir şekilde korunabilmesi için düzenlemelerle ilgili şu unsurlara da dikkat etmek gerekir:

- Çevre alanındaki mevzuat karmaşasının giderilmesi⁶⁹,
- İstisna muafiyet ve aflarla yasal düzenlemelerdeki sürekliliğin ve bütünlüğün bozulmamasına özen gösterilmesi,
- Çevre konulu yasal düzenlemelerde merkez-yerel arasındaki mali ilişkilere ilişkin oranların yerel yönetimler lehine düzenlenmesi⁷⁰,
- Koruma alanları sınıflandırmasının yeniden düzenlenmesi,
- İklim Değişikliği Ulusal Eylem Planları'nın hazırlanması.

Avustralya'da 1960'lardan önceye bakıldığında çevre alanındaki yasal düzenlemelerin Türkiye'de olduğu gibi oldukça yetersiz olduğu söylenebilir⁷¹. Fakat 1970 li yıllardan itibaren Avustralya toplumunda çevresel sorunları gündemin birinci sırasına taşıma bilinci artmış ve buna paralel olarak kanunlaştırma faaliyetleri de hız kazanmıştır⁷². Bu tarihlerde başlayan kanunlaştırma hareketleri daha çok yerel odaklı, çevresel problemlere acil çözümler sunan ve ekonomik değeri yüksek varlıkların korunmasını birincil amaç edinen özelliklere sahipti. Ancak çevresel sorunların tahrip gücünün artmasıyla birlikte son

68 Talu, Nuran (2006) "Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türkiye'de Çevre Politikaları", Ankara, TMMOB Yayınları, s.114.

69 İmar Hukuku yönünden eleştiriler için bkz., Görmez, Kemal (2001) "Büyük Kentlerde Kent Planlaması ve Bazı Sorunları", Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F.D, S. 2, s. 135-137.

70 Titiz, İsmet (2006), "Merkezi ve Yerel Yönetimler Arası Hizmet Bölüşümü", Yerel Siyaset Dergisi, S. 8, Ahmet Ulusoy ve Tekin Akdemir, "Yerel Yönetimler ve Mali Özerklik: Türkiye ve OECD Ülkelerinin Karşılaştırmalı Analizi", BAÜ SBED, C. 12, S. 21, Haziran 2009, Haluk Egeli ve Funda Diril, "Türkiye'de Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik ve Vergilendirme Yetkisi", Sayıştay Dergisi, S. 84, Ocak-Mart 2012. Şunu da ifade etmek gerekir ki; Türkiye'de son yıllarda genel bütçeden çevre koruma amaçlı aktarılan miktarlarda ve proje yardımlarında artış göze çarpmaktadır. Çevre Kanununun 18 inci maddesine istinaden hazırlanan; "Çevre Gelirlerinin Takip ve Tahsili İle Tahsilât Karşılığı Öngörülen Ödeneğin Kullanımı Hakkında Yönetmelik" hükümleri çerçevesinde 2012 yılında (Ekim ayı itibariyle); Çevre kirliliğinin önlenmesi ve çevrenin korunması projelerinin desteklenmesi gayesiyle mahalli idareler ve diğer kuruluşlara ait 839 adet projeye 100.180.177 TL yardım yapılmıştır. Önemli olan aktarılan bu miktarların verimli bir şekilde kullanılması ve bu alanda denetimlerin yapılmasıdır., Çevre ve Şehircilik Bakanı tarafından yapılan 2013 Yılı Bütçe Sunuşu, 21 Kasım 2012, <<http://www.csb.gov.tr/db/strateji/editordosya/butce.pdf>>.

71 Pain, Nicola (2003) "The Rise of Environmental Law in New South Wales and Federally: Perspectives from the Past and Issues for the Future", Paper presented to National Environmental Law Association Annual Conference, Broken Hill NSW, p.2.

72 Bates, Gerry (2006) Environmental Law in Australia, 6th Edition, Lexis Nexis, Sydney, s.7.

yıllarda yapılan çalışmalar artık “insan merkezli-kalkınma odaklı” (anthropo-centric-and-development orientated) olmaktan uzaklaşmış daha çok “çevre merkezli” bir yapıya bürünmüştür⁷³. Yani, çevresel sorunların ortaya çıkması ve tehdit eder boyutlara varmasıyla birlikte sadece insana değer atfeden, insan dışında kalan her şeyin sadece araçsal (yani insanın amaçlarına hizmet ettiği ölçüde) değeri olduğunu ileri süren görüşten, çevre ahlakı, çevre hukuku, gelecek nesillerin durumu, bilim, toplum refahı gibi kavramların da dikkate alınması gerektiği fikrine bir yöneliş başlamıştır⁷⁴. Avustralya’da son 20 yılda gerek federal gerekse eyalet ve yerel yönetimler bazında oldukça kapsamlı ve içeriği zengin kanun hareketleri de bu felsefi temellere dayandırılmıştır. Çevrenin hiçbir unsurunun göz ardı edilmediği bu süreçte dikkat çeken husus, spesifik olarak her alan için bir kanunun çıkarılmasıdır⁷⁵. NSW eyaletinde 1986-2007 yılları arasında doğrudan çevre ile ilişkili 68 kanun yürürlüğe girmiştir. Bu 2007 yılından sonra da hız kesmeden devam etmiştir⁷⁶.

Temel Kanun olan Çevre Kanunu ve diğer bütün yasal düzenlemelerin boş alan bırakmayacak şekilde sistemli bir şekilde yürürlüğe konması ve bunların uygulanması etkinlik açısından önemlidir. Zira hukuk devletin temel ilkelerinden birisi olan “belirlilik ilkesine göre, “yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadın, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”⁷⁷ Çevre korunmasını amaç edinen tüm düzenlemeler, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir.

73 Pain, s. 2.

74 Özdemir, İbrahim (1998) “Çevre Sorunlarının Antroposentrik (İnsan Merkezli) Karakteri”, Felsefe Dünyası Dergisi, S. 27, s. 73. Ayrıntılı bilgi için bkz., Özerkmen, Necmettin (2002) “İnsan Merkezli Çevre Anlayışından Doğa Merkezli Çevre Anlayışına”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, C. 42, S. 1-2, s. 182-183.

75 Liste için bkz., NSW Çevre Bakanlığı resmi sitesi: <<http://www.environment.nsw.gov.au/legislation/legislation.htm>>

76 NSW Business Chamber (2007) “The challenge of green tape: growth of environmental law and its impact on small and medium enterprises across Australia”, Invigorating Business Representation, North Sydney, p. 2.

77 AYMK (2005), 16.06.2011 gün, E. 2011/103, K. 2009/9, RG Tarihi: 19.05.2012, S. 28297.

E. ÇEVRE BİLİNCİ VE BELİRLİLİK İLKESİ

Hiç kuşkusuz yaptırımların caydırıcılık etkisi, bireysel özelliklere göre de değişkenlik arz eder. Bu çerçevede özellikle öz denetim sisteminden yoksun olan veya daha fazla içgüdüsel özellikler sergileyen bireyler ile kolektif bilince sahip olmayanlarda ihlale meyil daha güçlüdür. Kolektif bilinçten kasıt, toplum bireylerinin birlikte yaşama kültürüne sahip olmalarının ve ‘diğerinin’ temel hak ve özgürlüklerine duyduğu saygının kazandırdığı algılama ile hukuki tehdidin bilincinde olmalarıdır. Zira cezalandırmanın bir fonksiyonu da, bir kültürlenme (enculturation) sonucu yaratmasıdır. Suçlunun cezalandırılması, sonuçsal olarak illegal davranış hakkında bazı bilgilere sahip olmayı beraberinde getirmektedir ve bu da bireylerde hukuka saygılı olma bilincini arttıran bir faktör olmaktadır. Diğer bir ifade ile işlenen her hangi bir eylemin cezalandırılması, diğer bireylerde söz konusu davranışın yanlış veya kötü olduğu yönünde bir bilincin gelişmesine yol açmaktadır. Bu da, bireyleri suç işlemekten alıkoymaktadır⁷⁸.

Çevre koruma amaçlı uygulanan idari yaptırımların etkinliği açısından ise asıl unsur, halkın “çevre ihlali” denen kavramı algılayış şekli ve onların idarenin çevre koruma için aldığı karar sürecine katılımıdır. Diğer bir ifade ile idarenin çevre ihlaline karşı herhangi bir araç uygulamadan önce toplumun fiile karşı yaptırım gerekliliği fikrine sahip olduğunu hissetmesi, toplumun bu konuda bir farkındalığa sahip olması etkinliği artırıcı bir nedendir. Halkın katılımının sağlanabilmesi, her şeyden önce halkın konu hakkında bilgi sahibi olmasına ve konuya atfettiği değere bağlıdır. Aksi halde çevre gibi bir konuda katılımın öneminden bahsetmek gereksiz hale gelecektir.

İnsanoğlunun doğa ile ilişkisi evrendeki varoluşu ile yaşıttır. İnsanın doğa ile ilişkisi, ondan yararlanma çabaları ile başlayıp, daha sonra bilimin gelişmesine paralel olarak onun üzerinde üstünlük kurma çabalarına dönüşmüştür. Teknolojinin desteğini alarak güçlenen insanoğlu, doğayı sınırsızca kullanmaya ve hatta sömürmeye başlamıştır. Giderek bu durumun yıkıcı etkileri karşısında insanoğlu, bu kez de çevre sorunları olarak adlandırılan bu durumla nasıl başa çıkabileceğini sorgular olmuştur. Zamanla yitirilen kaynaklar ve güzelliklerden yoksun kalmanın yarattığı rahatsızlık, gelecek kaygısı insanoğlunu tedbirler almaya, hatalarını tekrarlamamaya yöneltmiştir. Bu açıdan bakıldığında çağdaş çevre bilincinin oluşumunun hızlandığı söylenebilir.

78 Zahir Kızmaz, s. 213-214.

Ancak çağının koşullarına uyum sağlayabilen insanlar için çevre bilincinin; bir takım değerlerin yitirilmesinden sonra yasaklarla birlikte yaşamak olarak algılanmaması gerekir. Bireysel ve toplumsal bir sorumluluk olarak çevre bilinci; bireyin dün ile bugünü, geçmişle geleceği unutmaksızın, hem kendisine hem de doğaya saygılı olabilmesi demektir⁷⁹.

Çevre sorunları konusunda halkın bilinçlenme sürecini hızlandıran, başka bir deyişle çevreye ilginin artmasına katkıda bulunan etmenler, hızlı sanayileşme ve bunun sonucunda ortaya çıkan kirlenme, enerji krizi, kimi büyük kazalar, nükleer gücün getirdiği sorunlar, sanayileşmenin değiştirdiği yaşam tarzına tepkiler biçiminde sıralanabilir. Bu konuları işleyen kitapların yayımlanması ve basının çevre konularına eskisine oranla daha çok yer vermesinin de söz konusu ilgiyi arttırdığı eklenmelidir⁸⁰.

Çevre bilincinin düşünsel, duygusal ve davranışsal boyutları vardır. Diğer bir deyişle çevre bilinci; çevreyle ilgili kararları, ilkeleri, yorumları içeren düşüncelerden, bu düşüncelerin yaşama aktarılması olan davranışlardan ve bütün bunlarla ilgili olarak çeşitli duygulardan oluşmaktadır. Böylesine kapsamlı bir kavramın gelişimi de kuşkusuz basit bir süreçle oluşmamaktadır. İnsanoğlunun çevresiyle etkileşime girişiyle ivme kazanan bu süreç yaşam boyu devam eder. Çevre bilinci kişilik gelişimine paralel olarak çeşitli etkenlerin karşılıklı etkileşimi ile gelişmektedir. Bu üç boyutun her zaman aynı oranda geliştiğinden söz edilemez. Örneğin çevre ile ilgili bilgisi olup bunu davranışlarına dönüştüremeyen insanlar olduğu gibi, çevrenin kirlenmesinden endişe duyup ama onu koruma yönünde davranışlar sergilemeyenler de olabilmektedir⁸¹.

Avustralya'da 1986 yılında Avustralya Kriminoloji Enstitüsü'nün yapmış olduğu bir araştırmada yaklaşık 2500 Avustralya vatandaşına suç ve cezaları nasıl algıladıklarına ilişkin sorular sorulmuştur. Bunlar arasında katılımcılara 13 suçu ağırlık dereceleri bakımından sıralamaları ve her bir suç için uygun olan cezayı tespit etmeleri istenmiştir. Katılımcılara örnek olarak verilen olayda bir fabrikanın bilerek çevreye zararlı atık boşalttığını, bunun kirliliğe sebebiyet verdiğini ve hatta içme suyu hattına sızarak bir kişinin ölümüne sebebiyet

79 Türküm, Sibel (1998) "Çağdaş Toplumda Çevre Sorunları ve Çevre Bilinci" Gürhan Can (Ed.), Çağdaş Yaşam Çağdaş İnsan. Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi İlköğretim Öğretmenliği Lisans Tamamlama Programı, AÜ Yayınları, Eskişehir, s. 172.

80 Duru, Bülent (1995) "Çevre Bilincinin Gelişim Sürecinde Türkiye'de Gönüllü Çevre Kuruluşları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, A.Ü.S.B.E., Ankara, s. 21.

81 Türküm, s. 173.

verdiği belirtilmiştir. Katılımcılar bu suçu ağırlık derecesi olarak sıralamada 3. sıraya koymuşlar, çoğunluğu da örnek olayda bahsedilen işletmeye verilecek cezanın 50.000\$ para cezası olması gerektiğini savunmuşlardır⁸².

Avustralya'da 1989 ve 1990 yıllarında da ulusal düzeyde çeşitli anketler yapılmıştır. Yapılan bu anketlerden çıkan sonuçlara göre, vatandaşların gittikçe artan düzeyde bir çevre duyarlılığının olduğunu ifade edebiliriz. Örneğin ekonomik gelişme düzeyinde meydana gelecek bir düşüşe rağmen katılımcılardan, Avustralya Hükümetinin çevre koruma konusuna yoğunlaşması gerekip gerekmediği sorulmuştur. Bir nevi ekonomik gelişme ve çevre koruma karşılaştırması olan bu soruya %67 lik bir oran çevre korumanın tercih edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Yaklaşık 1200 Avustralyalının katıldığı bir araştırmada katılımcılardan, verilen birçok konuyu önem sırasına koymaları istenmiş, %64 lük kısmı “çevre”yi birinci sırada değerlendirirken %53 lük bir kısım ise “ekonomi” den yana tercih kullanmıştır⁸³. Halk arasındaki bu algılayış ve duyarlılık, ilk başta çevre sorunsalının önemini, daha sonra da zarar verici davranışlara uygulanan yaptırımların meşruluk derecesini artırmaktadır.

Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki; bireylerin karar alma süreçlerine katılımı, grupların ve örgütlerin çevre sorunlarının gündeme getirilmesinde, siyasi iradelerin ürettikleri çevre politikalarının geliştirilmesinde ve çevrenin korunmasında araç olarak kullanılan hukukun, işletilmesinde oldukça önemlidir. Bu pay, literatürde katılım ilkesi olarak tanımlanmaktadır. Ancak katılım aslında, yukarıda bahsedilen bilincin daha sağlam temellere oturtulması açısından da önemlidir.

Katılım konusuna dair ilk ipuçları Stockholm Bildirgesi'ndedir. Burada “insan çevresinin şimdiki ve gelecek kuşaklar için savunulması ve geliştirilmesi amacının gerçekleşmesinde yurttaş ve toplulukların da sorumluluğu olduğunun kabulünün ardından bunun yerine getirilmesi için gerekli olanakların önemi belirtilmiştir⁸⁴. Rio Bildirgesi'nde ise 10. ilke olarak düzenlenen katılım ilkesi, yurttaşların karar verme aşamasına katılımları ve çevre ile ilgili konu-

82 Wilson, Paul, Walker, John, Mukherjee, Satyanshu, (1986) “How the Public Sees Crime: An Australian Survey”, Trends and Issues in Crime and Criminal Justice No: 2, No: 4 (1987), published by Australian Institute of Criminology.

83 Ayrıntılı bilgi için bkz., Chappel, Duncan and Norberry, Jennifer (1991) “Deterring Polluters: The Search for Effective Strategies”, University of New South Wales Law Journal, Vol. 13, Issue 1, p. 97-117.

84 Turgut, Nükhet (2000) “Çevre Politikası ve Hukuku”, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, s. 149.

lardaki bilgi edinme hakkı anlamına gelmektedir. Bunlar Stockholm Bildirgesi'nde yer almayan kavramlardır. Rio Bildirisi'nin 10. Maddesinde yer alan iki hüküm şöyle demektedir⁸⁵:

“Çevre sorunları en iyi biçimde tüm ilgili yurttaşların, ilgili oldukları düzeyde katılımıyla ele alınabilir.”

“Ulusal düzeyde her birey, topluluklardaki tehlikeli maddeler, eylemler ve karar alma süreçlerine katılma olanağı dâhil olmak üzere, kamu yönetimindeki çevreyle ilgili bilgileri uygun biçimde alacaktır.”

İdarenin çevre ile ilgili almış olduğu kararlara halk katılımında ilk olarak halkın bilgi düzeyi dikkat çekmektedir. Yukarıdaki maddenin ikinci fıkrasında da bu konuya değinilmiştir. Bilgi düzeyi ile halk katılımı arasında sıkı bir bağ vardır. Bu bağ yaptırımların caydırıcılığı ekseninde cezaların belirliliği ilkesini de hayata geçirmiş olacaktır.

Çevre üzerinde önemli etkileri olma ihtimali olan ürünler ve faaliyetler hakkında bilgilere ve çevresel koruma önlemlerine dair bilgiler de dâhil olmak üzere çevre ve kalkınmayla ilgili ulusal yetkililer tarafından sahip olunan bilgilere bireyler, gruplar ve örgütlerin ulaşma hakkı, yaptırımların belirliliğine katkı sunacaktır.

İdarenin görev alanı içinde tanımlanan tüm faaliyetler (idari eylem ve işlemler) toplumsal ihtiyaçlara göre, ülkeden ülkeye yahut bölgeden bölgeye değişebilir. Bu nedenle, özellikle çevre koruma “kirlilikle mücadelede hangi yöntemlerin seçileceği, standart yöntemi benimsenmişse standartların neye göre belirleneceği, ne ölçüde bir kirliliğin kabul edilebilir sayılacağı gibi”⁸⁶ konuları içeren kural düzenlemelerde, ilgili tarafların görüşleri büyük önem taşır. Bu yolla çevrenin korunması amacı taşıyan düzenlemeler bir zor aracı değil, toplumsal uzlaşma çerçevesinde belirlenen faaliyetler hakkında, uyulması gereken kurallar ve usuller olarak kabul edilecektir. Diğer yandan katılımın sağlanması, çevrenin korunması amacı taşıyan düzenlemelere ilgililerin uymasında yalnızca yaptırımla karşılaşma korkusunun değil, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının tesisinde bir yurttaş olarak duyulan sorumluluğun da etkili olmasını sağlayacaktır.

85 Pallemarts, Marc (1997) “Stockholm'den Rio'ya Uluslararası Çevre Hukuku: Geleceğe Doğru Geri Adım mı?”, Çev. Duru Bülent, A.Ü.Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (Prof.Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan), C.52, s.613-632.

86 Turgut Nukhet (1996) “Çevre Hukukunda Çevreci Örgütlere Tanınan Olanaklar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 45, Sayı 1-4, Ankara, s. 117.

V. SONUÇ VE ÖNERİLER

Tüm dünyayı tehdit eden çevre sorunlarının önlenmesine ve bu sorunların çözümüne ilişkin faaliyetlerin etkin olabilmesi için çevresel zararların doğmasına sebebiyet veren kirleticilerin hukuki düzenlemeler ile kontrol altına alınması, çevre ihlalleri ve bunların sorumlularını belirleyecek denetim mekanizmalarının oluşturulması gerekir⁸⁷. Bunun için de, herkese ait olduğu kabul edilen çevre hakkının gerçekten kullanılabilir bir hak haline gelebilmesi için idarenin bütün kurumlarıyla birlikte çevrenin korunması konusunda yeterli hak ve yetkilere sahip kılınmaları şarttır. Böylelikle denetim, önleme ve cezalandırma mekanizmaları uygulanarak toplumda olması gereken çevre düzeni, devlet tarafından sağlanmış olacaktır⁸⁸.

Çevre hakkının; çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin yükümlülükleri, Anayasamızın 56. maddesinin 2. fıkrası gereğince, Devlet ve vatandaşlardır. Anılan nedenle, Devlet, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek üzere gerekli her türlü idari tedbir ve önlemi de almakla yükümlüdür⁸⁹.

Günümüzde çevrenin korunması konusunda siyasi, idari ve hukuki olmak üzere karşımıza birçok koruma araçları çıkmaktadır. Çevre korunmasını geliştiren dünya koşulları karşısında güncel tutacak yasama faaliyetlerinin yapılması, hükümet programları eylem planlarında ve kalkınma planlarında yer alan kentsel dönüşüm, ağaçlandırma, erozyonla ve çevre kirlenmesiyle mücadele politikaları, eğitim programlarında çevre bilincinin konu edilmesi, çevre sorunlarıyla ilgilenecek güçlü bir idari örgütlenmenin oluşturulması, bu örgütlenme içerisinde yer alan idari kurumların yetkilendirilmesi ve görevlendirilmesi, çevresel suçlara ilişkin özel mahkemelerin oluşturulması çevre korunmasında kullanılan araçlara örnek olarak verilebilir. Özellikle de hukuki araçların içerisinde yer alan yaptırımların varlığının ötesinde önemli olan diğer bir unsur da yaptırımların etkin bir şekilde uygulanarak çevresel zararların azalması gibi somut sonuçları doğurabilmesidir.

Kamu düzenini yakından ilgilendiren ve kamu düzeninin güvenlik, dirlik, esenlik ve sağlık unsurlarının kapsamına giren çevre kirliliğini önleme ve

87 Şen, Ersan (1994) "Çevre Ceza Hukuku: Ceza Hukuku Açısından Sağlıklı ve Düzenli Bir Çevrede Yaşama Hakkı", İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları No:140, s. 29.

88 Kaboğlu, İbrahim (1991) "Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri (Soyut Talepler mi? İnsan Hakları mı?)", İnsan hakları Yılı, Cilt 13, Ankara, s. 45.

89 Üstün, Gül (2008) "Kentsel Dönüşüm", Yayınlanmış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, s. 41.

çevreyi korumada kullanılan araçlar arasında idare hukuku kapsamında ele alınan tedbir ve yaptırımlar önemli bir yer tutmaktadır. İdari yolla çevrenin korunmasında idarenin düzenleyici işlemleri ile kolluk olarak örgütlenmesi ön plana çıkar. Çevrenin korunmasında idarenin çevreye zarar verici fiillere müdahale yolları düzenlenirken esas itibarıyla kolluk hukuku benimsenmiştir⁹⁰. Çevre kirliliği ve çevresel zarar olgusunun toplum üzerinde yarattığı tehdit ve tehlikelere karşı idare, bu tür sosyal ihlalleri ve düzensizlikleri önlemek üzere bir takım tedbirlere ve yaptırımlara başvurmaktadır.

Çevre Hukukunun gelişiminde Çevre Kanunu'na ek olarak çeşitli yasalara çevre ile ilgili hükümler konulması ya da çevresel değerlerden yararlanılmasını düzenleyen yasalarda çevre korumaya ilişkin kurallara yer verilmesi önemli bir aşamadır. Türkiye'de 1980 öncesinde uygulamaya konan birçok yasa da genel sağlığın korunması, belediyelere çevre koruma konusunda görevler verilmesi, muhtarlara çevrenin korunması için yetkiler tanınması, su ürünlerine ilişkin düzenlemeler, planlı kentleşme ve yapılaşma, kara avcılığının düzenlenmesi, ormanların korunması ve eski varlıkların kullanımı ve korunması konularında çevre koruma ile ilgili doğrudan hükümler bulunmaktadır. Anılan tüm bu düzenlemelerle vatandaşlara çevre korumada sorumluluklar yüklenmiş ve koruma ilkeleri belirtilmiştir. Bu kurallar yoluyla çevrenin korunması idare hukuku ve çevre ilişkilerinin içeriğinin önemli bir kısmını oluşturmaktadır⁹¹.

Çevre ve insan sağlığının korunmasında kullanılan idare hukuku çözüm yollarının etkin olması ve çevresel bozulmanın tekrarlanmaması konusunda caydırıcı olması da önemlidir. Gerçek ve tüzel kişilerin herhangi bir çevresel bozulmaya tekrar sebebiyet vermemeleri açısından uygulanan tedbir ve yaptırımlar, onların etkinlik ve caydırıcılığına etki eden diğer faktörlerle birlikte değerlendirilmelidir.

Bu bağlamda bireylerin ve işletmelerin yasal düzenlemelerle getirilen yasaklara ya da her türlü çevresel yükümlülüklerle uyumu (compliance) ve onların bu uyuma zorlanması (enforcement) konuları önem arz etmektedir. Uyum konusunda çevreye zararlı faaliyet gösterenlerin davranışlarını yönlendirmede kullanılan araçlardan birisi de hiç şüphesiz idari yaptırım ve diğer

90 Ögütçü, Muhlis (2000) "Çevre Kolluk İşlemleri", Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir s.89.

91 Ertan, Birol ve Akkoyunlu Ertan, Kivılcım (2005) "Çevre Hukukunda Sorumluluk", Amme İdaresi Dergisi, C. 38, S. 3, s. 9.

her türlü idari tedbirlerdir. İşte bu idari araçlar, çevresel yükümlülükleri yerine getirmeyerek ekonomik anlamda avantajlar sağlamayı hedefleyenlere karşı her türlü çevresel gereklilikleri yerine getiren, yasaklara uyan kimseler için bir hakkaniyet unsuru olarak görülmektedir. Uyum konusunu öne çıkaran diğer unsurlar, çevre kalitesinin ve kamu sağlığının korunmasına hizmet etmesi, çevresel yükümlülüklerin ve yasakların güvenilirliğini artırması, faaliyet gösterenler arasında adalet inancının yerleşmesine katkı sağlaması ve ekonomik anlamda maliyetleri azaltmasıdır⁹².

Ayres and Braithwaite tarafından yapılan çevresel ihlallere karşı idarenin uyguladığı idare hukuku araçlarının etkinlik hesabı, “hiçbir zaman en iyi denebilecek bir idari yaptırım ve tedbir sistemi yoktur” şeklindeki makul bir görüşe dayanmaktadır. Ancak ortaya konan idari çözümler herhangi bir yerde ve belli bir zaman dilimindeki toplumun sosyal durumuna, yaptırım politikalarına göre diğerlerinden daha iyi olabilmektedir. O halde idare, çevresel ihlallere karşı uygulayacağı tedbir ve yaptırımları seçerken onları uygulayacağı toplumun karakteristik özelliklerini dikkate almak durumundadır⁹³.

Çevre korunmasında idari yaptırım ve tedbirlerin önemi oldukça büyük olsa da çevresel faaliyetler ile ortaya çıkan kirlilikle mücadelenin başarıya ulaşması ya da çevre hukukunun kapsamını belirleyen önleme ilkesi, bütüncül politikaların benimsenmesi ve korumacılığın ötesinde çevre ve insan sağlığının gelişmesini hedefleyen çevre politikalarının hayata geçirilmesi ile mümkün olabilir. Ancak bu politikaların uygulamaya aktarılmasında başarılı olunabilmesi için bireylerin, çevrenin korunması bilincinin aşılmasında, geleneksel hukuk kavramlarına egemen antroposantrik anlayışın aşılması ve çevre hukukunun bu kavramlara kattığı “insanı aşan” yeni anlamlarının içselleştirilmesi de zorunludur. Buna göre, Çevre Kanunu’nda düzenlenen idari yaptırımların etkililiği, devletin kısa, orta ve uzun vadeli çevre politikaları ve bu politikaların basta tarım, imar, sanayi politikaları olmak üzere diğer tüm politikaları ile ilişkileri çerçevesine yapılacak düzenlemeler ile sağlanabilecektir. Aksi halde, devlet açısından çevrenin korunması, yaptırımlarla desteklenmiş kural ve usul öngören düzenlemelerin yapılması ile sınırlı bir sorumluluk alanı halini almaktadır.

İdari yaptırım ve tedbirlerin uygulanmasında etkinliğin artırılması, bireylerin sosyal ve ekonomik açıdan sahip oldukları özelliklerle de doğrudan

92 Wasserman, Cheryl E. (1994) “The Principles of Environmental Enforcement and Beyond: Building Institutional Capacity”, Third International Conference on Environmental Enforcement, Proceedings Volume 1, April 25-28, Mexico, p. 16-19.

93 Karassin and Perez, s. 3.

ilişkilidir. Bu faktörlerin hep birlikte değerlendirilmesi caydırıcılık açısından daha etkin sonuçlar doğuracaktır. Yetkili kurum ve kuruluşlar yargısal planda da destek gören çevrenin korunması konusunda ülkenin sosyal ve ekonomik kalkınma hedefleriyle de uyumlu tedbirleri almakla yükümlüdürler. Böylelikle, herkesin sağlıklı, düzenli ve temiz bir çevrede yaşama hakkı da sağlanmış olacaktır⁹⁴.

Çevre korunmasında kullanılan idari yaptırım ya da tedbirlerin etkinliğine dolaylı ya da doğrudan etki eden faktörlerden sonra getirilen öneriler, şu şekilde sıralanabilir:

Öncelikle ifade etmek gerekir ki; Ülkemizde yasal düzenlemeleri gerçekleştirme konusunda çok önemli güçlükler yaşandığı söylenemez; asıl sorun uluslararası sözleşme taahhütlerini, yasaları yaşama geçirme, çevresel politikaları diğer politikalarla uyumlaştırma ve kurumsal kapasiteyi güçlendirme gibi alanlarda ortaya çıkmaktadır.

Gerek Kabahatler Kanunu gerekse Çevre Kanunu ve diğer özel kanunlarda düzenlenen yasak fiiller ve sonucunda uygulanacak yaptırımlar hakkında kamuoyunun bilgi düzeyinin artırılması gerekmektedir. Zira caydırıcılık teorisine göre, etkin bir caydırıcılığın sağlanması vatandaşların o konuya olan duyarlılığına bağlıdır. Avustralya'da genel anlamda tüm eyalet kütüphanelerinde küçüklerin çevre koruma konusunda bilinçlendirilmesine yönelik ilgi çekici çalışmalar, ileriki yaşlardaki çevre algısını da olumlu yönde kuvvetlendirmektedir.

Çevre korunması konusunda taşra teşkilatında ve mahalli idare birimlerinde yetkili denetim organlarının, kontrollerde sürekliliği sağlaması gerekmektedir. Tutarlı denetim ve gözetim faaliyetleri, faaliyet gösterenler üzerinde, yaptırım uygulamaya gerek kalmadan bir takım tedbirleri almaları konusunda farkındalık yaratmaktadır. Örneğin Türkiye'de bazı İl Jandarma Komutanlıkları bünyesinde teşkilatlanan Jandarma Çevre Koruma Timleri ve Doğal Hayatı Koruma Takımlarının kırsal alanlarda çevrenin ve ekolojik dengenin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi maksadıyla kontrollerini sürekli olarak yapmaları caydırıcılığı artıran bir faktör olmuştur. On beş yılı aşkın bir zamandır dünya genelinde yapılan deneysel çalışmalar göstermektedir ki; denetim ve kontrollerin artırılması çevre ihlallerinin azalmasını sağlamıştır⁹⁵.

94 Arslan, s. 93.

95 Cohen, Mark (2000) "Empirical Research on the Deterrent Effect of Environmental Monitoring and Enforcement", Environmental Law Reporter, V. 30, Issue 4, pp. 10251.

Teknik anlamda ölçüm, izleme, denetim, kontrol ve raporlama altyapısı etkinleştirilmelidir. Bu bağlamda, yaptırımların doğrudan uygulanması yerine müzakere süreçli idari yaptırım uygulama esasları oluşturulmalıdır. Sonrasında ise, kesinlik, belirlilik ve ölçülülük ilkeleri ışığında bireylerde yaptırımların herhangi bir eşitsizliğe mahal vermeden mutlak surette uygulanacağına ilişkin algı çalışmaları yapılmalıdır.

Denetleyicilere hem genel anlamda hem de çalıştıkları belli sınaî sektörlere ilişkin etkin eğitimler verilmesi gibi hazırlıklar başlatılmalıdır. Denetleyiciler uygun ve yeterli izleme donanımına sahip olmalıdır. Bulguların toplanması ve adli işlemlerde sunulmasına yönelik etkin ve şeffaf protokoller ve kurallar belirlenmelidir. Yürütme işleminde bu tür kanıtların düzgün şekilde kabul edilmesi için uygun süreç değerlendirmeleriyle ilgili hükümler bulunmalıdır⁹⁶.

Çevresel zararlı faaliyetlere karşı uygulanan idari para cezalarının miktarları Avustralya'daki uygulamaya benzer bir şekilde birim sistemi ile hesaplanabilmelidir. İdari para cezalarının belirliliği ilkesi gereğince bu tür bir uygulama bireylerin cezalar hakkındaki bilgi düzeyini artırabilecektir.

96 Bölgesel Çevre Merkezi (2010) "Avrupa Birliği Çevre Mevzuatı Yayınları", <http://www.rec.org.tr/dyn_files/20/4136-eucevremevzuat.pdf>, s. 31, s.e.t. 07.05.2015.

KAYNAKÇA

Akılhoğlu, Tekin (1987), “İdare Hukuku Açısından Çevre Kanunu”, Çevre Kanununun Uygulanması, Ankara, TÇSV Yayını.

Aksu, Ceren (2011), “Sürdürülebilir Kalkınma ve Çevre”, Güney Ege Kalkınma Ajansı Yayını.

Arnold W. Reitze, Air Pollution Control Law: Compliance, Enforcement, Published by Environmental Law Institute, Washington, 2001

Arslan, Zehreddin (1995), “Doğal Çevrenin Korunmasına Yönelik Alınan Önlemler ve Yasaklar Karşısında Danıştayın Tutumu”, İÜSBF Dergisi, No: 11-12-13, İstanbul.

Bates, Gerry (2006), Environmental Law in Australia, 6th Edition, Lexis Nexis, Sydney, s.7.

Becker, Gary S. (1968), “Crime and Punishment: An Economical Approach”, The Journal of Political Economy Vol. 76, No. 2.

Calvino, Nadia (2007), “Public Enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines”, in Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanai-su (eds), “European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition Of Cartels”, Hart Publishing, 2007.

Christopher, Michaelson (2010), “Reforming Australia’s National Security Laws: The Case for a Proportionality-Based Approach”, University of Tasmania Law Review 31, 29(1), Tasmania.

Cutter, Bowman, and Neidell, Matthew (2009), “Voluntary information programs and environmental regulation: Evidence from ‘Spare the Air’”, Journal of Environmental Economics and Management, 58(3).

Çolak, Nusret İlker (2009), “Kültür ve Tabiat Varlıklarının Devlet Mali Niteliği ve Sonuçları”, E Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı 84.

Dolu, Osman, Bükler, Hasan ve Uludağ, Şener (2012), “Türk Ceza Adalet Sisteminin Caydırıcılık Kapasitesine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, AUHFD, S. 61, C. 1.

Duran, Lütfü (1982) “İdare Hukuku Ders Notları”, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

Duru, Bülent (1995), “Çevre Bilincinin Gelişim Sürecinde Türkiye’de Gönüllü Çevre Kuruluşları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, A.Ü.S.B.E., Ankara.

Eide, Erling (1994), "Economics of Crime: Deterrence and the Rational Offender" Amsterdam: North, Witte, Ann Dryden and Robert Witt, (1983) "Crime Causation: Economic Theories. Forthcoming Encyclopedia of Crime Justice", New York: Free Press., Holland, Mendes, Silvia M., (2004) "Certainty, Severity, and Their Relative Deterrent Effects: Questioning the Implications of the Role of Risk in Criminal Deterrence Policy", Policy Studies Journal, Vol. 32 Issue 1.

EPA Victoria (2011), "Compliance and Enforcement Policy", Publication 1388, Victoria.

Epple Dennis & Visscher, Michael (1984), "Environmental Pollution: Modeling Occurrence, Detection and Deterrence", Journal of Law and Economics, Vol. 27:1.

Gözübüyük, Şeref ve Akıllıoğlu, Tekin (1992), "Yönetim Hukuku", 5.B, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 264, Gölcüklü, Feyyaz, (1963), "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı", AÜSBFD, S. 2, C. 18.

International Network for Environmental Compliance and Enforcement (INECE), (2009), "Principles of Environmental Compliance and Enforcement Handbook".

Jendroška Jerzmański Bar & Partners (2004), Environmental Lawyers, Environmental Management and Law Association (EMLA).

Kaboğlu, İbrahim (1991), "Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri (Soyut Talepler mi? İnsan Hakları mı?)", İnsan hakları Yıllığı, Cilt 13, Ankara.

Kara, Barış ve Deniz, Bülent (2006), "Çevre Suçlarının Yeni Türk Ceza Kanunu Özelinde İncelenmesi", Adnan Menderes Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1.

Karassin, Orr and Perez, Oren (2010), "From Regulation To Implementation: Responsive Assessment Of Environmental Compliance and Enforcement", presented at the ECPR Standing Group Conference On Regulation In An Age Of Crisis, University Of Dublin, Ireland.

Kathuria, Vinish (2007), "Informal regulation of pollution in a developing country: Evidence from India", Ecological Economics, 63(2-3).

Kızmaz, Zahir (2005), "Ceza ve Kriminal Yaptırımın Suç Oranları Üzerindeki Caydırıcı Etkisi", Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 7.

Martin, Rosemary (2003), "Alternative sentencing in environment protection: making the punishment fit the crime", Law Institute Journal, 77 No 7.

Mengi, Ayşegül, “Çevre Koruma Yöneltileri, İlkeleri ve Araçları”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 7, S. 3, Temmuz 1998.

Murchison, Kenneth M. (1995), “Environmental Law in Australia and the United States: A Comparative Overview”, Boston College Environmental Affairs Law Review, Vol. 22, Issue 3.

Nazaroğlu, Yavuz (1974), “Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri”, Danıştay Dergisi, Ankara, S. 14-15.

Oğurlu, Yücel (2001), “İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma-İdari Ceza Hukuku ve İdari Cezalara Karşı Başvuru Yolları”, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Oğurlu, Yücel (1999), “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım – Ceza Yaptırımı Ayrımı”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1.

Oğurlu, Yücel (2000), “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, AÜEHFD, C. IV, S. 1-2.

Özay, İlhan (1985), “İdari Yaptırımlar: Kurumsal Bir Deneme”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Pain, Nicola (2003), “The Rise of Environmental Law in New South Wales and Federally: Perspectives from the Past and Issues for the Future”, Paper presented to National Environmental Law Association Annual Conference, Broken Hill NSW.

Robinson, a.g.e., s. 21, Macrory, Richard (2008) “Regulation, Enforcement and Governance in Environmental Law”, Cameron May Publishing, United Kingdom.

Robinson, Brian (2003), “Review of the Enforcement and Prosecution Guidelines of the Department of Environmental Protection of Western Australia”, This Report is prepared for The Minister for Environment and Heritage, Perth: Communication Edge

Ross Ramsay- Gerard C. Rowe (eds)(1995), Environmental Law and Policy in Australia: Text and Materials, Sydney, Butterworths.

State of Oregon Department of Environmental Quality, (2004), “General Deterrence of Environmental Violation: A Peek into the Mind of the Regulated Public”, Prepared by Les Carlough, Portland (USA).

T.C Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, “Türkiye Çevre Sorunları ve Öncelikleri Değerlendirme Raporu”, Yayın No:23, Ankara.

Talu, Nuran (2006) “Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türkiye’de Çevre Politikaları”, Ankara, TMMOB Yayınları.

Taşkın, Ahmet (2010), “Çevrenin Hukuksal Yönden Korunması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, Ankara.

Thomas, Ian (2004), “Environmental Policy. Australian Practice in The Context of Theory”, Sydney NSW, The Federation Press.

Torunoğlu, Ethem (2006), “Ötekilerin “Çevre”si”, Ankara, Ütopya Yayınevi.

Turgut, Nükhet (2000), “Çevre Politikası ve Hukuku”, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.

Türküm, Sibel (1998), “Çağdaş Toplumda Çevre Sorunları ve Çevre Bilinci” Gürhan Can (Ed.), Çağdaş Yaşam Çağdaş İnsan. Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi İlköğretim Öğretmenliği Lisans Tamamlama Programı, AÜ Yayınları, Eskişehir.

Ulusoy, Ali (1993), “Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış”, A.Ü.H.F.D., C. 43, S. 1-4.

Ural, Engin (1980), “Çevre Hukukunun Gelişmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Ankara.

Wang, Jin and Yan, Houfu (2011), “Barriers and Solutions to Better Environmental Enforcement in China”, Ninth International Conference on Environmental Compliance and Enforcement.

Wilson, Paul, Walker, John, Mukherjee, Satyanshu (1986) “How the Public Sees Crime: An Australian Survey”, Trends and Issues in Crime and Criminal Justice No: 2, No: 4 (1987), published by Australian Institute of Criminology.

Yalçındağ, Selçuk (1996), “Belediyelerimiz ve Halkla İlişkileri”, Ankara, TODAİE Yayınları.

Yayla, Yıldızhan (1983), “Çevre Sorunlarından Kaynaklanan Bazı İdare Hukuku Sorunları”, “Kentleşmenin Getirdiği Çevre Sorunları Sempozyumu: İdare Hukuku Açısından”, Danıştay Başkanlığı, Ankara.

Yurtcan, Erdener (1998), “Ceza Yaptırımını Ve Bireyselleştirme”, Ceza Hukuku Günleri 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Zanobini, Guido (1964), “İdari Müeyyideler”, Çeviren: Yılmaz Günel, Ankara, s.120.

VERGİLENDİRME YETKİSİ İLE CEZALANDIRMA YETKİSİ ETKİLEŞİMİ: VERGİ CEZA NORMLARI

Yrd. Doç. Dr. Recep NARTER*

Arş. Gör. Ercan SARICAOĞLU**

ÖZET

Devlet egemenliğinin sembolü olarak kabul edilebilecek iki temel yetki, hem iktidarları sınırlandırma hem de temel hak ve hürriyetler üzerinde sınırlandırıcı etki gösterme açısından önem arz etmektedir. Vergilendirme yetkisi ve cezalandırma yetkisi her ne kadar farklı tarihsel birikimlerin ve beklentilerin sonucunda oluşuyor bulunsa da, egemenliğin kullanılması noktasında ortak bir alana hitap eder. Cezalandırma yetkisi ülkede takip edilen suç ve ceza siyasetine bağlı olarak suç ve ceza belirleme ve uygulama olarak ifade edilebilir. Vergilendirme yetkisi ise vergi politikası ile temellenen devlet ve birey arasındaki vergi ilişkisine ilişkindir. Ancak her ikisi de toplumun oluşturduğu ortak değerler ile oluşan hukuk normlarıyla somutlaşır. Vergilendirme yetkisi için “vergi normları”, cezalandırma yetkisi için ise “ceza normları” belirleyicidir. Vergi hukuku içerisinde oluşan değerler ve bu değerlerin ihlal edilebilme durumu, vergi kanunlarının ceza karakteri taşıyan hüküm bulundurmasını zorunlu kılar. Vergi ceza hukuku altında incelenen bu hukuka aykırı fiilleri ve yaptırımları “vergi normundan” ayırarak “vergi ceza normları” olarak ifade edebiliriz.

Anahtar Kelimeler: Vergilendirme yetkisi, cezalandırma yetkisi, vergi normu, ceza normu, vergi ceza normu.

* Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı.

THE RELATIONSHIP BETWEEN TAXATION POWER AND PUNISHMENT POWER: TAX PUNITIVE NORMS

ABSTRACT

Punishment and taxation can be considered as two main symbols of state sovereignty. They are also vital in terms of limiting to government and fundamental rights of freedom. Although taxation and punishment authorities differs in historical experiences and expectations; they both exercise the sovereignty right for mutual goal. Punishment authority maybe defined as determining crimes and sanctions according to crime and sanction policies of as state. On the other hand, taxation authority defined as the relationship between individuals and the state which is based on tax policies. However, both of these authorities appears, as the legal norms that are created by common values. For the taxation authority “tax norms”, for the punishment authority “crime norms” are decisive. Values born in taxation law and and the possibility to infringing these values brings the obligation of having norms that have sanction character. We may define these kind of norms that are studied under Tax Criminal Discipline as “tax punitive norms” which consists of acts not complying with the tax law and sanctions.

Keywords: Taxation power, punishment power, tax norm, crime norm, tax punitive norm.

I. GİRİŞ

Hukuk normu, maddi ve kurumsallaştırılmış bir yaptırımla etkinleştirilen normatif düzenlerde geçerlidir¹. Hukuk normunu diğer normlardan, hukuk düzenini diğer düzenlerden ayıran ölçü, normatif önermelerle toplumsal gerçeklik üzerine inşa edilen emir ve yasaklara karşılık kurumsallaştırılmış bir yaptırım tehdidinin bulunuyor olmasıdır.

Toplumsal iradenin korumaya değer gördüğü hukuksal değerleri norm sistemi ile şekillendirmesi, bu değerlere karşılık ihlal anlamı taşıyan fiillerin yaptırım ile karşılanmasını gerektirir. Toplum tepkisinin bir ifadesi olarak ceza tehdidi ile karşılanan fiiller suç olarak tanımlanır. Suça ve cezalandırmaya ilişkin kurallar ancak devlet tarafından konulup tespit edilebilir². Devlet, takip ettiği suç ve ceza siyasetine uygun surette cezalandırma yetkisini kullanmaktadır.

Devlet ile birey arasında kamu harcamalarının finansmanı amacıyla kurulan vergi ilişkisinde devlet, alacaklı sıfatını taşıırken, birey borçludur. Ancak bu ilişkinin kurulması, sürdürülmesi ve sonlandırılması devletin egemenlik yetkisine dair bir göstergedir. Bu nedenle özel alacak-borç ilişkisinden farklı olarak alacaklı devlet, vergi ilişkisinin kurallarını belirleyen ve kurallara uyulmaması halinde yaptırımları düzenleyendir. Bu şekilde devlet, vergi hukukunun amaçlarını gerçekleştirecek vergi normları vasıtasıyla vergilendirme yetkisini kullanmaktadır.

Çalışmamızda vergilendirme yetkisi ile cezalandırma yetkisi etkileşim alanında ortaya çıkan vergi ceza normları izah edilecek ve bu etkileşim ile oluşan vergi ceza normlarının, gerek vergi normundan gerekse ceza normundan ayrı bir varlığı sahip olduğu düşüncesi açıklanmaya çalışılacaktır.

II. VERGİLENDİRME YETKİSİ

Devlet, birlikte yaşamanın gerektirdiği ortak hizmetlerin ve gereksinimlerin belirli bir organizasyon içinde karşılanmasına yönelmiş, insanların oluşturduğu ekonomik, sosyal ve politik kurumların en önemlisidir. Modern devlet anlayışında, devlete çeşitli kamu ihtiyaçlarını karşılama mükellefiyeti

1 Hafızoğulları, Zeki (1987) Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, Seçkin, s.326.

2 Dönmezer, Sulhi&Erman, Sahir (1999), Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.1, 11. Baskı, İstanbul, Beta, s.14.

yüklenmiştir. Bu amaçla gerçekleştirilmesi gereken kamu hizmetleri, düzenli mali kaynakların bulunmasını gerektirmektedir. Bu mali kaynaklar ise vergilendirme yetkisinin kullanılmasıyla elde edilir³.

“Devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili güç” vergilendirme yetkisi olarak ifade edilir. Devletin mali egemenliğinin bir görünümüdür⁴. Bu tanım çerçevesinde vergilendirme yetkisi kavramı, devlete vergi toplama imkanı tanıyan egemenlik unsuru üzerinden şekillenir. Devleti oluşturan üç temel unsurdan birisi olan egemenlik, tarih boyunca devlet yapısının farklılığına bağlı olarak ele alınmıştır. Ancak her dönemde vergi toplamının ön şartı olmuştur⁵.

Hukuki ve fiili güç kavramları da esasen egemenlik kavramıyla iç içedir. Devlet egemenliğinin hukuk sınırları içerisinde somutlaşması, gücün hukuksal yapıya kavuşturulması (mevzuat içinde şekillenmesi) hukuki, bu gücün bizzat fiili olarak yansıması (fiili olarak vergi toplanabilmesi) da fiili gücü ifade eder. Dolayısıyla vergilendirme yetkisi, mali egemenlik ve bu egemenliğin görünümü hukuki ve fiili vergi toplama gücü olarak ifade edilir.

Vergilendirme yetkisi dar anlamda, kamu gelirleri içinde devletin sadece vergi koymaya ilişkin yetkisidir. Geniş anlamda ise, kamu giderlerini karşılamak üzere gerçek ve tüzel kişiler üzerine konulan her çeşit mali yükümlülüğü içermektedir. Bu tanıma verginin yanı sıra resim, harç ve parafiskal gelirler de girmektedir⁶.

3 Saraçoğlu, Fatih (2003), “Vergilendirme Yetkisi ve Türkiye-Avrupa İlişkileri” Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, <<http://iibfdergisi.gazi.edu.tr/index.php/iibfdergisi/article/viewFile/298/288>>, s.176, s.e.t.01.10.2015.

4 Öncel, Mualla&Kumrulu, Ahmet&Çağan, Nami (2007) Vergi Hukuku, 14. Bası, Ankara, Turhan, s.33; Çağan, Nami (1982) Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, s.3.

5 Vergilendirme yetkisi egemenliğin göstergesidir. Ancak, doğal hukuk görüşünde bu gösterge, karşılıklı ilişki üzerine inşa edilirken, pozitivist yaklaşımda ise egemenlik ile eşdeğerlilik vardır. Ayrıntı için bkz. Bayar, İbrahim Nihat (2010), “Vergi Kaçakçılığı (Suç Teorisi-Ceza Teorisi ve Muhakeme Hukuku Açısından Bir İnceleme) (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.16.

6 Nitekim Anayasa Mahkemesi 20 Ekim 2000 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan E:1997/62, K:1998/52 T:16.9.1998 kararında vergilendirme yetkisine ve kapsamına ilişkin şu şekilde bir değerlendirmede bulunmaktadır: “Vergilendirme yetkisi, devletin, ülkesi üzerindeki egemenliğine bağlı olarak, vergi alma konusunda sahip olduğu hukuksal ve fiili güçten kaynaklanmaktadır. Kamu hizmetlerinin görülmesi için gereksinim duyulan mali kaynakların sağlanması amacıyla kullanılan vergilendirme yetkisi, dar anlamda, devletin, kamu gelirlerinden sadece vergi koymaya ilişkin yetkisini, geniş anlamda ise, çağdaş devletin güvenlik, adalet ve eğitim gibi geleneksel görevlerinin yerine getirilmesinin yanında, ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer alanlara katkısının gerektirdiği giderleri

Vergilendirme yetkisi başka bir açıdan vergilendirme sürecinin aşamaları üzerinden ifade edilir. Vergilendirme yetkisi, bizatihi vergi koyma anlamı taşıyan yasama yetkisine ilişkin olarak açıklandığı gibi, sübjektif ve bireysel vergilendirme işlemlerine ilişkin tarh, tahakkuk ve tahsil yetkilerini açıklamakta da kullanılmaktadır.⁷ Vergilendirme yetkisinin bu tasnifi, bu yetkinin kime ait olduğu ve kimin tarafından kullanılması gerektiği sorununa ilişkin açıklama zarureti doğurur. Nitekim, vergi koyma, vergiyi doğuran olayı, mükellefi, sorumluyu belirleme yetkisi ile ele alındığında anayasal zorunluluk olarak yasama organının bu yetkiyi bizatihi kullanması gerekir. Ancak vergilendirme sürecinde tarh, tahakkuk ve tahsil yetkilerinin vergilendirme yetkisi olarak düşünülmesi halinde, anayasal yetki çerçevesinde bunları kullanma hakkının idareye devredilebilir olduğu görülür.

Vergilendirme yetkisinin kime ait olduğu ve kim tarafından kullanılacağı hususu uzun süren tarihsel sürecin sonunda şekillenen bir konudur. İlkçağda, mutlak otoritenin henüz hukuki yapıyla sınırlandırılmamış vergi toplama yetkisi bulunmaktaydı. Vergileme alanında sistemleşme adına ilk büyük başarı Mısır, Babil’de yaşanmıştır⁸. 1215 yılında Magna Carta Libertatum’a kadar olan dönemde ortaçağda, ilk çağdakine benzer yaklaşım bulunmaktaydı. Vergi alma konusunda mutlak iktidarın inisiyatifi belirleyiciydi.

Vergilendirme yetkisinin kavram olarak ele alınmasındaki önem, bu yetkinin sınırlandırılabilir bir yetki olduğu fikrinden sonrasına ilişkindir. Sınırsız iktidarın sınırlandırılabilceği düşüncesinin hakim olmasıyla vergi koyma yetkisinin hukuk düzenine bağlanma ihtiyacı, vergilendirme yetkisi kavramının gelişimine sebep olmuştur. Bu gelişim anayasacılık hareketleriyle aynı tarihi seyir içindedir.

Tarihte egemenin keyfi ve sınırsız yetki kullanımına ilişkin ilk itiraz, iktidarların keyfi vergi koymalarına tepki olarak başlamıştır⁹. Batı Avrupa’da mutlakiyetçi iktidara karşı rastlanan ilk tepki karşısında 1215 yılında imzalanan Magna Carta Libertatum, kralın vergilendirme yetkisini sınırlandıran bir belge niteliği taşımaktadır.

karşılama için gerçek ve tüzelkişilere getirdiği her türlü mali yükümlülüğe ilişkin yetkisini kapsamaktadır. Bu yetkiye dayanılarak, kamu giderlerini karşılamak amacıyla alınan vergi, Anayasa’nın 73. maddesine göre gerçek ve tüzelkişilerin yasalarla belirlenmek koşuluyla mali güçlerine göre yerine getirmek zorunda oldukları bir yükümlülüktür. Devlet bu yolla kamu giderlerini karşılamak için veya mali politikasının gereği olarak piyasa ekonomisinden bütçeye gelir aktarmaktadır.” (www.kazancı.com)

7 Çağan, s.5; Saraçoğlu, s.176.

8 Turhan, Salih (1977) Vergi Teorisi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s.2.

9 Öncel&Kumrulu&Çağan, s.7.

1215 tarihinde yayımlanan ferman ile kral, vergilendirme otoritesinin sınırsız olmadığını beyan etmiştir. Bu beyan ile birlikte “temsilsiz vergi olmaz” “rızası vergi olmaz” sloganlarıyla günümüze kadar uzanan bir vergilendirme yetkisi kullanımı görüntüsü vardır¹⁰.

Anayasamıza göre vergilendirme yetkisini kullanan devlet erki, yasama organıdır. Ancak sınırsız bir yetki değildir.¹¹ Diğer taraftan, ekonomik ve teknik gelişmelere uyum sağlanabilmesi ve hızlı karar alınması açısından yürütme organına bazı yetkiler verildiği görülür.

Vergilendirme yetkisi, kişi ile devlet arasında var olan kamusal borç ilişkisinin, maddi ve şekli işlem ve ilişkilere dönüşmesiyle somutlaşır. Vergilendirme yetkisini kullanan yasama organının vergi normu ile belirlediği vergiyi doğuran olayın üzerinde gerçekleşen kişiye, bu çerçevede işlem tesis edilir. Şu halde vergilendirme işlemleri, vergi alma konusunda sahip olunan hukuki ve fiili gücün görünüşü olmaktadır. Böylece vergilendirme işlemleri, vergilendirme yetkisinin hem gereği hem de sonucu olarak doğmaktadır. Vergilendirme işlemlerinin hukuki sebebi ise vergi normlarıdır.

III. CEZALANDIRMA YETKİSİ

Toplumsal davranış kuralları içerisinde ihlal anlamı taşıyan, dışlanan fillerin neler olduğu ve bu fillerin gerçekleştirilmesi halinde nasıl cevap bulacağı egemen gücün şekillendireceği bir konudur. Diğer bir ifadeyle, bir toplumda suç ve ceza koyma yetkisi egemenliği kullanana aittir. Devlet kavramının ortaya çıkmasından önceki dönemler hariç olmak üzere devlet, egemenlik gücünü elinde tutan otorite olduğundan dolayı, toplumsal gerçekliğe uygun dışlanan fiilleri ve bu fillerin karşılığını belirler. Günümüzde devletler bu yetkisini “suç ve cezada kanunilik” ilkesi paralelinde yasama organları vasıtasıyla kullanır. Yasama organları ihdas ettikleri ceza normlarıyla cezalandırma yetkisini (ceza verme hakkı)¹² somutlaştırır.

10 Öncel&Kumrulu&Çağan, s.7.

11 Vergilendirme yetkisine dair sınırlar için bkz. Öncel&Kumrulu&Çağan, s.34-69; Saraçoğlu, s.176-187.

12 Konumuz itibarıyla “cezalandırma yetkisi” ve “ceza verme hakkı” tartışmasına girilmemektedir. “Devletin cezalandırma yetkisi düşüncesinin mimarı, İtalyan hukukçularından biri olan Giuliana Vassalli’ dir. Vassalli, Devletin bir cezalandırma hakkının olduğunu reddetmekte ve bu sonuca varırken temelde iki yol izlediği görülmektedir. Birincisi, cezalandırma hakkının karşılığı bir hakkın, yani suçlunun cezaya katlanma yükümlülüğünün bulunduğu, açıkçası ceza normunun aynı zamanda kişiler arası bir ilişki olduğunu red-

Devlet sahip olduğu cezalandırma yetkisiyle, hukuk kurallarına uyulmasını sağlama, hukuki barışı tesis etme, toplumu ve bireyleri hukuki ihlallere karşı koruma görevini yerine getirir¹³. Toplumsal iradenin korumaya değer gördüğü hukuksal değerler, ceza normları haline getirilerek sistem oluşturulur. Böylece, hukuksal değerler devlet eliyle korunarak suç ve suçlulukla mücadele edilir, huzur ve barış ortamı sağlanır.

Devletin cezalandırma yetkisi, hukuk kurallarının uygulanmasını ve kanunlara itaati sağlamak amacıyla devletin sahip olduğu yetkiyi ve hakkı ifade eder.¹⁴ Cezalandırma bireysel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale anlamı taşır. Ancak anayasal sınırlar içinde kullanılabilir. Tarihsel süreç sonunda cezalandırma yetkisinin devlet tekelinde olduğu belirginleşmiştir.

Ülkemizde takip edilen suç ve ceza siyasetine paralel şekilde cezalandırma yetkisi kullanılmaktadır. Anayasamızda ve TCK yer alan kanunilik ilkesi gereği, yasama organı, suç ve cezaları belirleme noktasında yetkilidir. Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda "...Ceza verme hakkının esasını, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak da, bir düzenlemeye giderken yasakoyucu kamu yararını en az kişi yararı kadar düşünmek durumundadır. Kamu yararının takdiri ise Yasama Organının yetkisindedir. Ne var ki yasakoyucu kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilettiği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırmaz. Yasakoyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını "hukuk devleti ilkesi" oluşturur." ifadelerine yer vermiştir¹⁵. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, anayasaya ve ceza hukukuna ait temel ilkelere bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlere hangi tür ve ölçüde cezai yaptırım bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde yasama organına takdir yetkisi olduğunu, yasa koyucunun suç ve cezaları

detmekte; ikincisi, somut olarak ortaya çıkan durumun, esasen hak niteliğinin olmadığını ileri sürmektedir, çünkü cezalandırma yetkisi devredilemez kendisinden vazgeçilmez ve zamanaşımına uğramaz. Kısacası, tasarruf edilebilme ögesinden yoksundur." Bkz. Hafızogulları, Zeki, "Ceza Hukuku Düzeninde Cezalandırma Hukuki İlişkisi" <www.zekihafizogullari.com/Makaleler/cezalandırma%20hakkı.doc> s.5.

13 Metin, Yüksel&Dinler, Veysel (2012), "Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları" Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, s.3.

14 Metin&Dinler, s.5. Devletin cezalandırma yetkisini devlet kuramı bakımından sistematik olarak ilk tartışan düşünür T. Hobbes'dur. Bayar, s.23.

15 Anayasa Mahkemesi E: 1990/35, K: 1991/13, T: 6.6.1991. (www.kazancı.com).

belirlerken ülkenin sosyal ve kültürel yapısına, ahlak anlayışına ve ekonomik hayatın gereklerine vb. hususları göz önüne alması ve bunlara göre ceza siyaseti belirlemesini, devletin ceza siyasetiyle ilgili olduğundan yasama organının takdirinde olduğuna hükmetmiştir.¹⁶

Cezalandırma yetkisi, suç ve ceza belirlemeye ilişkin ceza normu oluşturmayı gerektirir. Böylece toplumun ortak değerlerine karşılık ihlal anlamı taşıyan fiiller ve bu fiillerin karşılığı, cezalandırma yetkisinin kullanılmasıyla somutlaştırır.

IV. VERGİLENDİRME YETKİSİ İLE CEZALANDIRMA YETKİSİ ETKİLEŞİMİ

Ceza hukuku, ceza yaptırımlarının uygulanmasını gerektiren hukuki ihlallerin, sapmaların nelerden ibaret olduğunu, bu ihlallere ve ihlalleri gerçekleştirenlere yani suçluya karşı Devletin tepkisini belirten kuralları ve esasları gösteren hukuk dalıdır.¹⁷ Ceza hukukunun gerek amaçları ve gerekse bu amaçları sağlamaya yönelik kullandığı araçlar, diğer hukuk dallarından farklı ve kendine özgü bir düzenleme bütününe ortaya çıkarmaktadır. Ceza hukukunda, bir taraftan hukuki ihlal anlamı taşıyan fiil, diğer taraftan bu fiile karşılık gelen yaptırım inceleme konusu yapılır. Bu halde ceza normlarından bahsedilir. Ceza normu, esas olarak suç ve ceza olmak üzere iki çekirdekten oluşur.¹⁸ Bu noktadan bakıldığında ceza hukuku denildiğinde anlaşılması gereken hususun, suç olarak tanımlanmış eylemler ve bunlara uygulanacak yaptırımlar olduğu anlaşılmaktadır.¹⁹ Bağımsız bir hukuk dalı olmasına ilave, ceza hukuku birçok hukuk dalıyla ilişkilidir. Hatta idare hukukunda ve mali hukukta, bu hukuk dallarının yürürlük kazanması ceza hukukuna muhtaçtır.²⁰

Vergi hukuku, kişi ile devlet arasındaki kamusal borç ilişkisine neden olan parasal edim vergiyi inceler. Vergi, devletle kişi arasında vergilendirme yetkisine dayanılarak mali bir ilişki kurmaktadır ve bu ilişki usulüne uygun olarak konulan hukuk kuralları (kanunlar) ile düzenlenmiştir.²¹ Kamusal bir borç ilişkisi olma vasfının doğal sonucu olarak bu hukuki ilişkinin meşruiyeti-

16 Bkz. Hakeri, Hakan (2014), Ceza Hukuku, 17. Baskı Adalet, s.40.

17 Dönmezer&Erman, s.4.

18 Erdem, Tahir (2009), “Vergisel Kabahatler” (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.4.

19 Hakeri, s.1.

20 Dönmezer&Erman, s.12.

21 Erginay, Akif (1984), Vergi Hukuku İlkeler, Vergi Tekniği Türk Vergi Sistemi, 11.Baskı, Turhan, s.11.

ni, egemenliğin göstergesi vergilendirme yetkisinden alması gerekir. Vergilendirme yetkisi ise devlet ile kişi arasındaki maddi veya şekli işlem ve ilişkilerde somutlaşır. Vergilendirme süreci içindeki bu işlem ve ilişkilerin ihlali halinde, devletin vergilendirme yetkisini yeterli etkinlikte kullanamadığı söylenilebilir.²² Bu halde ihlallerin, toplum tepkisinin bir ifadesi olarak ceza ile karşı karşıya kalması gerekir.

Vergi ilişkisinin alacaklısı konumunda olmanın tanıdığı sıfatın yanında, verginin ödenmesi için verdiği emirlere riayeti sağlayacak otorite olması, Devlete, kanunlar aracılığıyla emrettiği ödevlerin yapılmaması halinde kişilere karşı “cezaî münasebet” tesis etme yetkisi tanır.²³ Devlet, vergiye dair emrettiği veya yasakladığı bir takım fiilleri ve bu fiillerin ihlali halinde vereceği karşılığı hukuk normu haline getirir. Bu “savunma tepkisi”²⁴ vergiye dair ceza normlarını oluşturmaktadır. Oluşan bu vergi ceza normları, vergi hukuku içinde oluşmuş ve düzenlenmiştir. Ancak cezaî karakter taşıyor olmalarından dolayı, vergilendirme alanında ortaya çıkan ihlaller için vergi hukuku ve ceza hukuku yakın ilişkiye girmektedir. Hatta bu ilişkinin yoğunluğu vergi ceza hukuk olarak ayrı bir disipline vesile olmuştur.

Vergilendirme alanında ortaya çıkan ihlaller ve bu ihlallerin ceza ile karşılanması durumu, vergi hukuku ile ceza hukukunu yakınlaştıran, vergilendirme yetkisi ile cezalandırma yetkisinin de etkileşimine neden olmaktadır. Bir taraftan vergi politikası ile temellenen vergilendirme yetkisi, diğer taraftan suç ve ceza siyaseti ile temellenen cezalandırma yetkisi, vergi hukukunun amaçları içerisinde birbirini tamamlamak durumunda kalmaktadır. Nitekim vergi ceza hukukunda, vergi politikasını anlamlı kılacak bir suç ve ceza siyasetinin varlığı kaçınılmazdır. Ancak bu halde adil, etkin ve geçerli bir vergi hukukunun temelleri atılabilir.

A. VERGİ NORMU-VERGİ CEZA NORMU AYRIMI

Devlet, egemenliğini kullanarak vergilendirme yetkisini “vergi normları” yoluyla somutlaştırır. Vergi kanunu ihdas etmek suretiyle, vergi tahsil etmeyi amaçlar. Bu bağlamda, vergilendirme yetkisinin kullanılması, vergi hukukunun amaçlarını gerçekleştirme anlamı taşır. Vergi normları, vergiye ilişkin

22 Burada devletin yetkisini etkin bir biçimde kullanmadığından söz ederken kastımız sadece yasama erki tarafından topluma uyan etkin ve modern yasama faaliyeti tam yapılmayarak eksik kodifikasyon yapılması değil, aksine kanunların uygulanmasında söz sahibi olan yürütme erkinin etkisizliği de ifade olunmak istenmektedir.

23 Erman, Sahir (1988), Vergi Suçları, İstanbul, s.4; Mutluer, Kamil (2008) Vergi Hukuku, 2. Bası, İstanbul, s.224.

24 Hafızoğulları, Ceza Normu, s.203.

hukuk normlarıdır ve Anayasa, m.73 de yer alan vergilendirme sürecine ilişkin ilkeler ile değerlendirilir. Vergi normları için belirleyici olan devletin takip ettiği vergi politikasıdır.

Devletin cezalandırma yetkisini kullanması da “ceza normları” yoluyla sağlanır. Suç ve ceza belirleyip, ceza sistemi oluşturularak toplumsal barış ve huzur ortamının sağlanması amaçlanır. Bu bağlamda cezalandırma yetkisinin kullanılması ceza hukukunun amaçlarını gerçekleştirmek üzere “ceza normlarını” gerektirir. Ceza normları, özü itibariyle suç ve cezadan oluşur. Ancak kabahat ve idari yaptırımların da ceza normlarının bir parçası olduğu düşünülmektedir. Bu halde kabahat ve idari yaptırımlar, ceza hukuku ile diğer hukuk dallarını (idare hukuku, vergi hukuku) yakınlaştırmaktadır. Ceza normları için belirleyici olan devletin takip ettiği suç ve ceza siyasetidir.

Vergilendirme alanında ortaya çıkan ihlaller ve bu ihlallerin nasıl karşılık bulacağı, vergi hukuku ile ceza hukukunun kesişim alanı içinde ayrı bir disiplin olarak, vergi ceza hukukunu oluşturur.²⁵ Vergi ceza hukukunda, bu disiplinin amaçlarını gerçekleştirmek için ayrı normlar bulunur. Bu normlar vergisel nitelik taşımaktan ziyade cezai karakter içermektedir. Diğer bir ifadeyle vergi ceza sistemini oluşturan normlar nitelik itibariyle vergi normu değil, ceza normlarıdır. Dolayısıyla, vergi kanunlarında ifade edilen hukuka aykırı fiiller ve bu fiillere karşılık öngörülen yaptırımlar, vergi ceza sistemi içinde ceza normları ile ifade edilir. Nitekim bir eylemin mevcut bir kuralı ihlal etmesi nedeniyle hukuka aykırılık teşkil etmesi ve karşılığında yaptırım veya ceza öngörülmesi halinde bir ceza normundan bahsedilir. Vergi ceza sisteminde var olan ceza normları “vergi ceza normları” olarak adlandırılabilir. Vergi hukuku ile ceza hukuku kesişim alanı içinde bulunan bu normlar bir taraftan vergiye dair olmalarına karşın, nitelik itibariyle cezai karakter taşımaktadır.

Hukuk normları, yöneldiği amaç, muhteva, yer verdikleri mükellefiyetin tipi, geçerlilik alanları, hitap ettikleri sükeler bakımından farklılaşır.²⁶ İşte vergi ceza normları da, bu ölçütler çerçevesinde vergi normlarından ayrılır.

Vergi normu, bizzat vergi hukukuna ilişkin olup, onun amaçlarını gerçekleştirmek için vardır. Vergi normları, vergiye ilişkin maddi ve şekli ödevlerin hukuki dayanağı olmakla beraber, vergilendirme işlemlerinin temelini oluşturur. Kamu hizmetleri için ihtiyaç duyulan gelirin elde edilmesi amaçlarıdır. Ülkede takip edilen vergi politikasıyla birlikte yürür. Vergi ceza normları

25 Şenyüz, Doğan (2011), Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, Bursa, Ekin, s.17; Çomaklı, Şafak Ertan&Ak, Ahmet (2013), Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler, Erzurum, s.19.

26 Hafızoğulları, Ceza Normu, s.34.

ise vergi normlarından farklı olarak, vergilendirme alanında ihlal anlamı taşıyan fillerin gerçekleştirilmesinin önüne geçme, aksi halde ihlali cezalandırma amacı güder. Aslolan önleme ve cezalandırmadır. Vergi ceza normları, vergi normlarından farklı niteliğe sahiptir. Vergi ceza normları, düzenleme alanı itibarıyla vergi sistemi içinde yer almalarına ve idari yaptırımlar açısından uygulama aşamasında idari kimlik taşıyan işlemlerle varlık kazanmalarına karşın, nitelik itibarıyla ceza normu karakteri taşımaktadır.²⁷ Diğer taraftan bu normlar genel ceza hukuku esaslarına paralel olmakla beraber, vergi olayı ve vergi kanunları dikkate alınarak ondan ayrı olarak düzenlenmiştir.²⁸

Vergi normları, vergi geliri elde edilebilecek kişileri, mükellefleri ve vergi sorumlusunu hedef alır. Vergi ceza normlarında, ihlal fiili işleyen böylece cezaya muhatap tutulacak olan “fail” bulunmaktadır. Ancak bu “fail” vergi düzenine yabancı bir kimse olmayıp, vergi kanunlarının hitap ettiği bir kişidir. Vergi normları vergi düzeni içinde, vergi ceza normları ise vergi ceza sistemi içinde yer alır. Diğer taraftan vergi normlarının uygulanmasına imkân tanıyacak somut maddi olay, “vergiyi doğuran olaydır.” Ancak vergi ceza normlarında ise somut maddi olay vergiyi doğuran olay değil, “fildir.”

Vergi ceza normları, ceza hukukunun araçları ile vergi hukukunun amaçlarına hizmet eden, kendine özgü bir yapıya sahip cezai karakterli normlardır. Dolayısıyla, vergi ceza normu yöneldiği amaç, nitelik, yer verdiği sorumluluk tipi, geçerlilik alanı, hitap ettiği süjeler bakımından vergi normundan farklıdır.

Bu farklılıklar her iki normun farklı ilke ve esaslara tabi olmasını gerektirir.²⁹ Vergi normları için Anayasanın 73. Maddesinde, vergi ceza normları için ise Anayasanın 38. maddesine yer alan ilkeler belirleyicidir. Örneğin, vergi normu için “vergide kanunilik ilkesi” geçerliken, vergi ceza normu için “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi geçerlidir.

Bu farklılık, vergi ceza normlarının incelendiği bilim ile vergi normlarının incelendiği bilimin ayrı olarak gelişimine imkân tanır. Ayrıca bazı kurumların niteliği konusunda yaşanılacak tereddütlerin de önüne geçer.³⁰

Vergi ceza normları, vergisel kabahatler ve idari yaptırımlar açısından Kabahatler Kanunu ile vergi suçları ve adli cezalar açısından ceza kanunu ile

27 Erdem, s.137.

28 Özbacı, Yılmaz (2008), Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Oluş, s.899.

29 Erdem, s.124.

30 Yenisey ve Nuhoglu ceza muhakemesi normları ile suç hukuku normları arasında farkları ortaya koyduktan sonra bunun ayırt edilme faydasını; iki hukuk dalının bilim olarak gelişmesine yardım ve bazı kurumların niteliğindeki yaşanan tereddütler yenme olarak ifade etmektedir. Yenisey, Feridun&Nuhoglu, Ayşe (2015), Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Ankara, Seçkin, s.73.

ilişkilidir. Nitekim vergi ceza sisteminde ikili bir cezalandırma sistemi vardır.³¹ Diğer bir ifadeyle vergi ceza normları; vergi suçları ve vergi kabahatleri ile adli ceza ve idari yaptırımlardan oluşur.

B. VERGİLENDİRME YETKİSİ VE CEZALANDIRMA YETKİSİ ETKİLEŞİM ALANINDA VERGİ CEZA NORMLARI

Vergilendirme yetkisi ve cezalandırma yetkisi farklı konuları ele almaktadır. Tarihsel gelişimleri itibarıyla de farklı birikim ve hassasiyetlerin ürünü olarak ortaya çıkmışlardır.³² Ancak her ikisi de, devletin egemenlik gücüyle özdeşleşmektedir. Aynı zamanda her iki yetkinin de sınırlandırılma düşüncesi ve bunun için girişilen mücadeleler iktidarın keyfi olarak kullandığı yetkilerin sınırlandırılması, temel hak ve hürriyetlerin belirlenmesi ve kullanılması noktasında belirleyici olmuştur.

Bir taraftan devletin görevlerini yerine getirebilmesi, kamu ihtiyaçlarını karşılayabilmesi için gerekli olan mali kaynakların teminini sağlayan vergilendirme yetkisi, diğer taraftan hukuk ekolleri üzerine inşa edilen ve toplumsal ortak değerlerin korunmasında en önemli rolü olan cezalandırma yetkisi, vergi hukuku ve ceza hukuk ilişkisini belirlemede etkilidir. Nitekim vergi hukuku ile ceza hukukun yakınlaşmasına vesile olan ve ayrı bir vergi ceza hukuku disiplini doğuran neden, vergilendirme yetkisi ile devletin vergi alma noktasında emrettiği veya yasak ettiği bir takım fillerin gerçekleştirilmesi durumudur. Bu halde bu filler ile ihlal edilen düzenin yeniden tesisi için cezalandırma zarureti doğar ve bu durum cezalandırma yetkisine teması sağlar.

Ancak burada vergilendirme yetkisinin mi cezalandırma yetkisine temas ettiği yoksa cezalandırma yetkisinin mi vergilendirme yetkisi alanına müdahalede bulunduğu sorusu gündeme gelmektedir. Vergilendirme alanında ihlal oluşturan filler ve bu fillerin karşılığı (vergi suçları ve kabahatleri) vergilendirme yetkisinin mi, cezalandırma yetkisinin mi ürünüdür. Bu sorunun cevabı vergi ceza normlarını anlamlandırma adına çok önemlidir. Aynı zamanda bu, vergi ceza normlarının düzenlenmesinde dikkate alınacak hususlar, bu normlara ilişkin kabul edilecek temel ilkeler, normların uygulanması, yorumu gibi konularda yaklaşım farkına da sebebiyet verebilir.

31 Erdem, s.138.

32 Bayar, s.27.

Bu yetkilerden sadece birisinin kullanılması ile birlikte kullanılması farklı sonuçlara neden olur.³³ Bu konuda Bayar’a göre “yetki ayrışması” ve “yetki kesişmesinden” bahsedilir. Yetki kesişmesinde, vergi suçları vergilendirme yetkisi ile cezalandırma yetkisinin kesiştiği alanı oluşturmaktadır. Yetki ayrışmasında ise, vergi suçları ağırlıklı olarak bir yetkinin kullanımının sonucundan doğar. Yazar, vergi suçlarını cezalandırma yetkisinin kullanımının bir sonucu olduğunu ifade etmekte ve suçun anlamlandırılması, uygulanması, amacının netleştirilmesi ve benzer suç ve kabahatlerden ayrılması açısından bu hususun önem taşıdığını belirtmektedir.³⁴

Vergilendirme yetkisi ve cezalandırma yetkisinin konusu birbirinden farklıdır. Nitekim vergilendirme yetkisinin ülkede takip edilen vergi politikasıyla, cezalandırma yetkisinin de suç ve ceza siyasetiyle birlikte yürümesi gerekir. Bunun sağlanması için birinde “vergi normları”, diğerinde “ceza normları” kullanılmaktadır. Her ikisini etkileşim alanında, vergi ceza sistemi içerisinde ise “vergi ceza normları” bulunur.

Vergi ceza normları, vergi sistemi içinde yer almalarına karşın hukuki rejim ve nitelik bakımından, suç ve cezalar yönünden ceza hukukuna; kabahat ve idari yaptırımlar yönünden kabahatler hukuku ve idare hukukuna ilişkin ilke ve esaslara tabi olmaktadır. Vergi ceza sistemi içerisinde yer alan bir taraftan suç ve ceza vasfına haiz normlar, diğer taraftan kabahat ve idari yaptırım niteliğindeki normlar; vergi ceza normu sıfatıyla vergi ceza hukuku içinde yer almaktadır. Bu kapsamda vergi normundan ayrılan vergi ceza normları için, vergi normundan farklı olarak suç ve cezalara ilişkin ilkelerin de takip edilmesi zarureti doğmaktadır. Diğer taraftan, vergi ceza normların oluşumunda dikkate alınan vergi ilişkisinin ve vergi kanunlarının özellikleri de göz ardı edilemeyecektir.

Vergi ceza normu, vergilendirme ilişkisinin öngördüğü maddi ve şekli ödevlerin yerine getirilmemesi durumunda, devletin finansman gereksinimlerinin temini ve vergi ilişkisinin devamının sağlanmasına yönelik beklenen amacın gerçekleştirilmesi için düzenlenmektedir. Aynı zamanda, vergilendirme alanında ortaya çıkmasına rağmen nitelik itibarıyla vergi ilişkisinin ötesinde anlam taşıyan kamu düzenin ağır bir şekilde bozan ihlal ve ya tehditler de vergi ceza normunun bir parçasıdır. Diğer bir ifadeyle, vergi ceza normu cezalandırma yetkisinin somutlaştığı suç ve suç karşılığı öngörülen ceza ile kabahat ve idari yaptırımları ihtiva eden bir yapı sergilemektedir.

33 Bayar, s.27.

34 Bayar, s.27-28.

Bu durumda vergi ceza normu, gerek vergi normundan gerekse ceza normundan farklılık arz eder. Ne sadece vergilendirme yetkisinin, ne de sadece cezalandırma yetkisinin ürünüdür. Her iki yetkinin kesiştiği ve etkileşimini sürdürdüğü alanda oluşur. Bu etkileşimde vergi ceza normunun cezalandırma karakteri taşıdığı düşüncesiyle cezalandırma yetkisi ağırlığında olduğu varsayılabilir. Ancak kanaatimizce, vergi ceza normları vergilendirme yetkisini tamamlayıcı niteliktedir. Diğer bir ifadeyle, vergilendirme alanından ortaya çıkan ihlallerin oluşmamasını amaçlayan, ihlalin varlığı halinde cezalandırmayı öngören, temelinde vergilendirme ilişkisinin devamını ve sürdürebilirliğini amaçlayan norm düzenidir. Bu halde vergi ceza normlarının, vergilendirme yetkisinin etkinliği için, vergi hukuku düzenini tamamlayıcı fonksiyonu vardır. Bu amaçla ceza hukukundan ve kabahatler hukukundan istifade edilir ve onların kavram ve kurumları araç olarak kullanılır. Ayrıca kavram ve kurum paylaşımı için devam eden bir sürecin varlığı söz konusu olup, tamamlanmış bir sistemden bahsedilmesi de zordur.

Yasakoyucunun takdirine bağlı olarak bugün itibariyle bu araçların kullanılması tercih edilmektedir. Ancak aynı yasakoyucu ileriki tarihlerde başka araçların kullanılmasına da karar verebilir. Vazgeçilemeyecek husus, vergi hukukunu amaçlarına uygun bir cezalandırma sisteminin bulunması ve vergilendirme etkinliğinin sağlanmasıdır.

Ceza normlarında suç ve ceza siyaseti izlenirken, vergi ceza normları için vergi tekniğini tamamlayan suç ve ceza siyaseti izlenmelidir. Vergi ceza normları, vergilendirme yetkisinin etkinliğini sağlama amacıyla cezalandırma yetkisinin araç olarak kullanılmasından doğar.

Vergi ceza normları için, bir taraftan cezalandırma yetkisiyle suç ve cezalar, kabahatler ve idari yaptırımlar için geçerli olan ilke ve usuller, diğer taraftan vergilendirme yetkisi için geçerli olan ilke ve usuller birlikte değerlendirilerek uygulama geliştirilmelidir. Vergi ceza normunun, suç vasfıyla görüldüğü durumlarda Ceza Hukuku ilke ve usulleri, normun kabahat ve idari işlem ile yaptırım hüviyetinde olması durumunda Kabahatler Hukuku ve İdare Hukuku ilke ve usulleri dikkate alınır. Ancak her iki durumda da vergi ceza normu, vergilendirme ilişkisinden bağımsız olarak düşülmemeli ve normun anlamlandırılması, yorumlanması ve uygulanmasında vergi ilişkisinin niteliği belirleyici olmalıdır.

V. SONUÇ

Devlet egemenliğinin sembolü olarak kabul edilebilecek iki temel yetki bulunmaktadır. Bunlardan birisi ceza hukuku alanında inceleme konusu yapılan cezalandırma yetkisi, diğeri ise vergi hukuku alanında inceleme konusu yapılan vergilendirme yetkisidir. Ancak, vergilendirme yetkisi ve cezalandırma yetkisi her ne kadar farklı tarihsel birikimlerin ve beklentilerin sonucunda oluşuyor bulunsu da, egemenliğin kullanılması noktasında ortak bir alana hitap eder. Cezalandırma yetkisi ülkede takip edilen suç ve ceza siyasetine bağlı olarak suç ve ceza belirleme ve uygulama olarak ifade edilebilir. Vergilendirme yetkisi ise vergi politikası ile temellenen devlet ve birey arasındaki vergi ilişkisine ilişkindir. Ancak her ikisi de toplumun oluşturduğu ortak değerler ile oluşan hukuk normlarıyla somutlaşır. Diğer bir ifadeyle iki yetkinin görünümü normatif önermeler yoluyla sağlanır. Vergilendirme yetkisi için “vergi normları”, cezalandırma yetkisi için ise “ceza normları” belirleyicidir.

Vergi hukuku içerisinde oluşan değerler ve bu değerlerin ihlal edilebilme durumu, vergi kanunlarının ceza karakteri taşıyan hüküm bulundurmasını zorunlu kılar. Nitekim vergi ilişkisinde bireyler, hukuka aykırı davranışlarla vergilendirmenin maddi ve şekli ödevlerini ihlal edebilmektedir. Bireyleri böyle bir ihlale yönlendiren nedenler; toplumsal nedenler, tarihi gelenekler, vergi hukukunun dinamik yapısı gereği vergi kanunlarının sık değiştirilmesi, vergi yükünün ağırlığı, vergi danışmanlık kurumunun çok iyi düzenlenememiş olması, vergi denetimde eksiklik, kişisel çıkar kaygıları gibi nedenler olarak özetlenebilir.³⁵ Bu durumda, vergi ilişkisinin güçlü tarafı devletin, alacaklı sıfatını taşımasının yanında, verginin ödenmesinde emirlerine riayeti temin edecek otorite olması, “önleme” ve “adaleti sağlama” amaçlarına³⁶ uygun surette ceza vermesini zaruri kılar.

Bu halde vergi hukuku içinde ceza normlarının yer alması makul ve gereklidir. Bu ceza normlarının varlığı; vergi hukuku ile ceza hukukunun yakınlaşması suretiyle ayrı bir ortak disiplin alanı olarak “vergi ceza hukuku” nun doğumunun kaynağıdır.. Vergilendirme yetkisi alanı içinde doğan ancak cezai karakteri dolayısıyla kural olarak ceza hukukunun ilkeleri çerçevesinde ele alınmak durumunda olan bu normlar “vergi ceza normları” olarak adlandırılabilir. Vergi ceza normları ne sadece vergi normu ne de sadece ceza nor-

35 Mutluer, s.207.

36 Saban, Nihal (2014), Vergi Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta s.467.

mudur. Yönelildiği amaç, nitelik, yer verdiği sorumluluk tipi, geçerlilik alanı, hitap ettiği sùjeler bakımından her iki normdan farklıdır. Her bir norm tipinin doğum yeri karakterinden farklılaşarak, her iki alanın prensipleriyle mezcedilerek ele alındığı ortak disiplin alanının kendine has niteliğini taşıyan vergi ceza normundan bahsetmek yerinde olsa gerekir.

Bu doğrultuda vergi ceza normları, bir taraftan vergilendirme yetkisinin etkinliğini sağlayan araç işlevi görmekte, diğer taraftan bireyler arasındaki eşitlik ve adaleti sağlayarak toplumsal barış ve huzuru temin etmektedir.

Sonuç olarak, vergi ceza normlarının düzenleniş şekli, sistematik bütünlüğü, tabi olacağı temel ilkeler, uygulanması, yorumu gibi hususlar kendine özgü bir yapı sergilemesi gerektiği düşünölmekte ve ancak bu halde ayrı bir disiplin olarak gelişmesi, bazı kurumların niteliğinin belirlenmesi noktasında yaşanan tereddütlerin giderilmesi söz konusu olabilecektir.

KAYNAKÇA

Bayar, İbrahim Nihat (2010), “Vergi Kaçakçılığı (Suç Teorisi-Ceza Teorisi ve Muhakeme Hukuku Açısından Bir İnceleme)” (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Çağan, Nami (1982), Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.

Çomaklı, Şafak Ertan&Ak, Ahmet (2013), Vergi Ceza Hukukunda Suç ve Kabahatler, Erzurum.

Dönmezer, Sulhi&Ermann, Sahir (1999), Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.1, 11. Baskı, İstanbul, Beta.

Erdem, Tahir (2009), “Vergisel Kabahatler” (Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Erginay, Akif (1984), Vergi Hukuku İlkeler, Vergi Tekniği Türk Vergi Sistemi, 11.Baskı, Turhan.

Ermann, Sahir (1988), Vergi Suçları, İstanbul.

Hafizoğulları, Zeki (1987), Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, Seçkin.

Hafizoğulları, Zeki, “Ceza Hukuku Düzeninde Cezalandırma Hukuki İlişkisi”<www.zekihafizogullari.com/Makaleler/cezalandirma%20hakki.doc>, 01.10.2015.

Hakeri, Hakan (2014), Ceza Hukuku, 17.Baskı, İstanbul, Adalet.

Metin, Yüksel&Dinler, Veysel (2012), “Devletin Cezalandırma Yetkisinin Anayasal Sınırları” Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan (3-54).

Mutluer, Kamil (2008), Vergi Hukuku, 2. Bası, İstanbul.

Öncel, Mualla&Kumrulu, Ahmet&Çağan, Nami (2007) Vergi Hukuku, 14. Bası, Ankara, Turhan.

Özbalcı, Yılmaz (2008), Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara, Oluş.

Saban, Nihal (2014), Vergi Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta.

Saraçoğlu, Fatih (2003), “Vergilendirme Yetkisi ve Türkiye-Avrupa İlişkileri” Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, <http://iibf-dergisi.gazi.edu.tr/index.php/iibfdergisi/article/viewFile/298/288>, 01.10.2015. (175-189).

Şenyüz, Doğan (2011), Vergi Ceza Hukuku, 5. Baskı, Bursa, Ekin.

Turhan, Salih (1977), Vergi Teorisi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Yenisey, Feridun&Nuhoğlu, Ayşe (2015), Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Baskı, Ankara, Seçkin.

HÜKÜMETE KARŞI SUÇ

Arş. Gör. İsmail YAZICIOĞLU*

ÖZET

Demokratik bir hukuk devletinde; hükümetin el değiştirmesi belirli aralıklarla yapılan seçimlerle, hükümetin düşürülmesi ise hukuki birtakım yollarla gerçekleşmektedir. Bu duruma aykırı olarak hukuk dışı yöntemlerle, hükümetin düşürülmesi veya görev yapmasının engellenmesi gerek 765 sayılı, gerekse de 5237 sayılı TCK’da suç olarak kabul edilmiştir. Bu anlamda hükümetin hukuk dışı müdahalelere karşı korunmasını amaçlayan ve 765 sayılı TCK’nın 147. maddesinde yer alan hükme karşılık gelen bir düzenlemeye, 5237 sayılı TCK’nın 312. maddesinde “Hükümete Karşı Suç” başlığı altında yer verilmiştir. Hükümetin hukuk dışı müdahalelerle karşı karşıya kalması siyasi hayatımızın her döneminde gündemde olmuş ve son yıllarda kamuoyuna yansıyan bazı davalar yoluyla sıklıkla tartışılmıştır. Bu durum “Hükümete Karşı Suç”un bu çalışmada ele alınmasını gerekli kılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hükümeti ortadan kaldırma, hükümetin görev yapmasını engelleme, TCK m.312, tehlike suçu.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı.
i.yazicioglu@hotmail.com

CRIME AGAINST GOVERNMENT

ABSTRACT

In a democratic state governed by rule of law, change of governments occurs by the elections held at regular intervals while overthrowing a government / fall of a government is carried out by a certain number of legal ways. Contrary to this situation, bringing down the government with illegal methods or preventing government to fulfill its duties, recognized as a crime in Turkish Criminal Code Nr. 765 as well as in Turkish Criminal Code Nr. 5237. In this sense, a regulation aiming to protect the government against unlawful interventions, which correspond to Art. 147 of the Turkish Criminal Code Nr. 765, is placed under the title of “Crime Against Government” in the Art. 312 of the Turkish Criminal Code Nr. 5237. Governments have faced with unlawful interventions through our all political history and because of some court cases which also attracted the public opinion these interventions have often been discussed. This situation has necessitated handling “Crime Against Government” in this study.

Keywords: Overthrowing the government, preventing government to fulfill Its duties, TCC art. 312, offence of endangerment.

GİRİŞ

5237 sayılı TCK'nın "Mille ve Devlete Karşı Suçlar" kısmının beşinci bölümü olan "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlığı altında, anayasal düzenin işleyişini sağlayan organlara karşı işlenen suçlara yer verilmiştir. Bu kapsamda hükümete karşı suç 5237 sayılı TCK'nın 312. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası, "*Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir*" hükmünü içermektedir. Bu suça karşılık gelen bir düzenlemeye 765 sayılı Mülga TCK'nın "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" babının ikinci faslı olan "Devlet Kuvvetleri Aleyhine Cürümler" başlığı altında, 147. maddesinde yer verilmişti. Gerek mevcut TCK'daki "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar", gerekse de 765 sayılı TCK'da "Devlet Kuvvetleri Aleyhine Cürümler" başlığı altındaki düzenlemeler, devletin Anayasa ile meydana getirilmiş temel düzenine, temel organlarına ve siyasi kuvvetlerine hukuk dışı yollarla yapılacak saldırılara karşı devleti koruma amacı gütmektedir.¹ Her iki kanunun da söz konusu bölümlerinde yasama organı, hükümet, Cumhurbaşkanı gibi devletin temel organları ile anayasal düzene yönelik gerçekleştirilecek suç niteliği taşıyan düzenlemelere yer verilmiştir.

Bununla birlikte hükümete karşı suç bakımından, 5237 sayılı TCK'daki düzenlemenin, 765 sayılı TCK'daki düzenlemeyi sadeleştirdiği ve önceki kanunda bulunan bazı karışıklıkları giderdiği söylenebilir.² 765 sayılı TCK'nın 147. maddesi "*Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren iskat veya vazife görmekten cebren menedenlerle bunları teşvik eyliyenlere ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur*" şeklinde bir düzenleme getiriyordu.³ Bu madde kendisiyle aynı amaca yönelen 765 sayılı TCK'nın 146. maddesi ile kıyaslandığında çelişiklere yol açıyordu. Zira 146. maddede Meclis'i devirmeye veya görevini yapamaz hale getirmeye teşebbüs, ağırlaştırılmış müebbet hapsi gerektiren bir suç olarak düzenlenmişken;⁴ 147. madde bakımından

1 Gözübüyük, Abdullah Pulat (1988), Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, 2. Cilt (Madde 125-281), 5.Baskı, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, s.167.

2 Parlar, Ali & / Hatipoğlu, Muzaffer (2008), Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt (Madde 223-345), 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.4194-4195.

3 765 sayılı kanunun 147. maddesinin ilk halinde hükümete karşı suç için öngörülen ceza idamdı. 2004 yılında idam cezasının kaldırılmasıyla birlikte söz konusu suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlendi. Bkz. (14.07.2004-5218/1)

4 765 sayılı kanunun 146. maddesinin ilk halinde teşebbüs halinde kalan bu suçun cezası idamdı. Bkz. (14.07.2004-5218/1).

fiilin tamamlanması yani hükümetin düşürülmesi veya görevini yapmasının engellenmesi halinde aynı cezaya hükmolunuyordu.⁵

5237 sayılı TCK ise 312. maddede hükümete karşı suçun oluşması bakımından teşebbüsün varlığını aramış ve teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandırmıştır. Bu anlamda hükümete karşı suç; kanunun aynı bölümünde yer verilen anayasayı ihlal (m.309), Cumhurbaşkanı suikast (m.310) ve yasama organına karşı suçu (m.311) düzenleyen maddelerle uyumlu hale gelmiş ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılmıştır.

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Hukuki değer, kanun koyucunun suç tipini düzenlerken göz önünde bulundurduğu ve korunmasını istediği irade olarak açıklanabilir.⁶ Bu irade hükümete karşı suçu düzenleyen TCK'nın 312. maddesinin gerekçesinden anlaşılabılır.⁷ Bu anlamda söz konusu suç bakımından korunan hukuki değer, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin egemenlik unsurunu meydana getiren üç güçten yönetim gücünü temsil eden hükümetin, ortadan kaldırılması veya görev yapmasının engellenmesinin önlenmesidir.⁸ Bu şekilde hükümetin (ya da Bakanlar Kurulu'nun), Anayasaya uygun olarak görevini yerine getirmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.⁹ Söz konusu amaç 1982 Anayasası'nın 8. maddesinde, "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" şeklinde düzenlenmiştir. Bu anlamda parlamenter sistemi benimseyen 1982

5 Gözübüyük, s.198.

6 Artuk, Mehmet Emin & Gökçen, Ahmet & Yenidünya, Ahmet Caner (2013), Ceza Huku-ku Özel Hükümler, 13.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.8.

7 TCK m.312'nin gerekçesi şu şekildedir: "Madde metninde Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin egemenlik unsurunun olduğu üç güçten yönetim gücünü temsil eden Hükümetin ortadan kaldırılmasına veya böyle olmamakla birlikte görevini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edilmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suç tanımında da Anayasa düzeninin temel organlarından biri olan Hükümetin ortadan kaldırılmasına veya görevlerinin engellenmesine yönelik teşebbüse ait icra hareketleri tam suç gibi cezalandırılmaktadır. Maddenin uygulamasına ilişkin diğer hususlar için Anayasayı ihlal ve Yasama organına karşı suça ilişkin maddelerin gerekçelerine bakılmalıdır." Bkz. Özgenç, İzzet (2005), Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.1102.

8 Arslan, Çetin & Azizağaoğlu, Bahattin (2004), Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Asil Yayınevi, s.1252; Gören, Sami (2012), En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.1539; Malkoç, İsmail (2013), Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (Son Değişiklikler ve İçtihatlarla), 4. Cilt (Madde 242-345), Ankara, s.4810.

9 Parlar & Hatipoğlu, s.4195.

Anayasası, iki başlı yürütme organı öngörmüş ve bunların yetki ve görevlerinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılıp, yerine getirilmesini teminat altına almıştır. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu'nun hukuka uygun olarak kullandığı yetkiler ve yerine getirdiği görevlerin engellenmesinin Anayasanın söz konusu maddesini ihlal ettiği söylenebilir.

Bu noktada Bakanlar Kurulu'nun görev ve yetkilerinin açığa kavuşturulması, hükümete karşı suç bakımından korunan hukuki değer in anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Bakanlar Kurulu'nun esas görevi iç ve dış siyaseti belirleyip, yürütmektir.¹⁰ Bu durum 1982 Anayasası'nın 112. maddesinin 1. fıkrasında Bakanlar Kurulu'nun genel siyaseti yürüttüğü şeklinde ifade edilmiştir. Bakanlar Kurulu'nun diğer görevleri Anayasanın çeşitli maddelerine dağılmıştır.¹¹ Buradan hareketle hükümete karşı suçla ilgili düzenlemenin, Bakanlar Kurulu'nun genel siyaseti yürütme imkânını koruduğu ifade edilebilir.

TCK'nın 312. maddesi, hükümet ya da Bakanlar Kurulu'nu bir bütün halinde korumaktadır. Bu nedenle tek bir bakanın ya da her biri ayrı görevler icra eden bakanlıkların, bu madde kapsamındaki korumadan yararlanamayacağı söylenebilir.¹² Başbakanın görevlerini yerine getirmesinin engellenmesi halinin ise bu madde kapsamında değerlendirileceğini kabul etmek gerekir.¹³ Zira 1982 Anayasası'na göre Başbakan, Bakanlar Kurulu'nun başıdır ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir (m.112/1). Şu halde Başbakanın kısmen veya tamamen görevini yapamaz hale gelmesi, genel siyasetin yürütülmemesine ve dolayısıyla hükümetin görevlerini yerine getirememesine neden olacaktır.

10 Tanör, Bülent & Yüzbaşıoğlu, Necmi (2001), 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, s.342.

11 Gözler, Kemal (2010), Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 10.Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s.342; Atar, Yavuz (2007), Türk Anayasa Hukuku, 4.Baskı, Konya, Mimoza Yayınevi, s.270-271.

12 Gerçekler, Hasan (2011), Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara, Ütopya Grafik Yayınevi, s.3098; Parlar & Hatipoğlu, s.4196. Hükümete karşı suçu düzenleyen 765 sayılı TCK'nın 147. maddesi hakkındaki benzer görüş için bkz. Savaş, Vural & Mollamahmutoğlu, Sadık (1995), Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2. Cilt, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.1529.

13 Ayrıca bkz. Savaş & Mollamahmutoğlu, s.1529.

II. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

A. FAİL

Hükümete karşı suçun failinin, diğer suç tiplerinde olduğu gibi mutlaka gerçek kişi olması gerekir. Zira tüzel kişiler suçun faili olamazlar.¹⁴ Özgü suçlar olarak ifade edilen bazı suçlar bakımından ise failin insan olmasının yanında özel bir yükümlülük altında bulunması ve belli niteliklere sahip olması aranmaktadır.¹⁵ Hükümete karşı suçun faili olmak bakımından belli nitelikler (resmi veya siyasi sığata sahip olmak, vatandaş olmak gibi) aranmamış olup, bu suçun faili herkes olabilir.¹⁶ Dolayısıyla hükümete karşı suç, özgü suç değil, genel suçtur. Hükümete karşı suçun faili, tek bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir. Bununla ilgili açıklamalara iştirak kısmında yer vereceğimizden, burada birkaç hususa değinmekle yetinelim.

Hükümete karşı suçun da aralarında bulunduğu bazı suçları işlemek amacıyla TCK'da "Silahlı örgüt" ve "Suç İçin Anlaşma" başlıklarıyla düzenlenen 314 ve 316. maddedeki hükümlerin ihlali halinde failin tek bir kişi olmayacağını belirtmek gerekir.¹⁷ Hükümete karşı suçun gerçekleştirilmesi için silahlı örgüt kurulması halinde TCK m.314/3'te ifade edildiği gibi suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna (TCK m.220) ilişkin hükümlerden yararlanılacaktır.¹⁸ TCK m.220/1'e göre, *"örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması"* gerekmektedir. Şu halde hükümete karşı suçun işlenmesi için silahlı örgüt kurulması halinde en az üç failin varlığından söz edilebilecektir. TCK m.316/1'de ise hükümete karşı suçun işlenmesi amacıyla iki veya daha fazla kişinin aralarında anlaşması ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu durumda en az iki failin bulunması gerekmektedir.

14 Artuk, Mehmet Emin & Gökçen, Ahmet & Yenidünya, Ahmet Caner (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.267; Hakeri, Hakan (2012), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.119; Koca, Mahmut & Üzülmöz, İlhan (2012), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.103.

15 İçel, Kayıhan & Sokullu-Akıncı, Füsün & Özgenç, İzzet & Sözüer, Adem & Mahmutoğlu, Fatih S. & Ünver, Yener (2000), İçel Suç Teorisi (2. Kitap), 2.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.90; Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.268; Hakeri, s.119; Özbek, Veli Özer & Kanbur, Mehmet Nihat & Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar & Tepe, İlker (2013), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.217.

16 Parlar & Hatipoğlu, s.4195; Gerçekler, s.3099; Arslan & Azizağaoğlu, s.1252; Gören, s.1539; Gözübüyük, s.198; Malkoç, s.4810.

17 TCK m.309'da düzenlenen Anayasayı ihlal suçu bakımından benzer çıkarım için bkz. Yaşar, Kenan Evren (2014), 'Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlal Suçu', Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Sayı: 1-2, Cilt: 2, s. 218.

18 TCK m.314/3: *"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır."*

B. FİİL

765 sayılı TCK'nın hükümete karşı suçla ilgili düzenlemeye yer veren 147. maddesinde fiilin tamamlanması halinde suç oluşurken;¹⁹ mevcut kanun teşebbüs halinde kalmış fiili tamamlanmış suç gibi cezalandırmaktadır. Bu anlamda TCK m.312'ye göre hükümete karşı suç bakımından cezalandırılabilir fiil, cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ni ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etmektedir.²⁰

TCK'nın 312. maddesinde öngörülen “ortadan kaldırma” ifadesi hükümetin düşürülmesini; “görevlerini yapmasını engelleme” ifadesi ise hükümeti çalışamaz hale getirmeyi belirtmektedir.²¹ Maddeye göre bu amaçların cebir ve şiddet kullanılarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Maddenin ilk hali, “cebir veya tehdit kullanılarak” şeklinde düzenlenmişken, Genel Kurul görüşmeleri sırasında verilen önergeyle tehdit kavramının maddeden çıkarılması istenmiştir. Önergenin kabulüyle birlikte “cebir ve şiddet kullanılarak” ifadesine yer verilmiş ve madde bu şekilde kanunlaşmıştır.²² Cebir ve şiddet kullanılması, bu suçun hukuk dışı ve meşru olmayan fiillerle işlenebileceğini ortaya koymaktadır.²³ Dolayısıyla hükümetin düşürülmesiyle sonuçlanan fakat Anayasaya ve kanuna uygun olarak gerçekleşen fiillerin bu suçu oluşturmayacağı açıktır. Bu konuya hukuka aykırılık kısmında değinilecektir.

Belirtilmesi gereken diğer bir husus, maddede geçen “cebir” unsurunun tehdidi de içine alıp almadığı, hükümete karşı suçun tehditle işlenip işlenemeyeceğidir. Bir görüşe göre maddede geçen cebir unsuru, maddi cebri olduğu kadar manevi cebri de ifade etmektedir. Dolayısıyla kişilerin iradesi üzerinde zorlayıcı etkisi bulunan tehdit yoluyla da bu suç meydana gelebilir.²⁴ Kanaatimize göre ise kanun koyucunun yapmış olduğu değişiklik bilinçli bir tercihin ifadesidir. Kanun koyucu tehdit yoluyla bu suçun işlenemeyeceğini öngörmüş ve tehdit unsurunu maddeden çıkarmıştır. Bunun yerine getirilen

19 Bkz. Savaş & Mollamahmutoğlu, s.1529; Gözübüyük, s.198-199.

20 Parlar & Hatipoğlu, s.4195; Malkoç, s.4810; Gerçekler, s.3099; Donay, Süheyl (2007), Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Yayınevi, s.443; Arslan & Azizağaoğlu, s.1252.

21 Parlar & Hatipoğlu, s.4196.

22 Bkz. Özgenç, s.1102. Aynı değişiklikler hükümete karşı suçtan başka, anayasayı ihlal (m.309) ve yasama organına karşı suçu (m.311) düzenleyen maddelerde de yapılmıştır.

23 Parlar & Hatipoğlu, s.4195; Gözübüyük, s.199.

24 Yaşar, Osman & Gökcan, Hasan Tahsin & Artuç, Mustafa (2010), Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Adalet Yayınevi, s.8463.

şiddet unsuruyla birlikte, mevcut düzenlemede “cebir ve şiddet kullanılarak” ifadesine yer verilmiş ve buradaki cebrin maddi nitelikte olduğu ayrıca vurgulanmıştır.²⁵ Söz konusu değişikliğin gerekçesi de kanun koyucunun iradesini bu şekilde ortaya koyduğunu göstermektedir.²⁶ Şu halde hükümete karşı suçun, tehditle de işlenebileceğini düşünmek, kanun koyucunun yapmış olduğu değişikliği anlamsız kılacaktır.²⁷ Diğer yandan tehdidin, kanunda öngörülen durumu gerçekleştirmeye elverişli olduğunu söylemek oldukça güçtür.²⁸ Bu nedenle kanundaki amacın gerçekleştirilmesi bakımından maddi nitelikte, fiziksel birtakım fiillerin aranması isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Ancak kanunda öngörülen amacın gerçekleştirilmesine yönelik her türlü cehir ve şiddet eyleminin bu suçu meydana getireceği söylenemez. Hükümete karşı suçun oluşabilmesi için cehir ve şiddet eylemlerinin, hükümetin ortadan kaldırılması veya görevlerini kısmen ya da tamamen yerine getirmesini engellemeye elverişli ve belli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Kanun bu niteliğe sahip cehir ve şiddet eylemlerinin icrasına başlanmasını suçun oluşumu için yeterli görmüş, sonucun gerçekleşmesi şartını aramamıştır.²⁹ Bu anlamda maddedeki amacı gerçekleştirmeye elverişli olmayan fiillerin gerçekleştirilmesi ve araçların kullanılması, başka suçların oluşumuna sebebiyet verse de bu suçu meydana getirmeyecektir.³⁰

C. SUÇUN KONUSU

Suçun konusu genel olarak, suç tipine uygun hareketin yöneldiği kişi ya da şey³¹ veya tipik hareketin üzerinde gerçekleştiği kişi ya da şey³² olarak ifade edilebilir. Bu anlamda hükümete karşı suçun konusu, maddenin gerekçesinden de yararlanılarak yönetim gücünü temsil eden hükümet olarak belirlenebilir. Ancak suç tipine uygun hareketin, hükümet üzerinde gerçekleşme-

25 Arslan & Azizağaoğlu, s.1245.

26 Değişikliğin gerekçesi önerge metninde şu şekildedir: “Anayasamızda güvence altına alınmış olan ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında kullanılan hakların bu suç kapsamında değerlendirilemeyeceğinin daha açık biçimde vurgulanması ve bu bakımdan ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi için böyle bir değişikliğin yapılması gerekli görülmüştür.” Bkz. Özgenç, s.1102.

27 Malkoç, s.4804.

28 Bu noktada Donay, tehdit yoluyla hükümeti ortadan kaldırmaya teşebbüs etmenin imkânsız olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Donay, s.443.

29 Gerçekler, s.3099; Malkoç, s.4810-4811; Parlar & Hatipoğlu, s.4195-4196.

30 Malkoç, s.4810.

31 Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.280; Hakeri, s.121.

32 Koca & Üzülmüş, s.107; Özbek & Kanbur & Doğan & Bacaksız & Tepe, s.218.

sinin temel nedeni hükümetin fiziksel varlığı olmayıp, sahip olduğu yönetim gücüdür. Bu yönetim gücü, hükümetin birtakım görevleri yerine getirmesi şeklinde dış dünyaya yansımaktadır. İşte maddede belirtilen tipik hareket, esasen hükümetin görevlerini yerine getirmesine yönelmektedir.³³ Bu durum TCK m.312'de hükümetin görevlerini yapmasını engellemeye veya hükümeti ortadan kaldırmaya teşebbüs etme şeklinde ifade edilmektedir. Maddede düzenlenen her iki durumda da tipik hareket, hükümeti görev yapamaz hale getirmeyi hedeflemektedir. Buradan hareketle suçun konusu, yönetim gücüne ve dolayısıyla hükümete yönelmektedir.

1982 Anayasası'na göre hükümetin kurulabilmesi için Cumhurbaşkanı, milletvekili sıfatına sahip bir kişiyi Başbakan olarak atar (m.109/2).³⁴ Başbakan olarak atanan kişi, milletvekilleri içinden veya milletvekili olmamakla birlikte milletvekili seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından bakanları belirleyerek, Bakanlar Kurulu'nu oluşturur (m.109/3). Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanı'nın atama işlemiyle kurulur ve atama tarihinde göreve başlar. Bakanlar Kurulu'nun göreve başlayabilmesi için Meclis'ten güvenoyu alması gerekmez.³⁵ Geçici Bakanlar Kurulu'nun bulunması halinde ise Anayasanın 114. maddesindeki esaslar uygulanacaktır. Bu bağlamda Anayasanın öngördüğü şekilde kurulan ve göreve başlayan Bakanlar Kurulu ya da geçici Bakanlar Kurulu'na TCK m.312 anlamında hukuka aykırı şekilde yapılan müdahaleler, hükümete karşı suçu oluşturacaktır. Yine "işgüder hükümet" olarak adlandırılan ve görevi sona ermiş fakat yeni hükümetin atanmasına kadar görevini devam ettiren hükümete³⁶ karşı da bu suçun işlenebileceğini kabul etmek gerekir. Zira bu halde de yönetim gücünü temsil eden bir hükümet bulunmaktadır.

Ceza hukuku bakımından tipik hareket, suçun konusu üzerinde zarara yol açmışsa zarar suçlarından; zarar tehlikesi meydana getirmişse tehlike suçlarından bahsedilmektedir.³⁷ Hükümete karşı suç, TCK'da tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.³⁸ Daha önce de belirtildiği gibi bu suçun meydana gelmesi

33 Özek, Çetin (1967), Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s.258, 265.

34 Anayasal zorunluluk bulunmamakla beraber, kurulan hükümetin sonrasında Meclis'ten güvenoyu alması gerektiğinden, Cumhurbaşkanı'nın Meclis'ten güvenoyu alabilecek bir kişiyi (örneğin Meclis'te çoğunluğa sahip siyasi partinin liderini) Başbakan olarak ataması beklenir. Bkz. Özbudun, Ergun (2010), Türk Anayasa Hukuku, 11.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.339-340; Tanör & Yüzbaşıoğlu, s.337; Gözler, s.336.

35 Özbudun, s.340; Gözler, s.337; Atar, s.268-269.

36 İşgüder hükümet hakkında bilgi için bkz. Gözler, s.341.

37 Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.281; Koca & Üzülmmez, s.108-109.

38 Parlar & Hatipoğlu, s.4195.

bakımından suçun icrasına başlamak yeterli kabul edilmiş, kanunda öngörülen sonuçların gerçekleşmesi aranmamıştır. Bu anlamda kanun, hükümetin görevlerini yerine getirmesini engellemeye yönelik gerçekleşen icra hareketlerini tehlike oluşturduğu için cezalandırmıştır. Ancak burada her türlü icra hareketlerinin değil, hükümete karşı suçu oluşturmaya elverişli olan hareketlerin bu kapsamda değerlendirileceğini tekrar belirtmek gerekir. Bu durum hükümete karşı suçun, soyut ve somut tehlike suçu şeklinde ikiye ayrılan tehlike suçlarından hangisinin içinde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Şöyle ki soyut tehlike suçları, suç tipine uygun hareketin yapılmasıyla oluşan ve suçun konusu üzerinde tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmadığı suçlardır.³⁹ Somut tehlike suçları ise suç tipine uygun hareketi, suçun konusu üzerinde tehlike oluşturabileceğinden cezalandırılabilir görür.⁴⁰ Ancak bu suçlar bakımından tipik hareketin suçun konusu üzerinde gerçekten tehlike meydana getirip getirmediğinin araştırılması icap etmektedir.⁴¹ Bu anlamda tipik hareketin, suçun konusunu tehlikeye düşürmesi ve cezalandırılması için suçun işlenmesine elverişli, belli bir ağırlıkta olması ve elverişli araçlarla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Buradan hareketle hükümete karşı suç, somut tehlike suçları arasında kabul edilmelidir. Dolayısıyla cebir ve şiddet kullanarak ortaya çıkan ve hükümeti ortadan kaldırma veya görev yapmasını engelleme amacı taşıyan her fiil, TCK m.312 kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira böyle bir kabul, suçun kapsamını oldukça genişletecek ve söz konusu hükümde öngörülen ceza da düşünüldüğünde adaletsiz sonuçlara yol açabilecektir. Somut tehlike oluşturmayan bu fiillerin, Ceza Kanunu'nda öngörülen başka maddeler kapsamında cezalandırılabilmesine ise kuşku yoktur.

Son olarak, hükümete karşı suçun konusu ile bu suç bakımından korunan hukuki değer birbirine karıştırılmamalıdır. Suçun konusu hükümet iken, korunan hukuki değer, daha önce de belirtildiği gibi, hükümetin ortadan kaldırılması veya görev yapmasının engellenmesinin önlenmesi ve böylece hükümetin Anayasaya uygun olarak görevini yerine getirmesinin sağlanmasıdır. Aradaki fark, tipik hareketin suçun konusunu tehlikeye düşürerek, korunan hukuki değeri ihlal ettiği⁴² şeklinde ortaya konabilir. Bu anlamda hükümete karşı suç bakımından kanun, hükümetin görev yapmasını tehlikeye düşüren fiilleri, hükümetin Anayasaya uygun olarak görevini yerine getirmesini ihlal ettiği için cezalandırmaktadır.

39 Artuk & Gökçen & Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.282; Koca & Üzülmüş, s.109; Özgenç, s.224.

40 Koca & Üzülmüş, s.110.

41 Artuk & Gökçen & Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.282; Koca & Üzülmüş, s.110; Özgenç, s.224.

42 İçel & Sokullu-Akıncı & Özgenç & Sözüer & Mahmutoglu & Ünver, s.89; Özgenç, s.223.

D. MAĞDUR

Mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişileri ifade etmektedir.⁴³ Sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Gerçek kişiler dışında tüzel kişiler, devlet gibi organlar suçun mağduru değil, suçtan zarar gören olarak kabul edilebilir.⁴⁴ Bazı suçlar bakımından mağdur belli bir kişi olarak gösterilmişken, bazı suçlarda belli bir kişi mağdurdan bahsedilemez.⁴⁵ Bu durumda toplumu oluşturan bireylerin tamamının suçun mağduru olduğu kabul edilir.⁴⁶ Bu noktada Koca/Üzülmez'in yaptığı tespitten yararlanarak, suçun konusunun belli bir kişi veya kişilere ait olması halinde mağdurun da bu kişi veya kişiler olacağı; suçun konusunun belli bir kişi veya kişilere değil, toplumu oluşturan bireylerin tamamına ait olması halinde ise mağdurun toplumdaki herkes olacağı söylenebilir.⁴⁷

Bazı suçlarda ise toplumu oluşturan herkes gibi, belirli kişi veya kişiler de mağdur olabilmektedir.⁴⁸ Kanaatimize göre hükümete karşı suçu bu kapsamda ele almak gerekir. Zira yalnızca gerçek kişiler mağdur olduğundan, hükümet bu suçun mağduru olamayacaktır. Diğer yandan söz konusu suç bakımından, suçun konusunun belli bir kişi veya kişilere ait olduğu söylenebilir. Bu yönüyle, hükümete karşı suçun dar anlamda mağduru hükümet üyeleri olarak ifade edilebilir. Ancak hükümetin sadece belli kişilere ait olarak düşünülmesi ve mağdurun bu kişiler olarak görülmesi, bu suç bakımından korunan hukuki değerle bağdaşmamaktadır. Bu anlamda hükümete meşru olmayan müdahalelerde bulunulması ve onun Anayasaya uygun olarak görevlerini yerine getirmesinin engellenmesi durumunda o toplumda yaşayan bireylerin tamamı mağdur olmaktadır. Dolayısıyla hükümete karşı suçun, geniş anlamda mağduru toplumda yaşama hakkına sahip olan herkeştir.

43 Özgenc, s.225; Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.283; Koca & Üzülmez, s.105; Hakeri, s.120.

44 Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.283-284; Özgenc, s.226-227; Koca & Üzülmez, s.106. Devletin de suçun mağduru olabileceği görüşü hakkında bkz. Soyaslan, Doğan (2012), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.240.

45 Özgenc, s.227.

46 Genel tehlike yaratan suçlar (TCK m.170 vd.), çevreye karşı suçlar (TCK m.181 vd.), kamunun sağlığına karşı suçlar (TCK m.185 vd.), kamu güvenine karşı suçlar (TCK m.197 vd.), kamu barışına karşı suçlar (TCK m.213 vd.), ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar (TCK m.235 vd.), kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar (TCK m.247 vd.), adliye karşı suçlar (TCK m.267 vd.) ve devletin güvenliğine karşı suçlar (TCK m.302 vd.) bu kapsamda değerlendirilir. Bkz. Özgenc, s.227; Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.284; Koca & Üzülmez, s.105.

47 Koca & Üzülmez, s.105.

48 Özgenc, s.227; Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.284.

III. TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Ceza hukuku bakımından bir suçun varlığı ve suçtan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için suç tipinde öngörülen hareketin gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Manevi unsur olarak ifade edilen, fail ile fiil arasındaki manevi (psikolojik) bağın da kurulması gerekmektedir.⁴⁹ Bu bağ suçun kasten veya taksirle işlenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hükümete karşı suçun, manevi unsuru kast olup, taksirle işlenmesi mümkün değildir.⁵⁰ Zaten TCK m.312’de tamamlanmış suç gibi kabul edilen ancak teşebbüs aşamasında kalan bir suçtan bahsedildiğinden ve taksirle bir suça teşebbüs edilemediğinden, bu suçun taksirle işlenmesi söz konusu olamayacaktır. Failin, söz konusu hükümde öngörülen fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hükümete karşı suçun genel kastla işlenebileceği, suçun oluşması bakımından herhangi bir amaç veya saikin önemli olmadığı ifade edilmelidir.⁵¹

Bu noktada TCK’nın 312. maddesindeki düzenleme göz önünde bulundurularak, amaç veya saik hususuna ayrıca değinmek gerekmektedir. Bazı suç tiplerinde failin, fiilini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesinin yanında belli bir amaç veya saik doğrultusunda hareket etmesi, o suçun manevi unsuru kapsamında değerlendirilmektedir.⁵² Bu suçlar bakımından fail, kasten hareket etmekle birlikte suç tipinde belirtilen amaç veya saikle hareket etmedikçe o suçun varlığından söz edilmemektedir. Failin amaç veya saikle harekete geçmesi doktrinde “özel kast” şeklinde ifade edilmektedir.⁵³ Mevcut TCK, genel kast-özel kast ayrımını kaldırmakla birlikte, doktrinde ve yargı kararlarında bu ayrıma değinilmesi, hükümete karşı suçun bu anlamda açıklanmasını gerektirmektedir. Diğer yandan TCK m.312’de geçen fiilin, hükümeti ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını engellemeye yönelik olması, failin belli bir amaç veya saik doğrultusunda hareket ettiği ve bu suç bakımından özel kast aranacağı şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Belirtmek gerekir ki amaç veya saik, “kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşünce”,⁵⁴ veya “suç tipinde belirtilen neticeyi gerçekleştirmeye yönelik kişinin içsel aleminde oluşan ve hareketi

49 Soyaslan, s.405; Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.288; Özgenç, s.241; Koca & Üzülmüş, s.131; Hakeri, s.183.

50 Arslan & Azizağaoğlu, s.1253; Gerçekler, s.3099; Gören, s.1539; Gözübüyük, s.199; Parlar & Hatipoğlu, s.4196; Özek, s.267.

51 Gerçekler, s.3099; Arslan & Azizağaoğlu, s.1253; Parlar & Hatipoğlu, s.4196.

52 Özgenç, s.242; Artuk & Gökçen & Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.310.

53 İçel & Sokullu-Akıncı & Özgenç & Sözüer & Mahmutoğlu & Ünver, s.238; Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.310; Özgenç, s.242. Ayrıca bkz. Hakeri, s.198; Özbek & Kanbur & Doğan & Bacaksız & Tepe, s.266.

54 Artuk, Mehmet Emin (1996), ‘Hürriyeti Tahdit Cürmü’, Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, s.66.

*yönlendiren hareketle ilgili kararın alınmasındaki etken*⁵⁵ olarak ifade edilebilir. Fail, hükümete karşı suçu işleme kastının öncesinde hareketini yönlendiren bir düşünceye sahip olabilir. Örneğin, mevcut hükümeti ortadan kaldırarak yerine arzu ettiği hükümetin göreve gelmesi ya da hükümetin görev yapmasını engelleyerek devletin ekonomik gücünün zayıflatılması gibi. Ancak hükümete karşı suçun varlığı bakımından bu gibi saik veya amaçlar önemli değildir. Önemli olan failin, cebir ve şiddet kullanmak suretiyle hükümeti ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını engellemeye yönelik bir fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir. Perde arkasındaki saik veya amaç, suçun cezalandırılabilirliği açısından bir anlam ifade etmemektedir. Buradan hareketle hükümete karşı suçun işlenmesinde özel kast aranmayacağı belirtilmelidir.⁵⁶

IV. HUKUKA AYKIRILIK

Suçun oluşması için kanunda öngörülen fiilin gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda bu fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Bu anlamda hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunması halinde, fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkacağından suçtan da söz edilemeyecektir.⁵⁷ Hükümete karşı suç bakımından TCK'da düzenlenen ve failin eylemini hukuka uygun hale getiren bir nedenden bahsetmek mümkün görünmemektedir. Sadece TCK m.26'da hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen hakkın kullanılması, anayasal bir kurum olan güvenoyu mekanizmasıyla hükümetin düşürülmesi bakımından değerlendirilebilir.

1982 Anayasası, görev başlangıcında (m.110) ve görev sırasında (m.111) olmak üzere iki tür güvenoyu mekanizmasına yer vermiştir. Gerek görev başlangıcındaki, gerekse de görev sırasındaki güven oylaması siyasi sorumluluğun gerçekleşmesini sağlamaktadır.⁵⁸ Bakanların görevlerine Meclis tarafından son verilebilmesi anlamına gelen siyasi sorumluluk, bireysel ve kollektif olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır.⁵⁹ Bakanların görev alanlarını ilgilendiren konularda kendi siyasi sorumluluklarına yol açan bireysel sorumluluk konumuz

55 Özbek & Kanbur & Doğan & Bacaksız & Tepe, s.266.

56 Ayrıca bkz. Özek, s.267, 161 vd.

57 Centel, Nur & Zafer, Hamide & Çakmut, Özlem (2011), Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.279; İçel & Sokullu-Akıncı & Özgenç & Sözüer & Mahmutoglu & Ünver, s.92; Soyaslan, s.363; Hakeri, s.243.

58 Özbudun, s.342.

59 Özbudun, s.341; Tanör & Yüzbaşıoğlu, s.346; Gözler, s.268; Teziç, Erdoğan (2012), Anayasa Hukuku, 14.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.486-487.

dışındadır. Kollektif sorumluluk ise hükümetin genel siyasetinin yürütülmesi ile ilgili olup, birlikte sorumluluğu ifade etmektedir.⁶⁰ Görev başlangıcında ve görev sırasında yapılan güven oylamalarıyla hükümetin düşürülmesi kollektif sorumluluğun gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

Görev başlangıcındaki güven oylaması, daha önce belirtildiği gibi yeni kurulan ve göreve başlayan bir hükümet için söz konusudur. Hükümetin programını oluşturup, bu programın Başbakan veya bir bakan tarafından Meclis'te okunmasıyla güvenoyuna başvurulur (m.110/2). Bu anlamda görev başlangıcındaki güven oylaması, hükümet programının uygulanabilmesi bakımından Meclis'in, hükümete olan güvenini göstermektedir.⁶¹ Hükümetin göreve başlarken güvenoyu almasını kolaylaştırmak amacıyla basit çoğunluk yeterli görülmüş, nitelikli çoğunluk aranmamıştır.⁶² Bununla birlikte hükümetin, Meclis'ten güvenoyu alamaması halinde görevinin sona ereceği açıktır.⁶³

Görev sırasındaki güven oylaması ise hükümetin kendi girişimiyle gerçekleşebileceği gibi milletvekillerinin girişimiyle de söz konusu olabilir. Anayasada güven oylamasının hükümetin kendi girişimiyle gerçekleşmesi güven istemi (m.111) ; milletvekillerinin girişimiyle gerçekleşmesi gensoru (m.99) olarak düzenlenmiştir.⁶⁴ Anayasanın 111. maddesine göre Başbakan gerekli gördüğü takdirde hükümeti için Meclis'ten güven isteyebilecektir. Bu durumda yapılan güven oylamasında güven isteminin reddedilmesi, üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla mümkündür (m.111/3). Oylamada güvensizlik oyları dikkate alınmakta ve bu oyların 276'ya ulaşması halinde⁶⁵ hükümet düşmektedir. Gensoru ise bakanlar, Başbakan veya Bakanlar Kurulu

60 Özbudun, s.341-342; Teziç, s.487; Tanör & Yüzbaşıoğlu, s.346.

61 Tanilli, Server (1993), Devlet ve Demokrasi; Anayasa Hukukuna Giriş, 7.Baskı, İstanbul, Cem Yayınevi, s.342.

62 Anayasanın 110. maddesinde, nitelikli çoğunlukla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TBMM İçtüzüğü'nün 124. maddesinin 4. fıkrasında ise "...Güven oylaması açık oyla genel hükümlere göre yapılır" denmek suretiyle Anayasanın 96. maddesinde düzenlenen basit çoğunluk usulüne gönderme yapılmıştır.

63 Gözler, s.338; Atar, s.276. 1982 Anayasası döneminde Tansu Çiller tarafından kurulan 51. Hükümetin ve Mesut Yılmaz tarafından kurulan 53. Hükümetin, göreve başlarken yapılan güven oylamasında güvenoyu alamamaları sonucu görevleri sona ermiştir. Bkz.17 Ekim 1995 22436 sayılı RG ve 6 Haziran 1996 ve 22658 sayılı RG. 53. Hükümetin güven oylaması ve Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararı hakkında ayrıca bkz. Okşar, Mustafa (2013), 1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.460-461 (dipnot 815).

64 Özbudun, s.342; Teziç, s.488-489.

65 TBMM İçtüzüğü m.125/5: "Başkanlık ikiyüzyetmişaltı milletvekili güvensizlik oyu kullandığı takdirde, Bakanlar Kurulu'na güvensizlik oy verildiğini aksi halde Bakanlar Kurulu'nun güvenoyu aldığını bildirir."

aleyhine verilen ve onların siyasi sorumluluğunu doğuran bir denetim aracıdır.⁶⁶ Bu noktada Başbakan aleyhine verilen gensorunun, esas itibarıyla hükümete yönelik olduğuna dikkat çekmek gerekir.⁶⁷ Zira daha önce de belirtildiği gibi Anayasa m.112/1'e göre Başbakan, hükümetin başıdır. Başbakanın görevinin sona ermesi halinde hükümetin de görevinin sona ereceği muhakkaktır.⁶⁸ Anayasa m.99/5'de ifade edildiği üzere gensoru neticesinde hükümetin düşürülebilmesi için üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu gerekmektedir. Oylamada güvensizlik oyları sayılacaktır.⁶⁹

Bu açıklamalara dayanarak hükümetin düşmesine neden olan güvenoyu mekanizmasının, hükümete karşı suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmayaacağı açık bir biçimde söylenebilir. Zira gerek görev başlangıcındaki gerekse de görev sırasındaki güven oylamaları, TCK m.312'nin düzenlediği suç tipini hukuka uygun hale getirecek biçimde gerçekleşmemektedir. TCK m.312'de düzenlenen suç tipi, cebir ve şiddet gibi hukuka aykırı birtakım fiillerle hükümetin düşürülmesinden bahsederken; güvenoyu mekanizmasında hükümetin düşmesiyle sonuçlanan usul tamamen Anayasa ve kanunların öngördüğü şekilde gerçekleşmektedir.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Ceza Kanunu'nda öngörülen suç tipleri, kural olarak tamamlanmış suç tipleri biçimindedir. Yani kanun, suçun tamamlanmış halini cezalandıran hükümlere yer vermekte, teşebbüs halinde ise TCK m.35 söz konusu olmaktadır. Bazı suç tipleri bakımından ise kanun koyucu, korunan hukuki değere atfettiği önem nedeniyle suçun teşebbüs aşamasında kalmasını tamamlanmış suç gibi cezalandırmaktadır. Bu tip suçlar doktrinde kalkışma suçları,⁷⁰ tamamlanması

66 Gözler, s.268.

67 Tanör & Yüzbaşıoğlu, s.346; Aydın, Mesut (2010), Gensoru, Ankara, Orient Yayınevi, s.65. Bu noktada Teziç, Başbakanın şahsında sadece kolektif sorumluluğun somutlaştığını ve bakanlardan farklı olarak bireysel sorumluluğunun bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. Teziç, s.487.

68 Gözler, s.340,345; Atar, s.277.

69 Anayasa'nın 116. maddesine göre gerek görev başlangıcında gerekse de görev Meclis'ten güvenoyu alamayarak görevine son verilen Hükümetin yerine kırk beş gün içinde yeni Hükümet kurulamaz veya kurulduğu halde güvenoyu alamazsa Cumhurbaşkanı erken seçim kararı alabilecektir. Bu halde yönetimde boşluk olmaması için görevine son verilen Hükümet, yeni Hükümet göreve başlayana kadar görevine devam edecektir. Bkz. Atar, s.275-276; Tanör & Yüzbaşıoğlu, s.352.

70 Önder, Ayhan (1992), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt:II-III, İstanbul, Beta Yayınevi, s.56.

öne alınmış suçlar⁷¹ veya teşebbüs suçları⁷² şeklinde ifade edilmektedir.⁷³ Buradan hareketle failin teşebbüs aşamasında kalması tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığından, TCK m.312’de düzenlenen hükümete karşı suçun bir kalkışma suçu olduğu söylenebilir.

Bir suça teşebbüsün söz konusu olabilmesi için suç tipinde öngörülen hareketin suçun tamamlanmasına yönelmesi gerekmektedir.⁷⁴ Bu anlamda suçun tamamlanmadığı ancak suçun icrasına yönelik hareketlerin tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığı kalkışma suçlarına teşebbüs mümkün değildir.⁷⁵ Bu durum TCK m.35’in gerekçesinde *“Ayrıca belirtilmelidir ki anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs gibi, teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün değildir”*⁷⁶ şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla TCK m.312’de düzenlenen hükümete karşı suç, teşebbüse elverişli değildir. Kural olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmadığından, hükümete karşı suç bakımından ortaya çıkan fiilin belli bir ağırlıkta ve bu suçu işlemeye uygun olması, elverişli vasıtalar kullanılarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak kanun, hükümete karşı suç ile ilgili ortaya çıkabilecek hazırlık hareketi niteliğindeki bazı fiilleri ayrıca düzenlemiş ve cezalandırmıştır. TCK m.314’te düzenlenen silahlı örgüt ve TCK m.316’da düzenlenen suç için anlaşmayla ilgili hükümler bu kapsamdadır. Dolayısıyla hükümete karşı suç işlemek amacıyla silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi TCK m.314 bakımından sorumlu olacaktır. Aynı şekilde elverişli vasıtalarla hükümete karşı suç işlemek üzere iki veya daha fazla kişinin maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşması halinde TCK m.316 uygulama alanı bulacaktır. Bu durumları TCK m.312’ye teşebbüs şeklinde değerlendirmek mümkün değildir.

B. İŞTİRAK

Ceza Kanunu’nda düzenleniş biçimine göre suçlar bir veya birden fazla kişi tarafından işlenebilmektedir. Bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olan

71 İpekçioğlu, Pervin Aksoy (2009), Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.195.

72 Zafer, Hamide (2011), Ceza Hukuku Genel Hükümler; TCK m.1-75, 2.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.376; Koca & Üzülmöz, s.374-375.

73 Kalkışma suçları, hazırlık hareketlerinin tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığı bazı suçları ifade etmek için de kullanılmaktadır. Bkz. Önder, s.56; İpekçioğlu, s.195.

74 Koca & Üzülmöz, s.375.

75 Önder, s.56, 429-430; Koca & Üzülmöz, s.375.

76 Bkz. Özgenç, s.465.

suçlar, tek failli suçlar (bireysel suçlar) olarak ifade edilmektedir.⁷⁷ Ancak somut olayda bu suçların birden fazla kişi tarafından işlenmesine engel bir durum bulunmamaktadır.⁷⁸ Tek kişi tarafından işlenmesi mümkün olan bir suç, birden fazla kişi tarafından aralarında anlaşarak ve her biri değişik fiillerle suçun oluşumuna katkı sağlayarak işlenmesi halinde iştirakten bahsedilmektedir.⁷⁹ Bazı suçlar bakımından ise suçun oluşması için birden fazla kişinin katılımı zorunludur. Bu tip suçlara, çok failli suçlar adı verilmektedir.⁸⁰

Çalışma konumuzu oluşturan hükümete karşı suç, kanunda tek failli suç olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda kanun, hükümete karşı suçun bir kişi tarafından da işlenmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir.⁸¹ Somut tehlike suçu olarak kabul ettiğimiz hükümete karşı suçun, kanaatimizce tek bir kişi tarafından işlenmesi neredeyse imkânsızdır. Zira tek bir kişi tarafından gerçekleştirilen fiilin, hükümeti ortadan kaldırmaya veya görevini yapamaz hale getirmeye elverişli olabilmesi oldukça zordur. Bu anlamda hükümete karşı suçun çoğunlukla birden fazla kişi tarafından işlenmesi söz konusu olabilir. Bu kişilerin aralarında anlaşmak suretiyle suçu işlemeleri halinde iştirakin varlığından bahsedilebilir. TCK m.312'de iştirakle ilgili özel bir düzenleme bulunmayıp, bu suç bakımından iştirakin her hali söz konusu olabilir.⁸² Dolayısıyla bu suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda genel hükümlerdeki TCK m.37-39 uygulanacaktır. 765 sayılı Kanunun 147. maddesinde, iştirakle ilgili özel bir hüküm bulunmaktaydı. Buna göre hükümetin görev yapamaz hale gelmesi veya ortadan kaldırılmasını teşvik edenler için asıl failler hakkında öngörülen cezaya hükmolünmaktaydı.⁸³

Hükümete karşı suç işlemek amacıyla TCK'da "Silahlı örgüt" ve "Suç İçin Anlaşma" başlıklarıyla düzenlenen 314 ve 316. maddelerdeki suçların

77 Sancar, Türkan Yalçın (1998), Çok Failli Suçlar, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.26-27; Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.587; Aydın, Devrim (2009), Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.23-24; Koca & Üzülmöz, s.385.

78 Sancar, s.27.

79 Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.587; Aydın (2009), s.24.

80 Özgenç, s.492; Özbek & Kanbur & Doğan & Bacaksız & Tepe, s.529; Artuk & Gökçen & Yenidünya (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.587; Aydın (2009), s.25.

81 Ancak Sancar'ın da belirttiği gibi bir suçun tek failli suçlardan olabilmesi için, somut olayda olmasa bile, kanunda soyut olarak tek kişi tarafından işlenmesinin mümkün olması yeterlidir. Bkz. Sancar, s.26.

82 Gerçekler, s.3100; Arslan & Azizağaoğlu, s.1253; Parlar & Hatipoğlu, s.4197.

83 Özek, s.268.

gerçekleşmesi halinde failin tek bir kişi olamayacağı daha önce belirtilmişti. Burada TCK 314 ve 316. maddelerdeki suçların, çok failli suçlar olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bu suçlar da iştirak halinde işlenebilirler.⁸⁴ Ancak çok failli suçlara iştirak, kanunda belirtilen tipik hareketi gerçekleştirenler dışında, suçun işlenmesine katılan kişiler açısından söz konusu olacaktır.⁸⁵ Örneğin, hükümeti ortadan kaldırmak amacıyla silahlı örgüt kuran beş kişi TCK m.314'deki suçun failiyken, bu suçun işlenmesine yardım edenler hakkında diğer koşulların da varlığı halinde iştirak hükümleri uygulanacaktır.

C. İÇTİMA

Hükümete karşı suçu düzenleyen TCK m.312'nin, ikinci fıkrasında özel bir içtima haline yer verilmiştir.⁸⁶ Buna göre *“Bu suçun işlenmesi sırasında baş- ka suçların işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur.”* Bu bağlamda, kanunda amaç suç olarak düzenlenen hükümete karşı suçun işlenmesi sırasında ortaya çıkacak araç suçlar bakımından gerçek içtima kuralı uygulanarak, ayrıca cezalandırma yoluna gidilecektir.⁸⁷ Örneğin hükümete karşı suç işlenirken kasten öldürme suçu da işlenmişse her iki suçtan ayrı ceza verilecektir.⁸⁸

Bu noktada içtima hükümleri uygulanırken, hükümete karşı suç dışında işlenen suçun, hükümete karşı suçun unsuru olup olmadığını tespit etmek önem arz etmektedir. Eğer hükümete karşı suç dışında işlenen suç, hükümete karşı suçun unsuruysa tek cezaya hükmedilecektir. Örneğin cebir ve şiddet, hükümete karşı suçun unsuru olarak TCK m.312'de düzenlendiğinden, cebir ve şiddet için ayrı bir ceza söz konusu olmayacaktır.⁸⁹ Hükümete karşı suç ile yakından ilgili olan TCK m.313, 314 ve 316 bakımından ise konuyu ayrıca de-

84 Sancar, s.56; Aydın (2009), s.27.

85 Sancar, s.56.

86 Arslan & Azizağaoğlu, s.1253; Gerçeker, s.3099; Parlar & Hatipoğlu, s.4197.

87 Malkoç, s.4811.

88 TCK m.312'nin gerekçesinde, maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar hakkında yasama organına karşı suç (TCK m.311) ve anayasayı ihlal suçunun (TCK m.309) gerekçelerine bakılması gerektiği ifade edilmiştir. TCK m.312'deki içtima ile ilgili hükme aynen yer veren TCK m.311'in gerekçesinde ise şu ifadelere yer verilmiştir: *“Bu suçun işlenmesi sırasında kişiler öldürülmüş, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri gerçekleşmiş ya da kişilerin veya kamu mallarına zarar verilmiş olabilir. Maddenin ikinci fıkrasında, bu suçlardan dolayı da ayrıca cezaya hükmolunacağı kabul edilmiştir.”* Bkz. Özgenç, s.1101-1102.

89 Gerçeker, s.3100.

ğerlendirmek gerekmektedir. TCK m.316, hükümete karşı suçun da aralarında bulunduğu bazı suçları elverişli vasıtalarla işlemek amacıyla aralarında anlaşılan iki veya daha fazla kişiyi cezalandırmaktadır. Kanaatimizce hükümete karşı suç işlemek için aralarında anlaşılan kişiler, TCK m.312'deki suç işlemek için takdirde ayrıca TCK m.316'dan cezalandırılmamalıdır. Ancak TCK m.314 anlamında, hükümete karşı suç işlemek amacıyla silahlı örgüt kuran, yöneten veya bu örgüte üye olanların aynı zamanda hükümete karşı suç işlemeleri halinde hem TCK m.312'den hem de konumlarına göre TCK m.314'ten cezalandırılması gerekmektedir. Zira TCK m.312'deki suç, silahlı örgüt olmadan da işlenebilmektedir. TCK m.313'te ise Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ne karşı silahlı isyan suçunu düzenlenmiştir. Bu suç bakımından korunan hukuki değer, TCK m.312'deki suçtan farklı olarak devletin otoritesi ve güvenliğidir.⁹⁰ Ancak hükümete karşı silahlı isyan, hükümeti ortadan kaldırmak veya görev yapamaz hale getirmek için gerçekleştirirse, TCK m.313'teki suç, TCK m.312'nin unsuru haline gelecektir. Bu durumda bu suç işlemeyenler, yalnızca TCK m.312'den cezalandırılmalıdır.

VI. SUÇUN TAKİBİ VE YAPTIRIMI

Hükümete karşı suç, şikâyeteye bağlı suçlardan olmayıp, bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılır. TCK m.13/1-b gereği bu suçun vatanında veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi hâlinde Türk kanunları uygulanacaktır. Bu durumda yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanı'nın talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılacaktır (TCK m.13/2). Hükümete karşı suç işlemeyenler hakkında TCK'da öngörülen yaptırım, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır (TCK m.312/1). 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 3. maddesi, hükümete karşı suçun da aralarında bulunduğu birtakım suçları terör suçu olarak kabul etmiştir. Aynı kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasında terör suçlarını işlemeyenler hakkında ilgili kanunun belirlediği cezaların yarı oranında artırılarak verileceği düzenlenmiştir.⁹¹ Soruşturma ve kovuşturma usulüyle ilgili olarak ise 3713 sayılı kanunun 10. maddesinde ayrıntılı hükümler bulunmaktaydı. Ancak bu maddede, 6526 sayılı kanunun 19. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.⁹² Şu halde

90 Arslan & Azizağaoğlu, s.1255; Parlar & Hatipoğlu, s.4199.

91 Terörle Mücadele Kanunu m.5/1: "3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işlemeyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

92 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda

hükümete karşı suç için görevli mahkeme, 5235 sayılı kanunun 12. maddesi gereği ağır ceza mahkemeleridir. Bu suç hakkında öngörülen dava zamanaşımı süresi TCK m.66/1-a gereğince otuz yıldır. Ancak bu suçun yurt dışında işlenmesi hâlinde dava zamanaşımı uygulanmayacaktır (TCK m.66/7).

SONUÇ

Hukuk dışı müdahalelerden hükümetleri korumak amacıyla hem yürürlükteki hem de mülga Ceza Kanunu'nda bazı hükümlere yer verilmiştir. Hükümete karşı suçu düzenleyen TCK m.312, benzer düzenlemeye yer veren 765 sayılı TCK'nın 147. maddesinden farklı olarak bu suça teşebbüs halini tamamlanmış suç gibi cezalandırmaktadır. Bu anlamda TCK m.312'ye göre cezalandırılabilir fiil, cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ni ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etmektir. Ancak cebir ve şiddet kullanarak ortaya çıkan ve hükümeti ortadan kaldırma veya görev yapmasını engelleme amacı taşıyan her fiil, TCK m.312 kapsamında değerlendirilmemelidir. Zira somut tehlike suçu olan hükümete karşı suçun oluşması bakımından tipik hareketin, suçun konusunu tehlikeye düşürmesi, suçun işlenmesine elverişli, belli bir ağırlıkta olması ve elverişli araçlarla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nitelikte olmayan fiiller başka suçları oluşturmakla birlikte, hükümete karşı suça sebebiyet vermeyeceklerdir. Hükümete karşı suç, kanunda tek kişi tarafından işlenmesi mümkün olan bir suç şeklinde düzenlenmiş olsa da somut tehlikenin oluşması çoğunlukla birden fazla kişinin varlığını gerekli kılmaktadır.

Bu suç bakımından failinin amacı veya suçu işleme saiki önemli olmayıp, cebir ve şiddet kullanmak suretiyle hükümeti ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını engellemeye yönelik bir fiilin, fail tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi yeterlidir. Kanundaki düzenlemede, cebir ve şiddet unsurlarına yer verildiğinden, hükümetin, Anayasa ve kanunlara uygun olarak düşürülmesi halinde suçun oluşmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Hükümete karşı suç işlenirken ortaya çıkan başka suçlar bakımından fail ayrıca cezalandırılacaktır. Ancak bu suçlar hükümete karşı suçun unsuru oluşturuyorsa, fail hakkında her bir suç için ayrı ayrı ceza verilmeyecek, tek cezaya hükmolunacaktır.

Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 21.02.2014, RG, 06.03.2014, Sayı:28933 (Mükerrer).

KAYNAKÇA

Arslan, Çetin & Azizağaoğlu, Bahattin (2004), Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, Asil Yayınevi.

Artuk, Mehmet Emin & Gökçen, Ahmet & Yenidünya, Ahmet Caner (2013), Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Artuk, Mehmet Emin & Gökçen, Ahmet & Yenidünya, Ahmet Caner (2013), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Artuk, Mehmet Emin (1996), 'Hürriyeti Tahdit Cürmü', Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul, ss.48-85.

Atar, Yavuz (2007), Türk Anayasa Hukuku, 4.Baskı, Konya, Mimoza Yayınevi.

Aydın, Devrim (2009), Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Aydın, Mesut (2010), Gensoru, Ankara, Orient Yayınevi.

Centel, Nur & Zafer, Hamide & Çakmut, Özlem (2011), Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

Donay, Süheyl (2007), Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta Yayınevi.

Gerçeker, Hasan (2011), Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara, Ütopya Grafik Yayınevi.

Gören, Sami (2012), En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Gözler, Kemal (2010), Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 10.Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, 2. Cilt (Madde 125-281), 5.Baskı, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları.

Hakeri, Hakan (2012), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

İçel, Kayıhan & Sokullu-Akıncı, Füsün & Özgenç, İzzet & Sözüer, Adem & Mahmutoglu, Fatih S. & Ünver, Yener (2000), İçel Suç Teorisi (2. Kitap), 2.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

İpekçioğlu, Pervin Aksoy (2009), Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Koca, Mahmut & Üzülmüş, İlhan (2012), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Malkoç, İsmail (2013), Açıklamalı Türk Ceza Kanunu (Son Değişiklikler ve İçtihatlarla), 4. Cilt (Madde 242-345), Ankara.

Okşar, Mustafa (2013), 1982 Anayasası Çerçevesinde Bakanlar Kurulu, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Önder, Ayhan (1992), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt:II-III, İstanbul, Beta Yayınevi.

Özbek, Veli Özer & Kanbur, Mehmet Nihat & Doğan, Koray & Bacaksız, Pınar & Tepe, İlker (2013), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Özbudun, Ergun (2010), Türk Anayasa Hukuku, 11.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Özek, Çetin (1967), Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Özgenç, İzzet (2005), Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Parlar, Ali & / Hatipoğlu, Muzaffer (2008), Türk Ceza Kanunu Yorumu, 4. Cilt (Madde 223-345), 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Sancar, Türkan Yalçın (1998), Çok Faili Suçlar, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Savaş, Vural & Mollamahmutoğlu, Sadık (1995), Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2. Cilt, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Soyaslan, Doğan (2012), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Tanilli, Server (1993), Devlet ve Demokrasi; Anayasa Hukukuna Giriş, 7.Baskı, İstanbul, Cem Yayınevi.

Tanör, Bülent & Yüzbaşıoğlu, Necmi (2001), 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları.

Teziç, Erdoğan (2012), Anayasa Hukuku, 14.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

Yaşar, Kenan Evren (2014), 'Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlal Suçu', Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Sayı: 1-2, Cilt: 2, ss.189-234.

Yaşar, Osman & Gökcan, Hasan Tahsin & Artuç, Mustafa (2010), Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Adalet Yayınevi.

Zafer, Hamide (2011), Ceza Hukuku Genel Hükümler; TCK m.1-75, 2.Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUKUNDA PADİŞAHIN YARGI YETKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Yılmaz YURTSEVEN*

Arş. Gör. Gamze Nur ŞAHİN**

ÖZET

Osmanlı Devleti şeklen tipik bir monarşidir. Ancak Osmanlı monarşisinde monarkı ifade eden padişahın yetkileri İslam hukuku ile sınırlandırılmıştır. Devletin hukuk sistemini şer'î hukuk ve onun belirlediği sınırlar içinde gelişen örfî hukuk oluşturmaktadır. Osmanlı padişahı monarşinin karakterine uygun olarak yasama ve yürütme erklerini elinde tutar. Teorik olarak yargı erki de Sultan'ın uhdesindedir. Ancak kendisi yargının başı olmakla birlikte Osmanlı padişahı bu yetkisini kurumsallaşmış bir yargı teşkilatı eliyle kullanmaktadır.

Anahtar Kelimeler : Osmanlı hukuku, Osmanlı yargı sistemi, adalet, padişah, kadı.

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı.

SULTAN'S JURISDICTION IN CLASSICAL PERIOD OF OTTOMAN STATE

ABSTRACT

The Ottoman Empire was typically a monarchy. The Sultan that amounts to monarch in the Ottoman Empire was, however, restricted by the Islamic Law. Legal order of the Empire consisted of Şer'i law as well as customary (Örfî) law evolved within the borders Şer'i law drew. The Sultan had legislative and executive powers in accordance with the character of the monarchy. Judicial power was also theoretically in the hands of the Sultan. The Sultan exercised judicial power through an institutionalised judicial organisation though he was the head of the power.

Keywords : Ottoman Law, ottoman judgment system, justice, sultan, khadi.

I. GİRİŞ

Devlet başkanı, kral, imparator veya monark nasıl adlandırırsak adlandıralım mutlak monarşilerde devleti yöneten kişi sınırsız yetkilerle donatılmıştır. O, egemenliği altındaki topraklarda yaşayan veya var olan her şey üzerinde sınırsız bir tasarruf yetkisine sahip olup, bu varlıklar adeta onun mülkiyetinde gibidir. Bu durumun bir diğer ifadesi ise devlet yönetiminde kuvvetler birliği ilkesinin hâkim olduğu, monarkın yasama, yürütme ve yargı alanında tüm erklerin sahibi olduğu gerçeğidir. Monarşik yapıli devletlerde lider tek yetkili kişi konumundadır.

Osmanlı Devleti de şeklen klasik bir mutlak monarşi olarak tanımlanmaktadır. Devletin başı olarak tarif edebileceğimiz Padişah, bir monarktır ve tüm erkleri elinde toplamıştır. Devlet teşkilatı, hukuki yapı ve yargı teşkilatındaki mükemmel kurumsallaşma ve sistemleşmenin bir ürünü olarak Osmanlı siyasi iktidarı, belki de kendinden önceki Türk-İslam devletlerinin içinde en merkeziyetçi olanıdır. Kurumsal yapı ve hukuk sistemi, devletin başı olan padişahı güçlendirmekte, otoritesini merkezileştirmektedir.

Osmanlı Devleti'ndeki çok güçlü merkezi iktidara rağmen, gerek İslam Hukuku gerekse de Türk devlet geleneği padişahın tasarruflarını belli açılardan önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Bu durum, Osmanlı siyasi otoritesini diğer klasik monarşilerden farklı özellikler gösteren bir otoriteye dönüştürmektedir. Padişah yasama, yürütme ve yargı erkini kullanırken her zaman belli kurallarla bağlı olmuştur. Bu bağıllık durumu bizi padişahın yargı erkinin niteliği üzerinde çalışmaya sevk etmiştir. Bu amaçla çalışmamızda Padişahın yargı yetkisini kullanış biçiminin izahına çalışılacaktır. Osmanlı padişahının sahip olduğu yargı yetkisinin kapsamı ve sınırı nedir? Osmanlı padişahları yargı yetkilerini uygulamada ne şekilde kullanmışlardır? Osmanlı padişahının yargı yetkisi konusunda önem taşıyan soruların başlıcaları bunlardır.

Padişahın yargıya ilişkin yetkilerini incelemek için öncelikle Osmanlı hukukunun ve yargı sisteminin kendine özgü yapısı üzerinde kısaca durmayı uygun bulduk. Zira yargı erkini anlatmak için önce kullanıldığı sahanın tanıtımı gerekmektedir. Bu bölümde anlatılanlar kurumsallaşan yapıları ortaya koymanın yanı sıra, padişahın yargı erkinin sınırları hakkında bize ipucu vermektedir.

Çalışmamızın devamı ise münhasıran padişahın yargı erki üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu amaçla İslam kamu hukukunda halifenin yargı yetkisi

üzerinde durulmuş ve ardından padişahın yargı yetkisini kullandığı alanlar kategorize edilmiştir. Bu bağlamda padişahın bizzat yargılama yaptığı durumlar, şer'iyye mahkemelerinde yapılan yargılama üzerindeki rolü izah edildikten sonra; yine padişahın yargı yetkisinin tezahür şekilleri olmaları bakımından veziriazam divanı, divan-ı hümayun ve kazasker mahkemelerinde yapılan yargılamalar hakkında açıklamalara yer verilmiştir.

II. KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUKU VE YARGI SİSTEMİ

Osmanlı tarihine ilişkin çalışmalar yapılırken genellikle “erken dönem”, klasik dönem” ve Tanzimat sonrası dönem” şeklinde tarihi bölümlendirmeler yapılmaktadır. Erken dönem, devletin kuruluşundan kurumsallaşma sürecine kadar devam eden devre işaret etmektedir. Bu dönemin genellikle XIV. Yüzyıl sonlarına kadar sürdüğü kabul edilir. 1400’lü yıllardan itibaren devletin kurumsallaştığı, merkez ve taşra teşkilatının, yönetim usullerinin yapısal bir kimliğe büründüğü dönem ise klasik dönem olarak adlandırılmaktadır. Bu dönemde Osmanlı Devleti tüm karakteristik özelliklerini kazanmış, hukuk sistemi kendine özgü bir hüviyete bürünmüştür. Bu dönemin genellikle XVIII. Yüzyılın başlarına kadar geçen zamana karşılık geldiği kabul edilmektedir. Tanzimat Dönemi ise Batı karşısında geri kalan Osmanlı Devleti’nde hukuk ve yargı sistemini de kapsayacak şekilde, hemen her alanda yenilik ve reformların yapılmaya çalışıldığı dönemdir. Ancak tüm yenileşme ve reform çabalarına rağmen devletin çözülme ve yıkım süreci engellenememiştir. Bununla birlikte gerek şer’î hukukun, gerekse örfî hukukun modern kanun metinleri şeklinde düzenlenmeğe başlandığı dönem Tanzimat sonrasıdır. Bu dönemde Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (1869-1876) ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi (1917) gibi şerî hukuk düzenlemeleri yanında, ceza hukuku, ticaret hukuku, arazi hukuku, mali hukuk ve usul hukuku gibi başlıca alanlarda örfî hukuk modern kanun metinleri ihdas edilmiştir. Ayrıca devletin ilk yazılı anayasası olan 1876 tarihli Kanun-ı Esâsî kuşkusuz çok önemli bir örfî hukuk düzenlemesidir.

A. OSMANLI HUKUKU

XIV. yüzyılın başlarında Önyasya’da çökmekte olan Anadolu Selçuklu Devleti’ne şeklen bağlı küçük bir uçbeyliği olarak kurulan, devam eden yüzyıllarda bir dünya imparatorluğuna dönüşen Osmanlı Devleti, kendisinden önce kurulan Türk-İslam devletlerinden tevarüs ettiği mirasın sonucu olarak tipik bir Müslüman-Türk devletidir. Dolayısıyla bu devletin hukuk sistemi

de İslam Hukuku'dur. Ancak Osmanlıların devraldıkları bu mirası herhangi bir değişikliğe uğratmaksızın uyguladıklarını söyleyebilmek hukuk, tarih ve sosyoloji bilimlerinin gerçekleriyle çelişir. Osmanlılar, çok kapsamlı ve zengin olan bu mirası zamanın ve ihtiyaçların gerektirdiği ölçüde değişiklikler yaparak geliştirmişlerdir¹. Bu gelişim süreci içerisinde, İslam hukukunun siyasi otoriteye (ulü'l-emr) tanıdığı sınırlı yasama yetkisi seleflerinden çok daha geniş ve gelişmiş olarak kullanılmıştır. Sonuç olarak Osmanlı Hukuku, bir yanda Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas üzerine oturan Şer'i hukuk (Şer'i şerif) diğer yanda siyasi otoritenin sınırlı yasama yetkisi çerçevesinde gelişen örf'i hukuk (kanun-ı münif)² temelleri üzerine kurulu dinamik bir hukuk sistemidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, örfi hukukunun modern hukuk terminolojisindeki örf ve adet hukukunun tam karşılığı olmadığıdır. Örfi hukuk, Şer'i hukukun çizdiği sınırlar içerisinde, günün gerekleri ölçüsünde gelişmiş, siyasi otoritenin düzenlediği hukuktur.

İslamî terminolojide İslam hukukuna "fıkıh" denir. İslam Hukuku de-yimi büyük olasılıkla Osmanlı Devletinin son dönemlerindeki yenileşme çabaları ve Avrupa Hukukundan yapılan çeviriler sonucunda kullanılmaya başlanmıştır³. Fıkıh kelimesinin anlamı sözlükte "bir şeyi gereği gibi anlayıp bilmek" olarak ifade edilmektedir⁴. Terim olarak fıkıh kelimesini Hanefiler, "*insanın amel bakımından lehinde ve aleyhinde olan şer'i hükümleri bir meleke halinde bilmesi*" olarak tanımlarken Şafiiler, "şeraitin ameli hükümlerini tafsili delilleriyle bilmek" şeklinde tarif etmektedirler⁵.

Fıkıh sözcüğü günümüzde çoğu zaman hukuk kelimesiyle eşanlamlı olarak kullanılsa da yukarıda anlatılanlar göstermektedir ki bugün anladığımız anlamdaki hukuk kuralları fıkıh ilminin sadece bir kısmını ifade etmekte, fıkıh bunların yanında tüm dinsel kuralları; ibadet ve itikada ilişkin kavramları da incelemektedir⁶. Günümüzde İslam hukukuna ilişkin araştırmalar yapılırken fıkıhın bu kapsamlı yapısına özel bir özen göstermek gerekir. Çünkü

1 Aydın, Mehmet Akif (2013), Türk Hukuk Tarihi, Tıpkı 11. Basım, İstanbul, Beta Basım, s. 66. Konuyla ilgili olarak bkz: İnalçık, Halil (1958), "Osmanlı Hukukuna Giriş – Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", Siyasi İlimler ve Hukuk, c. XIII, no: 2, Ankara.

2 Akgündüz, Ahmet (1999), "Osmanlı Hukuku – Kanunnameler ve Şeriat", Köprü Dergisi, S: 65, İstanbul, s. 7.

3 Ekinci, Ekrem Buğra (2012), Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, 2. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınları, s. 107.

4 Devellioğlu, Ferit (2008), Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 25. Baskı, Ankara: Aydın Kitabevi, s. 265.

5 Aydın, Hakkı (1993), Sivaslı Kemaleddin İbni Hümmüm ve Tahriri, 1. Baskı, Sivas, Sivas Belediyesi Kültür Yayınları, s. 2.

6 Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal (2008), Türk Hukuk Tarihi, 13. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 59.

zaman zaman hukukî hükümler yalnızca günahlar ve sevaplar ayrımı ile açıklanabilecek hükümler değildir.

Fıkıhla uğraşan kimselere fâkih denir. Fâkih şer’î hükümleri, tafsili delillerden (kaynaklardan) çıkarıp ortaya koyan bir İslam bilginidir⁷. Şer’î hükümler böylece akıl yürütme yani istidlal yoluyla, tafsili delillerde ayrıntılı bir şekilde inceleme yapıp ortaya çıkmaktadır. Bu tafsili delilleri ortaya koyan çeşitli kaynaklar bulunmaktadır. Bunlara “*masadiru’ş-şeria*” veya “*edille-i şer’iyye*” denir ve İngilizcedeki *source of law* ifadesinin karşılığıdır⁸. İslam Hukukunun asli kaynaklarının başında Kur’ân⁹ ve sünnet¹⁰ gelir. Bu iki kaynakta açık bir hüküm varsa hukukçuların bunları değiştirecek veya ortadan kaldıracak yorum yapması mümkün değildir¹¹. Bunları icmâ¹² ve kıyas¹³ takip eder. Bu dört delil mutlak ve tüm hukukçular, tüm mezhepler tarafından kaynak nitelikleri kabul edilmektedir. Bunların yanında istihsan¹⁴, örf¹⁵, maslahat¹⁶,

- 7 Aydın, Hakkı (2001), “İslam Hukuku, Devlet ve Ahkâm-ı Sultaniye İlişkisi”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 5(2), 1-26, Sivas s. 2.
- 8 Ekinci (2012), s. 108.
- 9 Bkz. Barkan, Ömer Lütfi “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer’iliği Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 11(3-4),203-224, 1945, s. 203; Zeydan, Abdülkerim (2012), İslam Hukukuna Giriş, (Çev. Ali Şafak), 1. Baskı, İstanbul, Kayihan Yayınları, s. 252; Ekinci (2012), s. 110; Akgündüz (1999), s.4; Aydın (2013), s. 32.
- 10 Kaynak olarak ikinci sırada sünnet gelir. Bkz. Ekinci, Ekrem Buğra (2006), İslam Hukuku Umumi Esaslar, 1. Basım, İstanbul: Arı Sanat Evi, s. 82.
- 11 Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye m. 14 “Mevrid-i nassda ictihada mesağ yoktur” demektedir. Bkz. Berki, Ali Himmet (1982), Açıklamalı Mecelle, 3. Baskı, İstanbul: Hikmet Yayınları, s. 20.
- 12 İcma, İslam hukukçularının her hangi bir dönemde hukuki bir mesele üzerinde görüş birliğine varmalarıdır ki bu görüşün esasen Kitap, sünnet veya İslam Hukukunun kaynaklarından birine dayanması gerekmektedir. Bkz. Zeydan, İslam Hukukuna Giriş, s. 264 Hz. Peygamberin “Hiçbir zaman ümmetim bir yanlışlık üzerinde birleşmeyecektir.” şeklindeki hadisi icmanın meşruiyetine temel olmuştur. Bkz. Üçok ve diğerleri, s. 67.
- 13 Kıyas kelimesinin sözlük anlamı bir şeyi başka bir şeye benzeterek hüküm verme, bu yolda verilen hüküm, bir tutmadır. Bkz. Devellioğlu, s. 518. Terminolojide ise Kitap, sünnet ve icmâda hüküm bulunmayan bir meseleyi aralarındaki ortak illete dayanarak hakkında hüküm bulunan bir meselenin sonucuna bağlamaya kıyas denmektedir. Bkz. Aydın (2013), s. 38.
- 14 İstihsan, özel bir meselede genel kuraldan ayrılmayı veya açık kıyasla sabit olan bir hükümden ayrılıp gizli kıyasa başvurmayı ifade eder. Bkz. Zeydan (1996), s. 268; Zekiyyüddin Şaban, İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fıkh), (çev. İbrahim Kafi Dönmez), 2. Baskı Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s.168. Özellikle sosyal durumun değişmesi ile ortaya çıkan problemleri çözmek için başvurulmuştur.
- 15 Güriz, Adnan (2006), Hukuk Başlangıcı, 11. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 10; Koç, Yunus (1999) “Erken Dönem Osmanlı Hukuku: Yaklaşımlar, Temel Sorunlar”, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi Osmanlı Özel Sayısı, S:16(1), s. 119; Hasanova, Samire (2009) “Örf ve Âdetin İslam Hukuk Düşüncesindeki Yeri ve Hükümlerin Değişmesi Kapsamındaki Tartışmalarda Rolü, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:14, s. 208-211.
- 16 Şaban, s. 152-153.

sahâbe fetvası¹⁷, Medine örfü, önceki şeraitler, zaruret, hile-i şer'iyye, istishab gibi çeşitli ikincil kaynaklar var olmakla birlikte; bunların muteber delil olma kabiliyeti yönünden hukukçular arasında görüş birliği mevcut değildir¹⁸. Ancak İslam hukuk tarihi incelendiğinde söz konusu delillerin de hukukun gelişimine katkıları göz ardı edilemez.

İslam hukuku, İslam inancı temeline oturan bir hukuk sistemidir. Müslümanların kutsal kitabı olan Kur'an ve Hz. Peygamberin koymuş olduğu hükümler bu sistemin esasını oluşturur. Ancak bu durum İslam Hukukunun tamamen ilahi hükümlerden oluştuğu şeklinde de yorumlanmamalıdır¹⁹. Tam tersine İslam'da hukuk ilmi, hukukçuların Allah'ın kanununu bulma girişimlerini ifade eder²⁰. Bu nedenle ilahi hükümler din bilgini, müçtehid²¹ hukukçular tarafından ayrıntılı bir şekilde incelenerek tasnif edilmiş, içerdiği tüm anlamlara erişebilmek için titiz bir irdelemenin içine sokulmuştur²². Nitekim Nisa Suresi (83/1-2) ayetinde *"Onlara güven veya korku ile ilgili tatlı veya acı bir haber geldiğinde hemen onu etrafa yayıveriyorlar. Hâlbuki onu, peygambere ve içlerinden emir sahiplerine arz etselerdi, elbette bunların hüküm çıkarmaya gücü yetenleri onu anlar bilirlerdi."* denilmektedir²³. Bu ilahi hükümle engin bir hukuk bilgisine sahip, akıl ve mantık süzgecini iyi kullanabilen müçtehid hukukçulara yetki verilmiş olmaktadır. Bu bağlamda İslam Hukuku kanonik (otoritelerce doğrulanmış) bir hukuk sistemi değildir ve Batılı kaynaklarda belirtildiği gibi teokratik bir karakteri bulunmamaktadır. Çünkü İslam hukuku zamanın getirdiği değişikliklerin insan eliyle yapılmasına açıktır²⁴. Temel kaynaklardan hareketle İslam hukukunun bu çerçevede gelişmesi ona dinamizm

17 Devellioğlu, s. 910; bkz. Aydın (2013), s. 43.

18 Demir, Abdullah (2014), Türk Hukuk Tarihi, Geliştirilmiş 2. Baskı, İzmir, Yitik Hazine Yayınları, s. 51.

19 Aydın (2013), s. 62.

20 Imber, Colin (2004), Şeriatın Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk, (Çev. Murteza Bedir), İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, s. 37.

21 Müçtehidlerin yaptığı bu faaliyet sonucu ortaya çıkardığı hükümlere içtihat denmektedir. İctihadın kelime anlamı "bütün gücünü kullanmak" şeklinde ifade edilebilir; ancak istilâh olarak hakkında kesin delil bulunmayan bir konuda İslam hukukunun kaynaklarını kullanarak şer'i hükmeye ulaşma demektir. Bkz. Şimşek, Murat (2009), "Hukuki Tasarrufların Kaynağı Olarak Hz. Peygamberin İctihadı", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:14, s. 116. Geniş anlamli olarak ise bu faaliyetin yanında nassların yorumlanmasını da içine alır. Bkz. Duman, Soner (2009) "İzzeddin b. 'Abdiselâm'ın el-Kavâ'idü'l-kübra Adlı Eserinde İctihadın Anlam, Kapsam ve Sonuçları", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:14, s. 158.

22 Ekinci (2012), s. 103-104.

23 Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi (2011), Kur'an-ı Kerim Meali, (Sad. Mehmed Şirin Doğan), İstanbul, Seda Yayınları, s. 37.

24 Aydın (2013), s. 62.

kazandırmış, çağlar boyunca ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap verebilen bir hukuk sistemine dönüşmesini sağlamıştır.

İslam Hukukunda gerçek anlamıyla kanun koyucu –şârî- Allah'tır. Bunun dışındaki yasama kaynakları birer şârî değil belki ilahi iradeye uygun hüküm ve çözümleri belirleme çabası olarak görülebilir. Bu anlamda İslam hukukunun öngördüğü yasama yetkisi bugünkü anlamından farklı bir anlam taşımaktadır. Dolayısıyla İslam hukukunda kanun koyucu Allah ve onun emirlerini tebliğ eden Hz. Peygamber olmaktadır. Hukukçu bu iki kaynaktan yararlanarak meselelere uygun çözümler üretmekle görevlidir. Ancak yukarıda bu iki hukuk kaynağının özellikleri anlatılırken de belirtildiği üzere söz konusu kaynaklar bazı konuların sadece ilke ve esaslarını ortaya koyarak değişen zamana, ihtiyaçlara ve şartlara göre ayrıntıları düzenlemeyi kamu otoritesine bırakmışlardır²⁵. Kaldı ki kamu otoritesi gerek içtihad tercihinde gerekse bizzat örfî hukuk ihdas ederek söz konusu yetkiyi oldukça iyi kullanmıştır. Özellikle Osmanlı uygulaması İslam hukukunun belki de zirve uygulaması olarak değerlendirilebilir.

Kamu otoritesince ortaya konulan hükümler fıkıh literatüründe *siyaset-i şer'iyye*, *kavanîni siyaset* veya *kânun* isimleriyle belirtilirken, kanun koyma yetkisi *ra'yi veliyyü'l-emr*, *hâku's-saltanah* veya *ulü'l-emre tefviz edilen ümûr* isimleriyle ifade edilmiştir²⁶.

Kamu otoritesine siyaset şeklinde hukuk yaratma yetkisi verilmesinin amacı, nassların uygulamaya dökülmesini garanti altına almak, İslam hukukunun kurallarının ülkesel ve dönemsel koşullarla uyumlu olarak uygulanmasını sağlamaktır²⁷. Ayrıca siyasal iktidarı kullanacak olan otoritenin (ulü'l-emr) hukuk kuralları ihdas etmesi pek tabii bir durumdur.

Osmanlı uygulamasında şer'î yetki çerçevesinde kalınarak, kural olarak yasama organı olan padişahın emir ve fermanlarıyla oluşan ve sonraları kanunnamelerle tedvin edilen hukuka örfî hukuk adı verilmiştir²⁸. Buna örfî padişahî ya da örf-i münif-i sultanî de denilmektedir. İslam Hukukunda kanun koyucu bir takım alanlarda bilerek boşluk bırakmış ve bu boşluğun doldurul-

25 Koşum, Adnan (2004), "Osmanlı Örfî Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri", Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:17, s. 146.

26 Köprülü, M. Fuat (1977), "Fıkıh", İslam Ansiklopedisi 4, İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınevi, s. 614-615.

27 Koşum, s. 149

28 Aydın (2013), s. 65-66.

ması işlemini siyasal otoriteye bırakmıştır. Siyasal otorite şer'i hukuka aykırı düşmemek kaydıyla yasal norm ihdas edebilir²⁹. Bu durum bize örfi hukukun şer'i hukuktan kaynaklandığını, ancak onun bir parçası olmakla birlikte ortaya çıkan hukukî sorun ve ihtiyaçlara göre şekillendiğini göstermektedir. Ayrıca bu durum, bir bakıma yetki devrine benzer bir durum da oluşturmaktadır. Şârî, her konuyu kazuistik bir biçimde düzenlememiş, zamana, zemine ve ihtiyaçlara göre siyasal otoriteye geniş bir kural koyma yetkisi tanımıştır. Kuşkusuz bu, İslam hukukunun dogmatik değil aksine dinamik bir hukuk sistemi oluşunun delilidir.

İslam hukuk tarihinde bu durumun örneklerine Moğol, İlhanlı, Memlûk, Akkoyunlu, Dülkadirli, Gürganiye devletlerinde sıkça rastlanmaktadır. Moğol hükümdarı Cengiz'in Tüzûkat-ı Timur'u, Gürganiye hükümdarı Alemgir'in Düstûr-ı Amel'i, Akkoyunlu hükümdarı Uzun Hasan Bey'in Hasan Padişah Kanunu ve Dülkadirli hükümdarının Alaüddevle Bey Kanunu şeklindeki örfi hukuk uygulamaları ilk akla gelenleridir³⁰. Ayrıca Karahanlılar döneminde şer'i yargılamanın yanında örfi yargılamanın da yapıldığı bilinmektedir³¹. Buradaki örneklerde dikkat çekici nokta; Moğollar dışında hemen hepsinin Türk-İslam devletleri olmasıdır.

Geleneksel Türk devlet anlayışının etkisiyle Türk hükümdarları, kendi iktidarına ortak veya ondan üstün bir otorite tanımayan mutlak otorite karakterini daima muhafaza etmişlerdir³². Türklerin devlet yönetme alanındaki becerileri şer'i hukukun sağladığı kural koyma konusundaki hareket serbestisi ile birleşince ortaya ağırlıklı olarak şer'i ve belli sınırlar çerçevesinde örfi hukuktan oluşan Osmanlı hukuku görünümü çıkmıştır³³. Osmanlı padişahları zaman zaman verdikleri fermanlar, emirler ve çıkardıkları kanunnamelerle devlet teşkilatı ve protokolünü, arazi rejimini, vergi tahsil usullerini tespit etmişler, şer'i hukukun dışında kalan suç tipleri ve yaptırımlarını belirlemişler, yine şer'i hukukun düzenlediği alanları kanun olarak tedvin etmişlerdir. Hatta yöneten-yönetilen ilişkileri içerisinde askeriler olarak adlandırılan yönetici sınıfın reayaya zulmetmesini önlemek için adaletnâme olarak adlandırılan düzenlemeler yapmışlardır.

29 İnalçık (1958), s. 103.

30 Ekinci (2012), s. 164.

31 Köprülü, M. Fuad (2012), "Ortazaman Türk Hukuku Müesseseleri: İslam Amme Hukukundan Ayır Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?", Halil İnalçık ve diğerleri (Editörler.), Adalet Kitabı, 1. Baskı, Ankara, Kadim Yayınları, s. 60.

32 İnalçık (1958), s. 105.

33 Akgündüz (1999), s. 5.

Tarihi kaynaklarda ilk defa örfî hukuk tabirine Fatih döneminde rastlanmaktadır. Bu dönemin tarihçisi Tursun Beğ, şer’î hukukun yanında bir örfî hukukun varlığından söz etmektedir³⁴. Tursun Bey örf’i hukuktan söz ederken “*yâ’ni bu tedbir ol mertebede olmazsa belki mücerret tavr-ı akl üzre nizâm-ı âlem-i zâhir için, meselâ tavr-ı Cengiz Han gibi olursa, sebebine izâfet iderler, siyâset-i sultânî ve yasâğ-ı pâdişahî dirler ki örfümüzce (urefamızca) ana örf dirler.*” ifadesini kullanmıştır³⁵. Bu ifadeler Tursun Beğ’in şer’î hükümlerle örfî hükümleri birbirini tamamlar nitelikte gözlemlediğini göstermektedir.

Osmanlı Devletinde şer’î hukukun yanında örf’î hukukun gelişiminin İslam Hukuku’nun teşekkül tarzı ve devletin içinde bulunduğu siyasi, idari ve hukuki şartlarla yakın ilişkisi vardır.

İlk olarak İslam Hukuku’nun Kitap ve Sünnet tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmemiş alanlarda devlet başkanına belirli sınırlar içinde takdir hakkı tanınması Osmanlı padişahlarının özellikle idare hukuku, ceza hukuku, arazi hukuku ve mali hukuk alanında düzenleme yapmalarına imkân vermiştir³⁶. Ayrıca şer’î hukukun daha çok özel hukuk alanında düzenlemeler yapmış, kamu hukuku alanında ayrıntılı düzenlemeler getirmemiş olması nedeniyle, bu alandaki boşluğu doldurmak için Osmanlı padişahları kendilerine tanınan takdir yetkisini oldukça geniş bir şekilde kullanarak devlet idaresi, toprak rejimi, ta’zir suç ve cezaları gibi alanlarda hukuki boşlukları doldurma yoluna gitmişlerdir³⁷. Osmanlı’da ta’zir suç ve cezaları için “ta’zir” ve “cürm-ü cinayet cezaları” tabirleri kullanılmıştır. Osmanlı Döneminde Fatih, II. Bayezid, I. Selim ve I. Süleyman’a ait kanunnamelerin birinci babını oluşturan cezai hükümler ve hususi kanunnamelerdeki münferit ve istisnai ceza hükümleri bu yetki kullanılarak düzenlenmiştir³⁸.

Hukuki boşluklardan kaynaklanan ihtiyaçlara ek olarak Osmanlı Devleti’nin içinde bulunduğu mali, askeri ve idari şartlar da padişahların bu hususlarda kurallar koymasını gerektirmiştir. Örneğin Osmanlı devletinin fetih

34 Aydın, Mehmet Akif (1994), “Osmanlı’da Hukuk”, Ekmeleddin İhsanoğlu (Editör), Osmanlı Tarihi ve Medeniyeti, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul İslam Tarihi Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi Yayınları (IRCICA), s. 378.

35 Tursun Bey, Tarih-i Ebu’l-Feth, (Haz. A. Mertol Tulum) (1977) , 1. Baskı, İstanbul, Baha Matbaası, s. 12.

36 Şen, Murat (1999), “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, Güler Eren ve diğerleri (Editörler), Osmanlı, C:6, 1. Baskı, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, s. 329.

37 Barkan, s. 205-206.

38 Cin, Halil/Akgündüz Ahmed (1989), Türk Hukuk Tarihi, 1, 1. Basım, Konya: Selçuk Üniversitesi Basımevi, s. 195.

ve gazaya dayanan siyaseti, sürekli savaşların ve seferlerin finansmanı için yeni ekonomik kaynaklar bulmayı gerektirmiştir. Bu çerçevede var olan şer'î vergi kalemlerine ilave olarak örfî vergiler de ihdas edilmiştir. Hatta bu vergi türlerinin sayı bakımından şer'î vergilerden çok daha fazla olduğu bilinmektedir. Kimi zaman da örfî hukuka ilişkin cezaî yaptırımların niteliği ve sayısı dönemin koşullarına göre değişiklik gösterebilmiştir. Örneğin, donanmada kürekçiye ihtiyacın arttığı dönemlerde kürek cezası artmış, hazine zafiyete düştüğünde para cezalarının miktarı ve sayısı artmıştır.

Osmanlı kanunnameleri padişahın iradesi veya hükümetin talebi ile Divan-ı Hümayun üyelerinden nişancı³⁹ tarafından şeklen ve usulüne uygun olarak hazırlanır, şeyhülislamlığa sorularak içeriğinin Şer'an meşruiyetine dair fetva alındıktan sonra, Divan'da görüşülüp padişaha arz olunur. Padişah uygun bulursa tuğrası çekilip bu kanunlar padişah iradesine bağlandıktan sonra ilan edilir⁴⁰. Padişahlar tarafından konulan bu hükümlerin yürürlük süreleri de yine onların hayatlarıyla sınırlıdır⁴¹. Yürürlükte kalmaları için yeni padişahın ayrıca bunları onaylaması gerekir. Örneğin Fatih, ünlü Teşkilat Kanunnamesi'nde bunların atası ve dedesi kanunu olduğunu belirtip "benim dahi kanunumdur" diyerek onay mekanizmasını kullanmıştır⁴². Padişahın selefi olan padişahın koyduğu hükümleri aynen ya da ilavelerle onaylayıp yürürlükte tutması, kuşkusuz devletin ve hukukun kurumsallığı açısından dikkat çekicidir. Özellikle Osmanlı Devleti'nin kurumsal ve karakteristik kimliğinin oluşmasında etkisi büyük olan Fatih'in bu süreci işletmesi ayrıca dikkat çekicidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi örfî hukuk, Şer'î hukukun devleti yöneten otoritelere verdiği yetki çerçevesinde, bu otoritelerce ihdas edilen kural ve emirleri ifade eder. İslam hukuku evrensel bir hukuk sistemi olarak tüm zamanlarda uygulanır olma, tüm insanlığa hitap etme amacı taşır. Bu amacın gerçekleştirilmesi ve mutlak adaletin tesis edilmesi için bazı alanlarda katı ve ayrıntılı kurallar koymak yerine, bilinçli olarak boşluklar bırakarak bu boşlukların zamanın ve ihtiyaçların gerektirdiği en adil çözümlerle doldurulmasını arzulamıştır. Bu nedenle örfî hukuk şer'î hukukun hükümlerini yok saymak veya değiştirmek gibi bir iddiada değildir; tam tersine şer'î hukukun tanıdığı yetki çerçevesinde, onun düzenleme ya da çözüm getirmedeği veya zamanın ve

39 Nişancı hakkında geniş bilgi için bkz. Cin, Halil/Akyılmaz, Gül (2013), Türk Hukuk Tarihi, 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, s. 151 vd.

40 Ekinci (2012), s. 183-184.

41 Aydın, Mehmet Akif (2014), Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet, 1. Basım, İstanbul, Klasik Yayınları, s. 18.

42 İnalçık, Halil (2005), Osmanlı'da Devlet Hukuk Adalet, 2. Baskı, İstanbul: Eren Yayınları, s. 34.

ihtiyaçların değişmesiyle ortaya çıkan sorun ve sahalarda hüküm koyma amacı taşımaktadır⁴³. Bu bakımdan örfî hukuk, İslam hukukunun her dönemde çözüm üretebilecek, kapsamlı, kurumsal ve dinamik bir hukuk sistemi olmasına destek sağlar.

Örfî hukuk kaynağını aldığı şer'î hukuk hükümlerine ters düşemez. Bu nedenle Osmanlı padişahları şer'î hukukun ayrıntılı düzenlemeler yaptığı alanlarda kanun koymamaya, diğer sahalarda kural koyarken de İslam Hukukunun genel kurallarıyla ters düşmemeye özen göstermişlerdir⁴⁴. Bu durum şer'î hukukla örfî hukukun düzenleme alanlarının kesin hatlarla ayrıldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Sadece biri belli alanlarda diğerine göre daha fazla yoğunluk kazanmıştır. Örneğin bugün özel hukuk olarak sınıflandırdığımız kişiler hukuku, aile, eşya, miras ve borçlar hukuku gibi İslam hukukunun ayrıntılı olarak düzenlediği alanlarda örfî hukuk daha zayıf kalmıştır. Buna karşılık devlet yönetimine ilişkin kurallar, anayasa, idare, ceza ve mali hukuk gibi modern kamu hukukunun temel alanlarında şer'î hukuk kesin ve ayrıntılı düzenlemelere gitmek yerine bu alanlarda düzenleme yapmayı zamanın siyasal otoritesine bırakmıştır⁴⁵. Hatta İslam hukukunun kamu hukuku alanında getirdiği düzenlemelerin oldukça sınırlı olduğu da söylenebilir. Bu noktada, özellikle ceza hukuku ve mali hukuk alanında nispeten kesin ve ayrıntılı kimi kurallar getirmekle birlikte, devletin şekli ya da devlet yönetimine ilişkin olarak belli ilkeler sunmakla yetinmiştir. Örneğin devlet yönetiminde adalet ve şura prensibine vurgu yapılması böyledir.

Osmanlı padişahları koydukları kanunların şer'î hukuka aykırı olmasına ayrı bir önem göstermişlerdir. Arazi Kanunnamesi ve Mecelle'nin⁴⁶ İslam Hukukuna uygunluğunun incelenmesi için şeyhülislamlığa gönderildiği bilinmektedir. Bunların dışında Topkapı Sarayı ve Başbakanlık Arşivlerinde bulunan birçok belgede padişah ve sadrazamın çeşitli hukuki meseleler hakkında şeyhülislamlıktan görüş istedikleri görülmektedir ve hatta şeyhülislamlıktan görüş alınmasının zorunlu olduğunu bildiren çok sayıda ferman mevcuttur⁴⁷. Bu hassasiyet esasında yapılan düzenlemenin meşruiyet zeminini de oluşturmaktadır.

43 Ekinci, Osmanlı Hukuku, s. 167.

44 Schacht, Joseph (1977), İslam Hukukuna Giriş (Çev. Mehmet Dağ ve Abdulkadir Şener), Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, s. 89-92.

45 Aydın (2013), s.77.

46 Mecelle Cemiyetince hazırlanan mazbatada Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye hazırlandıktan sonra şeyhülislamlıkça (fetvahanece) tādīlât-ı lâzime'nin yapıldığından bahsedilmektedir. Berki, s. 10.

47 Ekinci (2012), s. 167.

Şeyhülislamların kendilerinden görüş istenmese de kimi konularda ihdas edilen örfî kanun ve uygulamalara, şer’î hükümlere uygun olmadıkları gerekçesiyle karşı çıktıkları ve hemen olmasa bile zamanla padişahın görüş ve iradesine etki ettikleri durumlar da söz konusudur. Örneğin, kapitülasyonlarla Osmanlı tebaası olmayan gayrimüslimlerin şahitliklerinin kabul edilmesine şeyhülislam Ebussuud Efendi; “*Nâ meşrû nesneye emr-i sultânî olmaz*” diyerek karşı çıkmıştır⁴⁸. Hatta bazı kanunnamelerin doğrudan şeyhülisamlık tarafından hazırlandığına dair iddialar da vardır. Örneğin ilmiye teşkilatını yeniden düzenleyen İlmiye Kanunnamesi’nin de büyük ihtimal şeyhülislam Ebussuud Efendi tarafından hazırlanmıştır⁴⁹. Ancak bu çok istisnai bir durumdur.

Osmanlı hukuk sistemi düalist bir yapı gibi görünse de esasında bir bütünlük arz etmektedir. Söz konusu bütünlüğün en önemli delillerinden biri, her iki hukukun da aynı yargı yerinde, yani genel mahkeme olan şeriye mahkemelerinde uygulanmış olmasıdır⁵⁰. Bu iki hukuk öyle bir bütün olarak görülmüştür ki ayrı bir mahkeme yapısına veya ayrı bir kadı görevlendirmesine ihtiyaç duyulmamıştır. Kadı⁵¹, hem şer’î hükümleri hem de devlet kanunu olan örfî hukuku uygulamak üzere görevlidir. Kadılar, yargılama görevlerini yerine getirirken ellerinin altında yukarıda özellikleri arz edilen resmi ve özel tedvinlerle birleştirilen sultanî hukuk derlemeleri bulundururdu⁵². Ayrıca kadılar padişah’tan gelen emir ve fermanları da resmî sicillere geçirerek gerektiğinde üzerinde değişiklikleri kaydederlerdi⁵³. Dolayısıyla Osmanlı Kadısı yalnızca yargılama görevini yerine getiren bir hukuk adamı değil, aynı zamanda bir takım idari görevleri de ifa eden bir bürokrattır.

Osmanlı örfî hukuk uygulamasında zaman zaman şer’î hukuka aykırı örfî hukuk kurallarının konulduğu da olmuştur⁵⁴. Bu durumun örfî hukukun tanım ve nitelikleriyle doğrudan ilgisi olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Büyük ölçüde insan iradesinin ön planda olduğu bu tip düzen-

48 Demir, s. 278.

49 Akgündüz, Ahmet (2009), *İslam Hukuku ve Osmanlı Tatbikatı Araştırmaları*, 1. Basım, İstanbul, Osav Yayınları, s. 344.

50 Akgündüz, Ahmet (2006), *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, C:1, 2. Baskı, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s. 87.

51 Osmanlı kadısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ortaylı, İlber (1994), *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı*, Ankara, Turhan Kitabevi.

52 İnalıcık, Halil (2009), *Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ*, (Çev. Ruşen Sezer), 14. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, s. 81.

53 Akgündüz, Ahmet (2009), “İslam Hukukunun Osmanlı Devletinde Tatbiki: Şer’iyye Mahkemeleri ve Şer’iyye Sicilleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S:14, s.45.

54 Durhan, İbrahim (1999), “Osmanlı Hukukunun Yapısı Üzerine Bir Etüd”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:3 S:1, s. 227.

lemeler kamu otoritesi ya da otorite adına hareket eden kişiler tarafından şer'i hukuka aykırı şekilde uygulanmıştır. Kimi zaman fetva alınmak suretiyle kimi zaman da İslam Hukukunun verdiği bir yetki kullanılıyormuş gibi gösterilerek örfi hukuk şeklen şer'i hukuka uydurulmaya çalışılmıştır. Bazı dönemlerde ta'zir hakkının kullanımı gerekçesiyle cezaların suçlarla orantılı olması kuralı gözetilmeden ağır cezalar konulması bu duruma örnektir⁵⁵. Yine bazı kanun-name metinlerinin nişancılar tarafından “emr-i şer muteberdir, kanunu yoktur.” ibaresi kullanılarak değiştirildiği görülmektedir⁵⁶.

B. OSMANLI YARGI SİSTEMİ

Osmanlı Devletindeki mahkeme teşkilatı İslam hukukunun erken dönemlerinden itibaren kurulup gelişen bir yapının devamı niteliğindedir. Özellikle Abbasi devrinde önemli ölçüde sistemleştirilen yargı teşkilatının özelliklerinin⁵⁷ birçoğu önce Selçuklu Devleti'ne, oradan da Osmanlılara intikal etmiştir⁵⁸. Ancak kadıların görev tanımlamaları, bağlı oldukları hukuki esaslar ve mahkemelerin işleyişi, diğer İslam devletlerinde var olan idari ve yargısal kurumların aldıkları şekil incelendiğinde Osmanlı uygulamasında bu teşkilat yapısının önemli değişikliklere uğrayıp kendine özgü bir karakteristik yapıya sahip olduğu görülmektedir⁵⁹. Pek çok alanda olduğu gibi bu alanda da Osmanlı Devleti, devraldığı mirası daha da geliştirip kurumsallaştırmıştır.

İslam hukukunda kişiler arasında çıkan anlaşmazlıkları çözmeye görev ve yetkisi monarşilerin hepsinde olduğu gibi devlet başkanına aittir. Osmanlı Devleti'nde padişahlar bu yetkilerini kazasker adında baş kadılar tayin edip onların diğer kadıları belirlemesi şeklinde kullanmışlardır⁶⁰. Bu, yargı yetkisinin padişah adına gerçekleştirilmesinin sonucudur. Osmanlı Devleti'nde kazaskerlik makamı ilmiye sınıfı içinde ve hatta onun zirvesinde olan üst düzey bürokrasiyi ifade eder. Osmanlı uygulamasında Anadolu ve Rumeli kazaskerliği ihdas edilmiş olup, Rumeli kazaskeri rütbece üstündür. Şeyhülislamın çoğu Rumeli kazaskerliğinden gelmedir.

55 Aydın (2013), s. 76. Siyaseten katl uygulamalarında bu duruma rastlanmaktadır.

56 Akman, Mehmet (2007), “Örf”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi C:34, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 93.

57 Daha geniş bilgi için bkz. Atar, Fahrettin (1979), İslam Adliye Teşkilatı, 1. Baskı, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.

58 Saydam, Abdullah (1999), Osmanlı Medeniyeti ve Tarihi, 2. Baskı, Trabzon, Derya Kitabevi, s. 284.

59 Durhan, İbrahim (2008), “Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilatındaki Gelişmeler”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12 S:3-4, s. 55; Aydın (2013), s. 77.

60 Bozatay, Şeniz Anbarlı/Demir, Konur Alp (2014) “Osmanlı Adli ve İdari Sisteminde Kadılık: Kurumsal Bir Değerlendirme”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:6 S:10, s. 76; Ekinci (2012), s. 368.

İslam hukuk terminolojisinde “hüküm, karar, hâkimlik” anlamlarına gelen kadı sözcüğü, Arapçada yargı anlamına gelen “kaza” sözcüğünün “ism-i failidir”⁶¹ ve imparatorluğun her yerinde hukuki uyuşmazlıkların çözüldüğü şeriye mahkemeleri veya meclis-i şer’ denilen genel mahkemelerde görev yapar. Bu mahkemelerde teorik olarak çok hâkimli yapı mümkün olmakla birlikte genelde bir tek kadı ve mahkemenin görev bölgesinin genişliğine göre çeşitli sayılarda yardımcılar (naib) bulunur⁶².

Yüksek İslami ilimler ile devrin pozitif bilimlerinin okutulduğu medreselerin yüksek kısmından mezun olanlara *danişmend* adı verilir ve bu kimseler bir ilmi heyetin önünde çok zorlu yazılı ve sözlü sınavlardan geçerek İstanbul Ruûsu denilen dereceyi alırlardı⁶³. Bu dereceden sonra kişiler, kazasker ko-nağında *mülâzemet* (staj) defterine kaydolup eğitimlerini tamamladıklarında kazasker tarafından kadı olarak atanabilirlerdi⁶⁴.

Kadılar görev bölgelerinin hudutlarında ve görev süreleri⁶⁵ içinde örfi ve şer’i hukuk alanlarında hem ceza hem de hukuk davalarını kapsayan çok yönlü bir yargı görevi icra ederlerdi⁶⁶. Taraflar mutlaka toprak kadısına başvurmak zorundadırlar. Ancak bizzat kadı şikâyet edilecekse divanın göstereceği kadıya şikâyet edilmesi söz konusu olur.⁶⁷ Ayrıca bazı kadılıklar ihtisas mahkemesi işlevindedir. Örneğin Eyüp mahkemesi su hakları konusunda ihtisas sahibidir⁶⁸. Öte yandan mahkemelerin bazı tür davalara bakmaktan alıkonuldukları da görülmektedir. Örneğin terekesi beytül-mâla kalan kimselerden 3000 akçeden fazla alacak iddia edenlerin davalarına şeriye mahkemelerinde değil

61 Gökçe, Turan (1994), “Anadolu Vilayeti’ne Dair 919 (1513) Tarihli Bir Kadı Defteri”, Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Bölümü Tarih İncelemeleri Dergisi, S:9, s. 215.

62 Aydın (2013), s. 78.

63 Ortaylı, İlber (2010), Osmanlıyı Yeniden Keşfetmek, 30. Baskı, İstanbul, Timaş Yayınları, s. 128.

64 Ekinci (2012), s. 369. Kadıların sıkı bir eğitim süreci ve zorlu sınavlardan geçerek yetişmeleri dikkat çekicidir. Zira klasik dönem Osmanlı Devleti’nin bürokratik yapılanması içinde neredeyse sadece müderris veya kadı olabilmek için belli bir eğitim ve diploma şartı aranmıştır.

65 Kadılar öğretim faaliyetinden uzun süre uzak kalmalarının aleyhlerine olacağı ve uzun süre bir bölgede görev yapmanın yöre halkıyla ilişkilerini kuvvetlendirip tarafsızlıklarını gölgeleyeceği düşüncesiyle bir yıl, üç yıl, yirmi ay gibi kısa sürelerle tayin edilmişlerdir. Bkz. Üçok ve diğerleri, s. 245. Ayrıca kadılara kadro bulma çabası da görev sürelerinin kısalmasına neden olmuştur. Bkz. İnalçık, Halil, (2012), “Kazasker Ruznamçe Defterine Göre Kadılık”, Adalet Kitabı, 1. Baskı, Ankara, Kadim Yayınları, s. 136.

66 Şentop, Mustafa (2006), “Tanzimattan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S:1, s. 91-104.

67 Akdağ, Mustafa (1975) Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası Celali İşyanları, 1. Basım, Ankara, Bilgi Yayınevi, s. 91.

68 Yakut, Yakup (2006), 19. Yüzyıl Sonlarında İnegöl, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 9.

kazaskerlik mahkemesinde bakılır⁶⁹. Klasik İslam yargılama hukuku ve yargı teşkilatı uygulamalarıyla kıyaslandığında bir çeşit ihtisaslaşma anlamına gelen bu durum Osmanlı uygulamasının kurumsallığının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

Erken dönemlerde karşılaşılan uygulamalar bir tarafa bırakılırsa İslam hukukundaki genel teamülde olduğu gibi Osmanlı Devletinde de yargı, yönetimden ayrı ve bağımsız olarak teşekkül etmiş; kadılar kazasker veya şeyhülislam tarafından atanarak, gönderildikleri yerlerdeki yerel yöneticilerden bağımsız ve sadece merkeze karşı sorumlu olmuşlardır⁷⁰. Günümüz modern hukuk sistemleri ve demokrasilerin vazgeçilmez unsuru olarak kabul edilen “yargı bağımsızlığı” ilkesinin tipik bir görüntüsü olarak kabul edebileceğimiz bu uygulama, Batı’da ancak XIX. yüzyılın ortalarından itibaren kabul edilmeye başlanmıştır.

Kadı yargısal görevlerinin yanı sıra merkezi idarenin emirlerini yerine getiren bir memurdur ve idari görevleri de vardır⁷¹. Kadının idari görevleri arasında çarşı pazarı, satılan malları, bu mallarda bulunması gereken özellikleri, fiyatları denetlemek, fiyatlara narh koymak faaliyetlerini sayabiliriz. Bu tür işlerde kadınların en büyük yardımcıları ihtisab ağası veya muhtesib denen görevlilerdir⁷². Ayrıca görev çevresindeki vakıfların şartlarına uygun yönetilmesini ve vergilerin hukuka uygun şekilde toplanmasını denetlemek yanında imam, hatip, vaiz gibi görevlileri tayin etmek, has ve tımarları teftiş etmek gibi birçok iş de kadının görevleri arasındadır⁷³.

Görevli olduğu işlere bakıldığında kadı yargı ve yürütme ile ilgili işlemleri birlikte yürütmektedir. Bu birleşme kendinden önceki örneklerde olduğu gibi yürütme bünyesinde değil, yargı bünyesinde olduğu için hukuk devleti

69 Ekinci (2012), s. 371.

70 Ekinci (2012), s. 372.

71 Anıl, Yaşar Şahin (1993), Osmanlı’da Kadılık, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, s. 43-46.

72 Bunların dışında, kadınların idari ve kazâî işlerini yaparken onlara yardımcı olan nâib, şühûd’l-hâl, kassâm ve kâtip gibi birçok yardımcısı bulunmaktadır. Ayrıca kadınlar sıklıkla müftülerin hukuki bilgisine başvurmuşlardır. Bkz. Aydın (2013), s. 82.

73 Akbulut, İlhan (2000), “Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4 S: 1-2, s. 225. Kadınların bu görevlerinin çeşidi kadılık yaptıkları yere ve zamana göre artıp eksilmektedir. Bkz. Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (2014), Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilâtı, 4. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 113. Burada sayılan görevler dışında vakıfların kurulması ve sentlerin tanzimi, köle azadı, vasiyetnamelerin tanzimi, terekenin taksimi, alım satım, kira, vekâlet, rehin, nikâh gibi hukuki işlemlerin yapılması ve boşanmaların tescili gibi bugün noterler, evlenme ve nüfus memurlarının yaptığı işlemler de eklenince Osmanlı Devletinde kadının ne kadar çok ve çeşitli kazâî, idarî, mülkî, askerî görevleri bulunduğu görülmektedir. Akdağ, Mustafa (1955), “Osmanlı Müesseseleri Hakkında Notlar”, Ankara Üniversitesi Dil Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi, C: 13 S:1-2, s. 48.

ilkesinin gerçekleşmesi bakımından dikkat çekici bir noktadır⁷⁴. Bu durum Tanzimat dönemine kadar devam etmiş, bu dönemde gerçekleştirilen idari reformlar sonrasında idari görevleri yerel yöneticilere aktararak uhdesinde sadece yargısal görevleri bırakılmıştır⁷⁵.

Osmanlı yargı teşkilatının yapısı esas itibarıyla tek dereceliydi ve davalar genel mahkeme görünümündeki şer'iyye mahkemelerinde kadı marifeti ile görülürdü. Ancak Osmanlı Devleti'nde, şer'iyye mahkemeleri dışında, merkezde bulunan Divan-ı Hümayun'un, veziriazam divanları ile kazaskerlerin, ayrıca esnaf üzerinde lonca ve benzeri meslek kuruluşlarının, mali konularda defterdarların, askerler üzerinde yeniçeri ağası ve kaptan-ı deryanın ve ayrıca tımar ve araziyle ilgili bazı konularda beylerbeyi ve sancakbeyleri⁷⁶ divanlarının bir kısım yargı yetkileri mevcuttu⁷⁷. Fakat bu durumu yargı sisteminde çok başlılık ya da dağınıklık olarak değerlendirmek de doğru değildir. Çünkü hepsinin görev tanımlamaları ayrı ayrı yapılmıştır.

Osmanlı yargı teşkilatında bir de Cemaat Mahkemeleri ile Konsolosluk Mahkemeleri bulunurdu. Gayrimüslim tebaa kendi aralarındaki ahvâl-i şahsiyeye ilişkin (şahıs, aile ve miras hukuku) uyuşmazlıklarını kendi dini hukuk sistemlerine ait kurallar çerçevesinde çözülmek üzere cemaat mahkemeleri denilen ruhani meclislerine götürebilirlerdi⁷⁸. Ayrıca Osmanlı ülkesinde bulunan müste'menler⁷⁹ olarak adlandırılan ecnebler 1535 yılında ilk defa Fransızlara olmak üzere sonradan bütün Avrupalı devlet vatandaşlarına tanınan ayrıcalıklarla kendi aralarındaki belirli ihtilafları konsolosluk mahkemelerinde çözmeye konusunda tercih sahibi olmuşlardır⁸⁰. Sayılan bu özel mahkemeler tercihe bağlı olarak işlev görürler, taraflardan birinin rızası bulunmazsa olay genel mahkeme olan şer'iyye mahkemesine taşınırdı⁸¹. Kaldı ki taraflardan biri Müslümansa uyuşmazlık her halükarda şer'iyye mahkemesinde çözümlenmek zorundadır.

74 Saydam, s. 287.

75 Kaya, Kemal (2007), "Tanzimat'tan Önce Belediye Hizmetleri ve Voyvodalar", Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, C:26 S:41, s. 103,104.

76 Sancak Beyinin yargılama yetkisine dair açıklamalar için Bkz. Fendoğlu, Hasan Tahsin (1996), İslam ve Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı Anayasa Tarihi Açısından Muka-yeseli Bir İnceleme, 1. Baskı, İstanbul, Beyan Yayınları, s. 136.

77 Ekinci, Ekrem Buğra (2001), "Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Klasik Devir)", Belleten, C:65 S:244, s. 963-964.

78 Aydın (1994), s. 420.

79 Müste'men, İslam ülkesine izinli (pasaportlu ve/veya vizeli) ve süreli olarak giren gayrimüslimlere denir.

80 Demir, s. 161.

81 Aydın (1994), s. 421.

III. KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUKU'NDA PADİŞAHIN YARGI YETKİSİ

Devlet başkanı ya da siyasi otorite olarak Osmanlı padişahının yargıya ilişkin yetkilerini açıklayabilmek için İslam kamu hukukunda siyasi otoriteyi ifade eden halifeye kısaca göz atmak yerinde olacaktır.

A. HALİFE VE YARGI YETKİSİ

İslam Hukukunda devleti yöneten kişi ya da otoriteye, bir kimseye hâlef olan, onu temsil eden anlamlarına gelen halife denmektedir⁸². Halife için *emîrü'l-mü'minin* veya *veliyyü'l-emr* tabirleri de kullanılmaktadır⁸³. Devlet başkanları Hz. Peygamber'in halefidirler⁸⁴. Hz. Peygamber'in yaşadığı dönemde İslam toplumuna reislik, kadılık, imamlık ve kumandanlık yapmış olması nedeniyle, halefi olan devlet başkanları da müminlerin emini, imamı manalarına gelmek üzere *ulülemir*, *emirülmüminin*, *imamülmüslimin* olarak isimlendirilmektedir⁸⁵. Kuşkusuz halifeye böyle anlamlar yüklenmesinde günün şartları etkili olmuştur. Hz. Peygamber'in risalet görevinin dışında bir devlet kurucusu, devlet adamı olması doğal olarak kendisinin halefi sayılacak siyasi otoriteye de bu tip görevlerin yüklenmesini zaruri kılmıştır.

Hilafet, halk ile halife arasında bir sosyal sözleşme gibidir. Bu sözleşme kurulurken Halife İslami kurallar çerçevesinde hareket etmek, halk ise itaat etmek edimleri altına girmektedir⁸⁶. Bu durumu imamet sözleşmesi denilen siyasi nitelikli bir akitle karşılayanlar da vardır. İmamet sözleşmesi ile milletin itaat altına girmesi için halife olacak kişinin icabı, ümmetin kabulü ve yine ümmetin halifeye biat etmesi şeklinde üç şartın varlığı gereklidir⁸⁷. Ancak buradaki biat ve itaatin her koşulda olacağını söylemek İslam devlet anlayışıyla bağdaşmaz. Çünkü dört halife döneminde bizzat Hz. Peygamber'in ashabı adalet ve şeriatten ayrılan halifeyi gerekirse kılıçlarıyla düzeltceklerini deklare etmişlerdir.

82 Karaman, Hayrettin (1984), *Anahatlarıyla İslam Hukuku Giriş ve Amme Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, Ensar Neşriyat, s. 192.

83 Ekinci (2012), s. 213.

84 Demir, s. 131.

85 Ansay, Sabri Şakir (1958), *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Düzeltilmiş ve Genişletilmiş* 3. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, s. 307-308.

86 Ekinci (2012), s. 219.

87 Özçelik, A. Selçuk (1956) "İslam Hukukuna Göre Hükümdarın Hukuki Durumu", *Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Ordinaryüs Profesörü Dr. Tahir Taner'e Armağan*, 1. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 147.

Müslüman, erkek ve vücudu tam, güç sahibi ve ilim sahibi kimseler arasından⁸⁸ Sünni ve Şii mezheplerde ayrı ayrı yöntemlerle olmak üzere⁸⁹ göreve getirilen halife, Hz. Peygamber'in temsilcisidir ve onun adına hukuku uygular⁹⁰. Ancak İslam devleti teokratik karakter taşımadığı için halifenin hukuka uymakta tebaadan bir farkı bulunmamaktadır. İslam hukukunun hiçbir kaynağı halifeye kudret ve imtiyaz bahşetmemiş, onu bir ümmetin ferdi olarak tasvir etmişlerdir⁹¹. Her insan gibi hata yapıp gerekirse genel mahkemeler tarafından yargılanıp cezalandırılabilmesi kabul görmüştür⁹². Bu nedenle Halife, devleti yönetirken İslam hukuku kurallarına uymak zorundadır. İslam hukukunun kural koymadığı alanlarda ise kamu yararını gözetmek şartıyla sınırlı bir yasa yetkisine sahiptir⁹³. Bu duruma ilişkin bir açıklama Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 58. maddesinde yer almaktadır. İlgili madde "Raiyye, yani teb'a üzerinde tasarruf maslahata menuttur (bağlıdır)" demektedir⁹⁴.

Halifenin İslam toplumunun üyesi diğer bireylerle karşılaştırıldığında hiçbir ayrıcalığı bulunmamasına rağmen, onlara nazaran çok ağır görevleri bulunmaktadır. Halifenin üzerine düşen görevler klasik fıkıh kitaplarında on madde altında özetlenmiştir⁹⁵:

- a) İslam dinini, ilk devirde tespit edilen esaslara uygun olarak muhafaza etmek, dine yönelen şüpheleri bertaraf etmek, bunun için gereken hakları korumak ve cezaları uygulamak;
- b) Çekişmeli taraflar arasında şer'i hükümleri uygulamak, adaleti tevzi etmek yani yargılama hukukunu tatbik etmek;
- c) Emniyet, huzur ve asayiş sağlamak;
- d) Ülkenin sınırlarını korumak ve dış tehditlere karşı gereken tedbirleri almak;
- e) İslamiyeti yaymak ve gerekirse bu uğurda cihad (savaş) yapmak;
- f) Devletin gelirlerini meşru yollar ve ölçütler içinde kimseye haksızlık etmeden tahsil etmek;
- g) Devlet hazinesinden (beytülmal) yapılan harcamaları, başta devlet memurlarının maaşları olmak üzere, adalet ölçütleri içinde yapmak;

88 Ansay, s. 309.

89 Aydın (2013), s. 108.

90 Ekinci (2012), s. 214.

91 Karaman (1984), s. 198.

92 Karaman, Hayrettin (1996), *Mukayeseli İslam Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Nesil Yayınları, s. 97.

93 Ekinci (2012), s. 223.

94 Berki, s. 24.

95 Cin/Akgündüz, s. 175; Cin/Akılmaz, s. 98; Karaman (1996), s. 97-98.

h) Kamu hizmetlerinin eksiksiz yürütülmesi için layık olanlar arasında kamu görevlilerini tayin etmek;

i) Müslüman halkın idaresini, yapacağı tetkik ve araştırmalarla bizzat kontrol etmek; zevk eğlenceye dalarak idareyi yeteneksiz dalkavuk ellere teslim etmemek.

Yukarıda sayılan İslam hukukunda siyasi otoriteyi ifade eden halifenin yürütme ve yargı görevleri yanında sınırlı da olsa bir yasama yetkisi bulunmaktadır.

Anlaşıldığı üzere Halife tüm klasik monarşilerde olduğu gibi yargı fonksiyonunun başıdır. Halifenin asli yargı görevi hüküm vermek, yani teb'a arasındaki hukuki ihtilafları şer'i kurallar çerçevesinde çözmektir⁹⁶. Bu görevi ile halife yargı fonksiyonunun başı haline gelmekte ve baş hâkim, baş yargıç olarak nitelendirilmektedir⁹⁷. Hz. Peygamberin Medine'ye gelmesinden sonra kurulan devlette nihai yargı merci olması, gerek Müslümanların gerek gayrimüslimlerin cezai ve hukuki uyuşmazlıklarını bizzat yargılama yaparak çözmesi halifenin yargı görevinde belirleyici olmuştur. Aslında Halifenin baş hâkim (baş kadı) olarak görülmesi de bu geleneğin bir devamıdır⁹⁸. Daha sonraki dönemlerde de örneğin Osmanlılarda Yıldırım Bayezid yargı divanları kurup dava dinlemişlerdir⁹⁹.

Halifenin görevleri arasında hukuki anlaşmazlıkların çözülmesi ve adaletin dağıtılması ile adli kararların infazı ve ceza hukuku kurallarının uygulanmasının bulunması¹⁰⁰ nedeniyle halife olacak kişinin müçtehit hukukçu seviyesinde ilim sahibi olması gerektiği savunulmuştur¹⁰¹. Ancak bu ilmin derecesi konusunda fıkıhçılar bir noktada buluşmamışlardır. Örneğin Hanefi hukukçular bu derecede bir ilmin gerekli olmadığı düşüncesindedirler. Fıkıhî kafi derecede bilmesinin yeterli olduğunu, müçtehitlik mertebesinin gerekmediğini savunmuşlardır¹⁰². Zira halife isterse devrin müçtehitlerinden yararlanabilme imkânına sahiptir¹⁰³. Kanaatimizce Hanefi hukukçuların bu konudaki düşüncesi daha isabetlidir. Zira İslam hukukunda halife siyasi otoriteyi ifade

96 Ekinci (2012), s. 223; Karaman (1996), s. 97.

97 Ancak devlet başkanı kendisiyle ilgili davalara bakamaz, Atar, s.116-117.

98 Aydın (2013), s. 120.

99 Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1998), Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, 3. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, s. 1; Mumcu, Ahmet (1986), Divan-ı Hümayun, 2. Baskı, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları, s. 23.

100 Cin/Akyılmaz, s. 80.

101 Cin/Akgündüz, s. 171.

102 Özçelik, s. 151.

103 Aydın (2013), s. 114.

etmektedir. Devletin nüfusu arttıkça yargı sisteminin daha da kurumsallaşması kaçınılmaz bir zarurettir. Bu kadar fazla görev tanımlaması olan halifenin kuşkusuz en önemli görevi siyasi otoriteyi temin etmektir. Kapsamlı, fonksiyonel ve liyakat ölçüsünde oluşturulmuş kurumsal bir yargı teşkilatı siyasi otoritenin yargı fonksiyonunu ifa etmesinde yeterli olacaktır.

Devlet başkanları uhdelelerindeki ağır görevleri tek başına ifa edemez hale geldiklerinde, bunun için vezirler, kadılar, memurlar gibi yardımcılar kullanmaya başlamışlardır¹⁰⁴. Kısaca bir bürokratik teşkilatlanma da diyebileceğimiz bu durum yargı görevi için de geçerlidir. İslam'ın ilk devirlerinde halifeler yargı görevlerini bizzat kendileri ifa edebilirlerken, zamanla toprakların genişlemesi, buna bağlı olarak teb'anın büyümesi ve hukuki uyumsuzlukların artması şahsi iş görmeyi imkânsız hale getirmiş ve halifeler yargı görevini yardımcılar vasıtasıyla yerine getirmek zorunda kalmışlardır¹⁰⁵. Bu durum yurkarıda sözünü ettiğimiz fonksiyonel ve kurumsal yargı sisteminin kurulmasını zorunlu kılmıştır. İşte İslam hukukunun öngördüğü yargı sistemi bu şekilde oluşmuş, her birime atanan kadılar kamuyu temsilen yargı görevini ifa etmeye başlamışlardır.

Yargı fonksiyonuna dair görevlerini icra etmeleri için halifenin kendisini temsilen atadığı kadılarla arasındaki ilişki bir vekâlet akdi ilişkisi olup¹⁰⁶, kadıların sorumlulukları doğrudan halifeye karşıdır¹⁰⁷. Kadıların sorumluluklarının halifeye karşı olması, halifenin kadıları denetleme durumunu doğrulamaktadır. İlk halifelerin yargı mercileri tarafından verilen kararları denetlemiş olduklarını kaynaklar doğrulamaktadır¹⁰⁸. Bunun doğal bir sonucu olarak da Halife atadığı kadıyı azledebilir¹⁰⁹. Ancak halifenin şahsında görünen atama yetkisinin ilk ve asıl sahibi ümmet olduğu için hem sebepsiz azil söz konusu olamaz¹¹⁰; hem de kadının kamusal gücünün kaynağı halk olduğu için halifenin vefatı ve azli ile kadıların görevleri sona ermez¹¹¹. Bu bağlamda bir çeşit

104 Karaman (1996), s. 98.

105 Ansay, s. 308.

106 Ekinci (2012), s. 227.

107 Ansay, s. 308.

108 Aydın (2013), s. 120.

109 Özkorkut, Nevin, Ünal (2008), "Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:57 S:1, s. 231.

110 Devlet başkanının azli için gerekçe gösterme mecburiyeti konusunda hukukçular arasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Fendoğlu (1996), s. 249 vd.

111 Durhan, İbrahim (2000), "Divan-ı Hümayun'un Yargı Yetkisi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4 S:1-2, s. 62-63; Karaman (1984), s. 188.

yargı bağımsızlığı ve günümüzün hakimlik teminatından söz edilebilir. İslam hukukunun teşekkül dönemlerini tarih itibariyle değerlendirdiğimizde kuşkusuz bu çok dikkat çekici bir durumdur. Aynı dönemlerde dünyada en çok bilinen Roma hukuku ve kilise hukuku için bu ilkelerden söz edebilmek mümkün gözükmemektedir

İslam hukukundaki halife ile ilgili düzenlemeler diğer Müslüman hükümdarları için de uygulanmıştır¹¹². Çünkü diğer Müslüman devletlerdeki siyasi otoriteler de bir İslam toplumunu yönetmektedir. Halife gibi kapsayıcı bir güç olmasa da hukuki anlamda ve özellikle icraatlarının doğuracağı sonuçlar bakımından bulundukları mevkiin önemi onları tıpkı bir halife gibi hem yetki hem de sorumluluklarla donatmaktadır. Hem bir halife kadar güçlü hem de bir halife kadar hak ve adalet hususunda hassas olmaları gerektiği beklentisi, Müslüman devlet başkanlarının halifeler için geçerli düzenlemelerle bağlı olmaları sonucunu doğurmuştur.

B. OSMANLI PADİŞAHI VE YARGI YETKİSİ

Sözlük anlamı “iktidar sahibi kimse, hükümdar” olan Padişah Osmanlı hükümdarlarının unvanları arasında örfi hükümdarlık sıfatını ifade etmektedir¹¹³. Padişah, Osmanlı devletinin başkanıdır. Bu bakımdan hukuken İslam hukukundaki halife konumundadır ve halife için geçerli olan hükümler padişah için de geçerlidir¹¹⁴. Osmanlı padişahlarının halifelere tanınan hak ve yetkileri de haiz olduğu söylenebilir¹¹⁵.

Yavuz Sultan Selim Kahire’yi fethettikten sonra Abbasi halifesinin halifeliği kendisine devrettiği ve bu vakaya dayanarak özellikle XVI. Yüzyıldan sonra Osmanlı padişahlarının halife unvanını da kullanmış oldukları iddia edilmektedir¹¹⁶. Oysa Yavuz Sultan Selim ve halefi Kanuni Sultan Süleyman’ın bu unvanı hiç kullanmamış olmaları söz konusu iddiayı çürütmektedir. Hatta iddia edilen olaydan önce Fatih Sultan Mehmet ve II. Bayezid hilafete benzer unvanlar kullanmışlardır¹¹⁷. Bu bakımdan Osmanlı padişahlarının kullanmış

112 Demir, s. 131.

113 İnalcık Halil (2007), “Padişah”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C:34, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 140.

114 Ekinci (2012), s. 230.

115 Cin/Akgündüz, s. 186.

116 Güriz, Adnan (1991), “Türkiye’de Hukuki Pozitivizm”, Anayasa Yargısı Dergisi, S:8, s. 147.

117 Ortaylı, İlber (2008), Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 2. Baskı, Ankara, Cedit Neşriyat, s. 198.

oldukları halife unvanlarının gazada önderlik eden, İslam topluluğunu yöneten şeklinde sınırlı bir anlamı bulunmakta, tüm İslam âleminin önderliği ihtimali zayıf kalmaktadır.

Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan yıkılışına kadar Padişahların sadece Osmanoğulları hanedanının erkek üyeleri arasından gelebileceği kuralı hâkim olmuştur¹¹⁸. Osmanlı tarihi boyunca egemenliğin Osmanlı hanedanına ait olduğu düşüncesi hiç sorgulanmamıştır. Osmanlı Devleti'nin çağdaşları olan klasik Avrupa monarşilerinde kanlı ve kimi zaman da devletlerarası mücadelelere neden olan taht kavgaları yaşanırken, Osmanlı hanedanını devirmek gibi bir girişimle hiç karşılaşmamıştır.¹¹⁹ Hatta Osmanlı hanedanı eski Türk devlet geleneğindeki kut inancına benzer şekilde bir çeşit kutsamayla karşı karşıyadır. Bu durum hakanın ancak ve ancak Açınoğulları denilen belli bir sülaleden gelebileceği Türk geleneğinin bir devamı niteliğindedir¹²⁰. Padişahın yönetme yetkisine çeşitli nedenlerle son verildiği, tahttan indirildiği dönemler elbette yaşanmıştır. Fakat Padişah tahtan indirilse bile yerine geçecek isim mutlaka bir Osmanoğlu olmuştur¹²¹.

Osmanlı Devleti'nde yönetici erkin belirli bir hanedana mensubiyeti, devlet eşittir hanedan şeklinde bir sonuç doğurmamıştır. Devletin padişah ve ailesinden bağımsız bir varlığı mevcuttur¹²². Bu durumu yaratan en önemli etken Osmanlı Devletinin monarşinin standart bir şekli olmaması, padişahın yetkilerinin çeşitli açılardan sınırlandırılmış olmasıdır. İslam devlet şeklinin din esaslarına dayanıyor olmasının ona teokratik bir karakter kazandırmadığından, devletin yöneticisine olağanüstü yetkiler bahşetmediğinden yukarıda söz edilmişti. Bu duruma benzer şekilde Osmanlı devletinin şeklini de tam olarak klasik monarşi olarak adlandırmak doğru değildir. Osmanlı devlet şekli kendine özgü nitelikler taşımaktadır¹²³. Zira Osmanlı padişahları kamu yararı ile sınırlı bir yönetme yetkisine sahiptirler. Padişahla reaya arasındaki ilişki Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin 58. maddesinde "Raiyye, yani tebaa üzerinde ta-

118 Üçok ve Diğerleri, s. 221; Armağan, Abdüllatif (2011), "Klasik Dönemde Osmanlılarda Devlet Yönetim Anlayışına Dair Bazı Düşünceler", Gazi Üniversitesi Akademik Bakış Dergisi, C:5 S:9, s. 146.

119 Cin/Akyılmaz, s.115; Yurtseven, Yılmaz (2006), "Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, s.84.

120 Ekinci (2012), s. 233-234.

121 Üçok ve Diğerleri, s. 221; Cin/Akyılmaz, s. 115; Yurtseven, s. 84.

122 Cin/Akgündüz, s. 186.

123 Armağan, s. 143.

sarruf maslahata menuttur” şeklinde ifade edilmiştir.¹²⁴. Hatta bu ilişki yetim ile vasisi arasındaki ilişkiye benzetilmiştir¹²⁵. Yönetme yetkisinin bir emanet olduğu, bu yetkinin ancak hukuk ve adalet ile kullanılabileceği vurgulanmıştır.

Osmanlı Devleti’ni klasik monarşiden ayıran, padişahın yetkilerini sınırlayan diğer bir husus ise Padişah’ın hiçbir tasarrufu dolayısıyla sorumsuz olmamasıdır. Tüm icraatları şer’i hükümlere uygun olmak zorundadır¹²⁶. Padişahın görevi şer’i hukuku icradan ibarettir, bunun dışında yine şer’i hukukun çizdiği sınırlar içinde ve ona bağlı olan bir yasama yetkisine sahip olup başkaca hiçbir imtiyaza sahip değildir.

Yukarıda açıkladığımız şer’i hukuk ile sınırlandırılmış yönetim erki, padişahın devletin sürekliliğinin ve varlığının kaynağı olarak görülmesine, siyasi ve hukukî bütün güçleri elinde toplamasına engel bir durum oluşturmamıştır. Padişah, devletin bütün yetkili kişi ve kurumlarının başı ve hatta onların varlık sebebidir. Bu yönüyle Osmanlı siyasi iktidarı olan padişah, eski Türk egemenlik anlayışının izlerini taşıdığı gibi, İslam hukukunun öngördüğü siyasi otorite tipine de uymaktadır.

Osmanlı klasik döneminde padişah devletin bütün fonksiyonlarını elinde toplamıştır. Yasama, yürütme ve yargı güçlerinin kullanılmasında mutlak egemendir¹²⁷. Başka bir deyişle Osmanlı Devleti’nde bütün monarşilerde olduğu gibi, tefrik-i kuvvâ (kuvvetler ayrılığı) değil, tevhid-i kuvvâ (kuvvetler birliği) prensibi geçerlidir. Ancak bu durum teorik olup, erkin ilk sahibini göstermekte, uygulamada bu fonksiyonların her biri özel olarak kurumsallaşmış çeşitli bürokratik müesseseler tarafından vekâleten yürütülmektedir¹²⁸. Padişah bunlar üzerinde denetleyici ve dengeleyici bir misyona sahiptir¹²⁹.

Bu çalışmada padişahın yargı yetkisi konu alındığı için diğer fonksiyonlar bir yana bırakılıp, yargı fonksiyonu üzerinde durulmaktadır. Bu çerçevede öncelikle padişahın yargı yetkisini bizzat kendisinin kullandığı durumların, ardından da çeşitli araçlar yardımıyla kullandığı durumların saptanması ge-

124 Berki, s. 24.

125 Fendoğlu, Hasan Tahsin (1994), *Hukuk Tarihimizde Temel Haklar*, Konya, Mimoza Yayınları, 1994, s. 85.

126 İnalçık (2007), s. 140.

127 Seyitdanlıoğlu, Mehmet (1999), “Divan-ı Hümayundan Meclis-i Mebusan’a Osmanlı İmparatorluğu’nda Yasama”, Güler Eren ve diğerleri (Ed.), *Osmanlı*, C:6, 1. Baskı, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, s. 17.

128 Ekinci (2012), s. 238.

129 Demir, s. 251.

rekmetedir. Padişahın bizzat yargılama yapmayıp bu işi otoritesi altındaki kurumlar eliyle gerçekleştirmesi; şer'iyye mahkemesi yargılaması, Divan-ı Hümayun yargılaması ve kazasker divanında yapılan yargılamaların tamamını kapsamaktadır. Bunları sırasıyla incelemek yerinde olacaktır. Yargı bürokrasisi olarak da değerlendirebileceğimiz bu kurumların yargılama yetkileri, sembolik olarak padişahın uhdesinde olan yargı yetkisinin tezahürünü ifade etmektedir.

1. Padişahın Bizzat Yargılama Yapması

Osmanlı Devleti'nde reayanın bazı durumlarda doğrudan padişahın adaletinden yararlanma hakkı mevcuttur. Bu amaçla erken dönemde Orhan Gazi ve II. Murad'ın sabahları sarayın önünde bizzat halkın şikâyetlerini dinledikleri bilinmektedir¹³⁰. Ayrıca devletin yıkılışına kadar devam eden bir gelenek olan Cuma selamlığında bir görevli Padişah'ın yolu üzerinde halkın arz-ı hallerini (dilekçe) toplayarak sonradan padişaha arz ederdi¹³¹. Padişah bu yakınmaların gereğini kimi zaman bizzat kendisi yerine getirir¹³² kimi zaman ise işi ilgili kadiya veya direk olarak Divan-ı Hümayun'a havale ederdi. Bu havalenin nereye yapılacağı uyuşmazlığa konu olayın şer'i veya örfi olması ya da yakınılan kişinin reayadan veya askeri sınıftan olması ile ilgilidir.

Osmanlı Devleti'nde Padişahlar kendilerine intikal eden şer'i uyuşmazlıklar hakkında yargılama yapmaktan kaçınmış, bu alandaki yetkisini kadılar aracılığıyla kullanmayı tercih etmişlerdir¹³³. Örfi hukuka ilişkin konularda ise padişahın yargı yetkisi sınırsızdır¹³⁴. Öyle ki Padişah bu alanda çıkan uyuşmazlığı istediği gibi çözebilir veya çözdürebilirdi. Bu serbestliğin kaynağı padişahın örfi hukuk yaratma yetkisinde yatmaktadır. Kuralı koyanın da uygulayanın da kendisi olması Padişaha örfi yargılama alanında sınırsızlık tanımıştır. Örfi hukuk alanında hükümdar iradesi kanun olduğu için isterse uyuşmazlığı çözerken yeni bir hukuk kuralı dahi ihdas edebilirdi¹³⁵. Elbette bu durumu Padişahın keyfe keder yargılama yapma yetkisi olduğu şeklinde yorumlamamak gerekir. Çünkü İslam hukukunu uygulayan kişinin uymakla yükümlü olduğu

130 İnalçık, Halil (1998), "Adaletname", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C:1, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 346.

131 Aydın (1994), s. 402. Cuma selamlığı konusunda bakınız. İpşirli, Mehmet (1993), "Cuma Selamlığı", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C: 8, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

132 Padişahlar kuruluş yıllarında her zaman, Fatih'ten sonra ise gerekli gördüklerinde divanı hümayuna başkanlık ederek davaları bizzat dinlemişlerdir. Cin/Akyılmaz, s. 132.

133 Aydın (2013) s. 136; Cin/ Akyılmaz, s.132.

134 Özkorkut, s. 231.

135 Üçok ve diğerleri, s. 228.

kuralları vardı. Padişah yargılama yaparken bir yönetici değil bir kadı gibi hareket etmek zorunda olup yetkisini mutlak bir sınırsızlıkla kullanması söz konusu değildir¹³⁶. Sınırlı yasama yetkisine dayanarak koyduğu kuralları uygulamak noktasında dahi örfi hukukun sınırlarına riayet etmek mecburiyetindedir.

Padişahın bizzat yargılama yapması, devlet ve millet için zararlı gördüğü kişileri cezalandırabilmesi hatta öldürülmelerine dahi karar verebilmesi *ta'zir bi'l-katl* veya *siyaseten katl* olarak adlandırılmaktadır¹³⁷. Siyaseten katl uygulaması Osmanlı Devleti'nde sadece devlet adamlarının cezalandırılmasında kullanılmış ve Tanzimat Fermanı ile padişah bu yetkisinden vazgeçmiştir¹³⁸.

Siyaset kelimesinin sözlük anlamı “hükümet etme, devlet idaresi, devlet işlerini düzenleme ve yürütme sanatıyla ilgili esaslar ve devletlerarası ilişkiler kurma”dır¹³⁹. Padişahın yargı yetkisinin içindeki anlamı ise devlet idaresi amacıyla alınan tedbirler ve bununla ilgili olarak padişahın verdiği ölüm cezasıdır¹⁴⁰. Bu yetkinin bir örfi hukuk uygulaması olan ta'zire dayandığı ve kaynağını şer'i hukuktan aldığına dair daha önce açıklamalar yapılmıştı. İster padişahın örf yetkisine dayanarak ceza alanını düzenlemesi olarak nitelendirilim ister bir şer'i ta'zir yetkisi olarak değerlendirelim, padişahın vermiş olduğu ölüm cezalarına siyaset adı verilmektedir¹⁴¹. Egemenlik kavramı ile ilgili öneminden dolayı Osmanlı uygulamasında özellikle kardeş katli ve kul sistemi uygulamalarında bu cezalandırma yöntemine sıkça başvurulduğunu burada belirtmekte yarar vardır.

Siyaseten katl cezasının verilmesinden önce bir soruşturma yapıldığı, bu soruşturma esaslarına göre şeyhülislamdan fetva alındığı ve ancak sonrasında cezanın padişah fermanı ile resmîlik kazandığı anlaşılmaktadır¹⁴². Fakat Osmanlı dönemi siyaseten katllerinde yargılamasız soruşturmalara, soruşturmasız fermanlara da rastlanmaktadır¹⁴³. Bu arada siyaseten katl cezasının infazından önce affının da mümkün olduğunu belirtmek gerekir¹⁴⁴.

136 Fendoğlu (1996), s. 158.

137 Tanör, Bülent (1999), Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri, 3. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, s. 29. Siyaseten katl ile ilgili geniş bilgi için bkz. Mumcu, Ahmet (2007), Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara, Phoenix Yayınları.

138 Üçok ve diğerleri, s. 331; Devlet adamlarının böyle bir tehdit altında olmaları, devlet memurları ve kadıların faaliyetlerine itirazı olanların en son padişaha müracaat etmelerine vesile olmuştur. Bkz. Ekinci (2012), s. 240.

139 Devellioğlu, s. 959.

140 Katgı, İsmail (2013), “Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl (Hukuki Mahiyeti, Sebepleri, Usulü, İnfazı ve Sonuçları)”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C:6 S:24, s. 182.

141 Mumcu (2007), s. 41.

142 Katgı (2013), s. 192-193.

143 Uzunçarşılı (1988), s. 13; Mumcu (2007), s. 92-99.

144 Cin/Akgündüz, s. 337.

Osmanlı Devleti'nde reayanın ve ilmiye sınıfını oluşturan ulemanın katlinin son derece sınırlı olduğunu, bu cezanın daha çok devşirme kökenli kullar olan askeriler üzerinde uygulandığını söylemek gerekmektedir¹⁴⁵. Elbette bunun nedeni ulema sınıfının Müslüman-Türk kökenli kişilerden geliyor olmalarıdır. Çünkü doğuştan Müslüman olan bir kimsenin yargılanmadan infazı İslam hukuku çerçevesinde mümkün değildir. Ancak teorik olarak padişahın kulları kabul edilen devşirme kökenli asker veya sivil bürokratlar için böyle bir durum söz konusu değildir. Mukadderatları padişahın iradesine bağlı olan bu “özgür köleler”, veziriazam sıfatıyla siyasi iktidarın zirvesine oturarak padişahın mutlak vekili olabilmelerine karşılık zaman zaman yargılama dahi yapılmaksızın infaz edilerek aileleri sürgüne tabi tutulup, malları müsadere edilmiştir.

İlmiye sınıfı diğer kişi grupları arasında avantajlı bir yere sahiptir. Ancak sınırlı hallerde ve istisnai durumlarda siyaseten katl cezası ile karşılaşmışlardır¹⁴⁶. Fakat her halde ilmiye kökenlilerin üstlerinin müsaade ve icazeti olmadan katledilmeleri mümkün değildir¹⁴⁷. Öyle ki 180'in üzerinde şeyhülislamdan sadece üçünün katli bilinmektedir. Hemen hemen aynı sayıdaki veziriazamdan ise 44'ü siyaset edilmiştir¹⁴⁸. Siyaseten katl müessesinin hanedan içi katillerde özellikle şehzadelerin bağy suçu¹⁴⁹ işledikleri gerekçesiyle uygulanmasına da sık rastlanmaktadır¹⁵⁰. Bu tür siyaseten katllerin meşruluğu,

145 Mumcu (2007), s. 49. Devşirme kullar hakkında geniş bilgi için bkz. Yurtseven, s. 104 vd.

146 Bu konuda en çarpıcı örneklerden biri, Fatih'in İlmiye'den gelme ve erken dönemlerden beri devlette hep üst rütbe görevlerde bulunmuş bir Türkmen aile olan Çandarlı ailesinden veziriazam Halil Paşa'yı idam ettirmesidir. II. Mehmed, İstanbul'un fethinden sonra kazanmış olduğu büyük prestijinin etkisiyle, mutlak iktidarının ve sınırsız egemenliğinin önündeki bu pürüzü ortadan kaldırmak için Çandarlı Halil Paşa'yı idam ettirmiş, ailesini sürgün ederek mallarını müsadereye tabi tutmuştur. Ancak İlmiye içinde ve Ordu nazarında son derece itibarlı bir devlet adamı olan Çandarlı'nın idamı çok şiddetli tepkiler doğurmuş, söz konusu tepkiler nedeniyle Fatih ailenin itibarını ve müsadere edilen mallarını iade etmiştir. Sonraki dönemlerde Çandarlı ailesinden vezaret makamına yükselen başka kişiler de olmuştur. Yurtseven, s. 107 vd; Başka çarpıcı örneklerle de Sultan IV. Murad döneminde rastlanır: IV. Murad İznik kadısı Gümüşzade'yi soruşturma dahi yapmadan cübbesi ve sarığı ile kale kapısına astırmış, yine kendi devrinde şeyhülislamlık yapan Ahizade Hüseyin Efendi'yi boğdurmıştır. Son örnek Osmanlı tarihindeki ilk şeyhülislam katlidir. Cin ve Akyılmaz, s. 130.

147 Katgı (2013), s. 203.

148 Katgı, İsmail (2013), “Osmanlı Devleti'nde Padişah Emriyle (Siyaseten) Katledilmiş Şeyhülislamlar”, *History Studies*, C:5 S:3, s. 93.

149 Bağy suçu için bkz. Ekinci (2012), s. 351-352. Osmanlı Devleti'nde kardeş katli uygulamaları için bkz. Akman, Mehmet (1997), *Osmanlı Devleti'nde Kardeş Katli*, İstanbul, Eren Yayınları.

150 Tunç, Muhammed Nuri (2014), “Osmanlı'da Hanedan İçi Katl”, *Turkish Studies*, C:9 S:4, s.1162; Ayrıca hanedan içi katl hadiselerinin kısa bir özeti olarak bkz. aynı eser s. 1138-1155.

günümüzde “devletin güvenliği” veya “kamu düzeni” kavramlarının keyfiliğine benzer şekilde nizam-ı âlem için kavramıyla karşılanmıştır¹⁵¹.

Burada kısaca cezaların infazından da bahsetmek gerekmektedir. Osmanlı Devleti’nde had, kısas ve tazir cezalarının infazı padişaha ait bir yetkidir. Kanunnamelerle ağır cezaların infazının sadrazama veya hafif para cezalarıyla ilgili olanların beylerbeyi, sancak beyi gibi ehl-i örfün onayına bağlandığı görülmektedir¹⁵². Yetki devrinin söz konusu olmadığı durumlarda, özellikle hafif para cezaları dışındaki örneğin idam cezası gibi ağır cezalarda, uygulamada hüküm kazasker denetiminden geçtikten sonra padişaha arz edilir ve Padişahın nihai kararı ile infaz edilirdi¹⁵³.

Bir örnek üzerinden değerlendirme yapılacak olursa sürgün cezasından bahsedilebilir. Osmanlı’da sürgün bir iskân ve yerleştirme politikası olabileceği gibi hem şer’i hem de örf’i suçların karşılığı olabilen bir ceza türüdür¹⁵⁴. Eski ceza hukukumuzda “nefy” veya “nefy ve tağrip”¹⁵⁵ olarak adlandırılan bu ceza devletin nizamını bozmak, memuriyet görevini kötüye kullanmak, halka zulüm, emir ve yasaklara aykırı davranışlar, şer’i hükümlere uymama ve benzeri suçların karşılığı olabilmektedir¹⁵⁶. Dikkat edilirse daha çok devletin egemenlik alanını ihlal eden fiillerin bu yaptırıma tabi tutulduğu görülmektedir.

Neyf cezasının padişahın yargı yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gereken yanı kesinleşmesi ve infazı usulüdür. Şöyle ki nefy cezasının uygulanabilir nitelik kazanması için sürgün teklifinin belirli kişiler tarafından sada-

151 Yurtseven, s. 88.

152 Akgündüz, Ahmet (1999), “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer’i Tahli- li”, İslam Araştırmaları Dergisi, C:12 S:1, s. 11; Ekinci (2012), s. 342. Ancak Akbulut, bir kişi hakkında örneğin idam cezasına hükmedilmişse, kadının imzasını taşıyan hüccet ve mahkûm kişinin sancak beyine, eyalet merkezi ise beylerbeyine teslim edildiğini ve bu kimselerin idam cezalarını yerinde görmemeleri durumunda İstanbul’a sevk ettiklerini iddia etmektedir. Bkz. Akbulut, s. 229.

153 Akman (2004), s. 132.

154 Siyaseten katl ve sürgün cezalarına eşlik eden diğer bir ceza türü ise müsadere. Osmanlı Devleti’nde kul sistemi içerisinde padişahlar hâkim kararı olmadan müsadere cezasına hükmedebilmişlerdir. Akyılmaz, Gül (2008), “Osmanlı Devleti’nde Yönetici Sınıf açısından Müsadere Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12 S:1-2, s. 400-402,404; Hukuk literatüründe müsadere, işlenen bir suçun karşılığı olarak suçlunun mal varlığına el konularak, bunlar üzerindeki mülkiyetin bir kamu müessesine devredilmesi anlamı taşır. Ögün, Tuncay (1999), “Osmanlı Devleti’nde Müsadere Uygulamaları”, Güler Eren ve diğerleri (Editörler), Osmanlı, C:6, 1. Baskı, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, s. 371.

155 Bilmen, Ömer Nasuhi (1970), Hukuki İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, C:3, İstanbul, Bilmen Basım ve Yayınevi, s. 305.

156 Nefy cezasını gerektiren davranışlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Köksal, Osman (2006), “Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hattı-ı Hümayunları”, OTAM, S:19, s. 283-341.

ret makamına teklif edilmesi, veziriazam tarafından da padişaha arz edilmesi gerekmektedir. Bu şekilde kendisine arz onlun teklifler için Padişah son sözü söyler ve infazı için gereken emirleri verir¹⁵⁷.

2. Şer'iyye Mahkemelerinde Gerçekleştirilen Yargılama Üzerinde Padişahın Rolü

Padişah yargı erkinin başıdır; baş hâkim sıfatını haizdir¹⁵⁸. Ancak Padişahın geniş coğrafya üzerindeki tüm ihtilafları çözüme kavuşturması düşünülmemeyeceği için yargılama faaliyetini gerçekleştirmek üzere kuruluştan itibaren çeşitli merkezlere kadılar atanmıştır¹⁵⁹. Şer'iyye mahkemelerinde gerçekleştiren bu kadı yargılamaları üzerinde padişahın birçok rolü bulunmaktadır.

Yargı müessesini kurmak ve adaletin tesisini sağlamak İslam toplumuna verilmiş bir görevdir. İslam toplumunu temsil eden halife bu görevi yürütür. Fakat bizzat tüm davalara bakmasının mümkün olmaması nedeniyle kendisini temsil edecek kadılar belirler¹⁶⁰. İslam hukukunda bu şekilde temel bulan kadı atama durumu İslam tarihi boyunca uygulanmıştır. Hz. Peygamber yargılama işlerine bizzat yetişemediği durumlarda çeşitli memurlar görevlendirmiş ve bunların verdikleri kararları sadece temyizen incelemiştir¹⁶¹. Ancak Hz. Ömer'in halifeliliği döneminden itibaren çeşitli bölgelere yöneticilerle birlikte bunlardan bağımsız kadıların tayini bir sistem içinde gerçekleştirilmeye başlanmış¹⁶² ve kadılık müessesesi kurumsallaşmıştır.

Osmanlı devletinde de tüm kadıları atamak devlet başkanına yani padişaha ait bir yetkidir¹⁶³. Hâkim tayin etmek Türk İslam devlet¹⁶⁴ geleneğinde de devlet otoritesinin sembollerinden sayılır. Bu nedenle Osman Gazi'nin atadığı ilk atadığı memurdan biri kadı Dursun Fakih olmuştur¹⁶⁵. Hatta bu ata-

157 Köksal, s. 296.

158 Ekinci (2012), s. 240.

159 Cin/Akyılmaz, s. 171; Aydın (2013), s. 136.

160 Karaman (1984), s. 321.

161 Anıl, s. 33.

162 Aydın (2013), s. 120.

163 Kadı atama defterlerinde standart şekilde kadıların hem bu iş için yeterli oldukları hem de padişah iradesi ile atandıkları yazılır. Aynı şekilde atama beratlarında da bu husus vurgulanır. Gündoğdu, İsmail (2009), "Osmanlı Tarihi Kaynaklarından Kazaskerlik Ruznamçe Defterleri Ve Önemi", Uluslararası İnsan Bilimleri Dergileri, C:6 S:2, s. 712; Aydın (2013), s. 136.

164 Armağan, s. 141.

165 Aksoy, Hasan (1994), "Dursun Fakih", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C:10 S:7-8, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 7.

manın tarihi devletin kuruluş tarihi sayılmıştır¹⁶⁶. Fatih Sultan Mehmed'in de egemenliğin bir sembolü olarak fethettiği yerlere bir an önce kadı tayin ettiği bilinmektedir¹⁶⁷.

Osmanlı Devleti'nde kadılar padişah beratı ile tayin edilirdi¹⁶⁸. Bu şekilde Padişah yargılama yetkisini ehliyetli kimselere vererek kullanmaktaydı¹⁶⁹. Bu sebeple kadı padişahın verdiği yetkinin dışına çıkarak yargılama yapamazdı.¹⁷⁰ Nitekim Ebusuud Efendi de bu konuda “*Kazanın velayeti sahib-i hilafetin izn ü icazetinden müstefaddır*” demektedir. Çünkü kadılar yargılama hususunda tıpkı Padişah'ın naibi gibilerdir; kadılar padişah vekili sıfatıyla davalara bakar ve hüküm kurarlar¹⁷¹. Mecelle madde 1800'de de “*Hâkim, tarafı sultaniden icra-yı muhakemeye ve hükme vekildir*” denmektedir¹⁷². Ayrıca belirtmek gerekir ki Osmanlı Devleti'nde başka hiçbir kamu görevlisi grubunda aranmayan tahsil şartı ilmiye sınıfı ve bu sınıf içinde yer alan kadılarda aranmıştır. Kadılık başlı başına ihtisas gerektiren bir meslek olarak görülmüştür¹⁷³.

Klasik dönem Osmanlı uygulamasında medreseden mezun olup mülazımlık (adaylık) hakkını elde etmiş olan kişiler hemen kadı olarak atanamışlardır. Önce “matlab”, “tarik” ya da “ruzname” denilen kazasker defterlerine isimlerini yazdırıp sıra beklemişler ve bu bekleme döneminde bir çeşit staj yapmışlardır. Mevleviyet payesi taşıyan eyalet kadılarının yanında 3-5 yıl çalıştıktan sonra İstanbul'a gelerek bir yılda burada mülazım olarak kalmışlar ve sonra kaza kadılıklarına atanmışlardır¹⁷⁴.

Kadıların bir tür staj olan *mülâzemet* işlerinin ve ardından tayin işlerinin düzenlenmesi konusu da padişahın tek başına yapamayacağı yoğunlukta işler olduğu için, bu işler için de aracı kurumlar kullanılmıştır¹⁷⁵. Başlangıç döneminde kazaskerler, daha sonraki dönemlerde şeyhülislamlık bu yetkinin kullanılmasına aracı olmuşlar ve ancak kadılar padişahın bilgi ve tercihi doğrul-

166 Ekinci (2012), s. 369.

167 Tursun Bey, s. 120,149.

168 Gündoğdu, s. 709; Teorik olarak her yeni hükümdarın tahta çıkışından sonra kadıların görevlerinin yeniden tayin ve tasdiki gerekliydi. Ortaylı, İlber (1975), “Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:30 S:1, s. 125.

169 Demir, s. 263.

170 İnalçık, Halil (1986), “Mahkeme”, MEB İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1986, C: 8 S: 149.

171 Ekinci (2012), s. 240.

172 Berki, s. 409.

173 Cin/Akyılmaz, s. 172.

174 Cin/Akyılmaz, s. 173.

175 Karaman (1984), s. 321.

tusunda atanmışlardır¹⁷⁶. XVI. Yüzyıla kadar bütün hâkimleri atanmak üzere seçip veziriazama bildirmek kazaskerin yetkisindeyken, XVI. Yüzyılın sonlarına doğru bu yetkileri sadece kaza kadılarını belirlemekle sınırlandırılmış, daha büyük kadılıklara kişi önermek şeyhülislamlığın uhdesine geçmiştir¹⁷⁷. Bu atama önerileri her halükarda padişaha arz edilmiş ve tayin işlemi onun onayı ile gerçekleştirilmiştir¹⁷⁸.

Atama yetkisini taşıyan padişah kadıları görevden alma yetkisine de sahiptir¹⁷⁹. Ancak bu görevden almanın makul ve geçerli bir nedeni olmalıdır. Bu, İslam hukukunun devlet başkanına yüklediği sorumluluklardan biridir. Çünkü halife ya da siyasi otorite yetkilerini haksız ve ölçüsüz şekilde kullanamaz¹⁸⁰. Ayrıca her ne kadar klasik bir monarşide yargı bağımsızlığı ve hukukun üstünlüğü gibi ilkelerden söz edilemeyecek olsa da Osmanlı Devleti'ni diğer çağdaşı olan Avrupa monarşilerinden ayıran önemli farklılıklardan biri de budur. Osmanlı siyasi iktidarı yargı ve adalet mekanizmasının kurumsal ve sembolik anlamda başı olarak görünmekle birlikte bu alana müdahale söz konusu olduğunda hassas davranmıştır.

Kadılar görev bölgelerinin sınırları ve görev süreleri¹⁸¹ içinde örfî hukuk ve şer'î hukuk alanlarında hem ceza hem de hukuk davalarını kapsayan çok yönlü bir yargı görevi icra ederlerdi¹⁸². Bu çok yönlü yargılama faaliyetlerini şekillendirmek teorik olarak Padişahın yargı yetkisinin içinde kabul edilirdi. Padişah kadıların bakacakları davaları kamu yararını esas alarak yargı yetkisi, zaman, yer ve konu bakımından sınırlayabilir ve bu şekilde yargılamaya dair temel kuralları belirleyebilirdi¹⁸³.

176 Cin/Akyılmaz, s. 173; Aydın (2013), s. 136; Beyazıt, Yasemin (2010), "Osmanlı İlmiye Bürokrasisinde Merkez-Çevre İletişimine Dair Sorunlar (XVI. Yüzyıl)", Tarih Araştırmaları Dergisi, C:29 S:47, s. 160; İlmiye mensuplarının tayin, azl ve nakil işlemleri Anadolu veya Rumeli Kazaskerliği Dairesinde ruzname olarak adlandırılan bir deftere kayıt edilir ve kadıların özlük vb mesleki işleri bu dairelerde yürütülürdü. Ortaylı (1975), s. 121; Ayrıca Kazaskerin kadı tayinleriyle ilgilenen memuruna "ruznameci" denirdi. Öztuna, Yılmaz (1994), Büyük Osmanlı Tarihi, C:8, İstanbul, Ötüken Neşriyat, s. 71.

177 XV. ve XVI. yüzyıllarda yevmiyesi 150 akçeden aşağı olan kadıların atamalarını, XVIII. yüzyılda ise yevmiyesi 499 akçeden aşağı olan kadıların atamalarını kazasker önerirdi. Daha yukarısını yani mevleviyet denilen kadılıkları ise şeyhülislam önerirdi. Gündoğdu, s. 707-708; Fendoğlu (1996), s. 141.

178 Uzunçarşılı (2014), s. 95; Kazaskerin kadı tayinleriyle ilgilenen memuruna "ruznameci" denirdi. Öztuna, s. 71.

179 Berki, s. 410.

180 Karaman (1984), s. 322.

181 Kadılar bir yıl, üç yıl, yirmi ay gibi kısa sürelerle tayin edilmişlerdir. Üçok ve diğerleri, s. 245; İnalcık (2012), s. 136; Cin/Akyılmaz, s. 173.

182 Şentop (2006), s. 91-104.

183 Berki, s. 409.

Türk-İslam hukuk tarihinin önemli kanunlaştırma örneklerinden Me-celle'nin 1801. maddesinde; “*Mesela bir sene müddetle hükme me'mur olan hakim ancak o sene içinde hükmeder. Ol senenin hulûlünden evvel veya mü-rurundan sonra hükmedemez. Ve keza muayyen bir kazada hükmetmek üzere nasb olunan hakim ol kazanın her mahallinde hükmederi amma diğer kaza-da hükmedeme. Ve bir mahkeme-i muayenede hükmetmek üzere nasb olunan hakim ol mahkemede hükmedip diğer bir mahalde hükmedemez.*” denilmektedir. Bu maddeden anlaşılacağı üzere kadılar atandıkları süre içinde yargılama yetkisine sahiptir. Ayrıca uyumsuzluğa düşen taraflar mutlaka toprak kadısına başvurmak zorundadırlar. Kadı yargı çevresindeki işleri görmeye yetkilidir. Ancak bizzat kadı şikâyet edilecekse divanın göstereceği kadıya şikâyet edilmesi söz konusu olur¹⁸⁴.

Padişah mahkemeler arası göreve ilişkin sınırlamalar da koyabilir¹⁸⁵. Bazı kadılıkların ihtisas mahkemesi işlevinde tasarlanması ya da mahkemele-rin bazı tür davalara bakmaktan alıkonulmaları göreve ilişkin sınırlandırmalardır. Yine bazı vakıf davalarına sadece Mahkeme-i Evkaf bakabilir şeklindeki düzenleme göreve ilişkin sınırlandırmalara bir örnek olarak gösterilebilir¹⁸⁶.

Padişahın yargı yetkisi kapsamında tartışılması gereken bir diğer nok-ta ise af yetkisidir. Kural olarak hukuka uygun olarak verilmiş bir karar dev-let başkanı tarafından bozulamaz. Ancak ta'zir cezalarında devletin af yetkisi mevcuttur¹⁸⁷. Osmanlı padişahları da ta'zir dışı şer'î hükümlerde¹⁸⁸ affı günde-me getirmemekle birlikte, gerek örfî hukuk alanında gerekse ta'zire dayanıla-rak verilen cezalarda af yetkisini ellerinde tutmuş ve sıklıkla kullanmışlardır¹⁸⁹.

Kadıların doğrudan devlet başkanı veya onun bilgisi dâhilinde bir baş kadı tarafından atanması yürütmenin yargı fonksiyonuna müdahalesi sonu-cunu doğurmamış, kadılar bağımsız şekilde hüküm verebilmişlerdir. Bu ba-kımdan İslam hukukuna göre kadının verdiği hükümler sultan ve diğer sivil ya da askeri otoritelerin baskısından uzaktır¹⁹⁰. Ancak hükümdar doğal olarak

184 Akdağ (1975), s. 91.

185 Cin/Akgündüz, s. 337.

186 Berki, s. 409.

187 Karaman (1996), s. 157.

188 Had suçlarında ne devletin ne de mağdurun cezayı affetmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. Akman, Mehmet (2004), Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, 1. Baskı, İstanbul, Eren Yayıncılık, s. 36.

189 Üçok ve diğerleri, s. 228; Atalay, İbrahim Orkun (2007), “Osmanlı Ceza Yargılaması Huku-ku Üzerine Bir Deneme”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11 S:3-4, s. 257.

190 Fendoğlu (1996), s. 190-191.

yetkisini devrettiği kadıları denetleyebilir¹⁹¹. Hatta en önemli yargı görevlerinden biri de atadığı hâkimleri denetlemek olmalıdır. Çünkü kadının adaleti padişahın adaleti anlamına gelmektedir. Bu anlamda padişah, verilen mahkeme kararlarını tetkik ettirebilir ve davaların bir an önce sonuçlanması için gerekli tedbirleri alabilir¹⁹².

İslam hukukuna göre kadının verdiği hükümler kesin hüküm niteliği taşır; içtihat içtihadı nakzetmez, bir üst merci bunları bozamaz¹⁹³. Bir dava şer'i hükümlere göre görülüp karara bağlandıktan sonra tekrar görülmesi caiz değildir¹⁹⁴. Bu genel kuralda söz konusu olan içtihadı dayanan kararların benzer bir kararla ortadan kaldırılamayacağı, kadının kendinden önceki içtihatlarla bağlı olmayacağıdır. Ancak verilen hüküm Kur'an, sünnet ve icmâa aykırı ise ya da zulmen veya töhmet altında verilmişse bunların yeniden incelenmesi ve gerekirse bozulması caizdir¹⁹⁵. Bu durumlarda kanun yolları açıktır. İptali istenen kararlar bizzat hükmü veren kadı tarafından düzeltilebileceği gibi başka bir kadının marifeti ile de bu iş görülebilir. Bu konuda düzenleme yapmak, örneğin temyiz veya istinaf mahkemesi kurmak padişahın yetkisindedir¹⁹⁶. Bu noktada, Divan-ı Hümayun'un yargı yetkisi içerisinde temyiz mahkemesi olarak görev yapmasının da yer aldığını söylemek yerinde olacaktır. Divan, şer'iyeye mahkemelerinde görülüp hüküm verilmiş davaları bir temyiz mahkemesi gibi yeniden görüşebilirdi. Görüşme sonunda ya şer'iyeye mahkemesi kadısının kararı onanır veya bozularak yeniden hüküm verilir ya da uyuşmazlık yeniden görülmesi ve çözümlenmesi için ilgili şer'iyeye mahkemesine geri gönderilirdi. İslam hukukunda temyiz müessesesi öngörülmemiş olduğu halde¹⁹⁷ Osmanlı Devleti'nde böyle bir uygulamaya yer verilmesi hem adalet kavramına verilen değer hem de reayanın bizzat padişahın divanından adalet talep edebilmesi bakımından son derece dikkat çekicidir.

191 Padişahın kadılar üzerindeki denetimi, kadılara ilişkin şikâyetlerin Cuma selamlığı, Bayram Namazı gibi padişahın saraydan ayrıldığı dönemlerde bizzat padişaha ulaştırılması yoluyla veya her zaman Divan-ı Hümayuna yapılan şikâyetlerin değerlendirilmesi yoluyla gerçekleşebilmektedir. Beyazıt, s. 164; Aydın (2013), s. 120.

192 Cin/Akgündüz, s. 336.

193 Aydın (2013), s. 120.

194 Mecelle-i Ahkam-ı Adliye madde 1837; "Usul-i meşruasına muvafık ya'ni hükmün sebep ve şartları mevcut olarak hüküm ve i'lam olunan da'vanın tekrar rü'yet ve istima' caiz olmaz." demektedir. Berki, s. 418.

195 Ansay, s. 306.

196 Cin/Akgündüz, s. 361.

197 Cin/Akyılmaz, s. 140.

Osmanlı Devleti'nde kadı haksız bir hüküm vermişse, örneğin rüşvet almışsa, ilgili kişinin şikâyeti üzerine verilen hüküm kazasker tarafından incelenerek bozulabilir. Kazaskeri atayan kişi de padişah olduğu için, padişahın şer'i yargı üzerinde bir denetim yetkisi olduğu görülmektedir. Burada padişahın hükmü kendisinin sonuca bağlamadığına dikkat çekmek gerekir¹⁹⁸.

3. Divan-ı Hümayun ve Yargı Yetkisi

“Padişah Divanı” anlamına gelen Divan-ı Hümayun merkezdeki devlet işlerinin görüşülüp karara bağlandığı bürokratik bir örgüt niteliği taşıyan kuruldur¹⁹⁹. Divan-ı Hümayun'un idari görevlerinin yanında bir takım yargısal görevleri de vardır²⁰⁰. Divan-ı Hümayun'un yargı yetkisi kaynağını, padişahın divanı olup onun yargı erkinin asıl sahibi olmasından alır²⁰¹. Bu kurulun yargısal görevlerini “ilk derece mahkemesi olarak karara bağlanan hukuki ihtilaflar” ile sistematik bir temyiz yolunun mevcut olmadığı Osmanlı yargı sisteminde “bir üst mahkeme gibi hüküm kurulan davalar” oluşturur²⁰². Yargısal anlamda divan, Danıştay, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi gibi kurumların görevini yerine getirir²⁰³.

Divan-ı Hümayunun kural olarak başkanı padişah ise de Fatih Sultan Mehmed döneminden itibaren veziriazam divana başkanlık etmeye başlamıştır²⁰⁴. Ancak Divan'da görüşülen konuların padişaha sunulması gerekliliği ve bunun için arza girme günleri kurumsal anlamda dikkate alındığında padişahın Divan'dan tamamen elini çekmediği anlaşılmaktadır²⁰⁵. Divan, işleri padişah adına yürütmekte, onun erklerini kullanarak çalışmaktadır. Bu nedenle Padişahın yargı yetkisini kullanan kurumlar arasında Divan-ı Hümayun'u incelemek gerekmektedir.

Divan-ı Humayun'un üyeleri veziriazam, kubbealtı vezirleri, kazaskerler, nişancı, defterdar, Rumeli beylerbeyi, vezir rütbesine ulaştıklarında

198 Üçok ve diğerleri, s. 228.

199 Üçok ve diğerleri, s. 255. Divan-ı Hümayun hakkında en geniş bilgi için bkz. Mumcu, Ahmet (1986), *Divân-ı Hümâyûn*, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları.

200 Divan-ı Humayun'un yargı yeri olarak inceleyip karara bağladığı kararların icrasına ilişkin hükümlerin kaydedildiği defterlere Kısas Defterleri denmektedir. Bu defterlerde ceza hukukuna ilişkin hükümlere rastlamaktayız. Bkz. Turan, Ali/Aksın, Ahmet (2008) “7 Numaralı Kısas Defterinin (S. 1-70) Tanıtımı”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C:18 S:1, s. 327.

201 Demir, s.262.

202 Akman (2004), s. 36.

203 Yurtseven, s. 94.

204 Uzunçarşılı (1988), s. 14; Cin/Akyılmaz, s. 136.

205 Kütükoğlu, Mübahat S., (1991), “Arz”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, C: 3, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s.438-440.

kaptan-ı derya ile yeniçeri ağasıdır²⁰⁶. Yargı görevi kapsamında ise davalara kural olarak Rumeli kazaskeri bakmaktadır. Ancak iş yoğunluğu olduğunda veziriazamın talebi ile Anadolu kazaskeri de yargılama yapmıştır²⁰⁷. Aslında bu görevlilerin de birer kadı olması, söz konusu durumun tıpkı şer'iyye mahkemelerinde olduğu gibi ehliyetli kişiye yetki devri sonucunu doğurmaktadır.

Divan-ı Hümayun'un önüne ilk ve kesin hüküm yeri olarak hangi tür davaların geldiğini tam olarak saptamak elimizdeki verilerle pek mümkün görünmemektedir. Ancak Divan'ın bir çeşit zabıt kaydını ifade eden mühimme defterlerine bakıldığında, bu davaların sınırlı sayıda olmadıklarını belirtmek gerekir. Örneğin; kadı ve müderris gibi ilmiye sınıfı mensuplarının ceza davaları, ruhani reislerin ceza davaları, imtiyaz tanınan müste'menlerin²⁰⁸ Osmanlı tebaasına karşı işlediği suçlarla ilgili davalar, müzevver hüküm düzenleyenler ve kalp para basanların ceza davaları, saray görevlilerinin ceza davaları, kadıların yargılamaktan çekindikleri nüfuz ve güç sahibi eşraf ve etrafına silahlı adamlar toplayan eşkıyaların davaları ile ehl-i örfe karşı suç işleyenlerin davaları Divan-ı Hümayun'da görülmektedir²⁰⁹.

Divan-ı Hümayun'un üst derece mahkemesi olarak görev yapması ise şekle bağlı olmayan bir başvuru²¹⁰ ile başlayıp, temyiz incelemesi yapılması ve hükmün hukuka aykırı bulunması sonucu aynı veya eşit derecede bir yargı yerine havale ile ya da konunun önemli olması halinde bizzat istinaf incelemesi ile sonlanırdı²¹¹. Dolayısıyla Divan-ı Hümayun, hem istinaf hem temyiz incelemesini andıran bir kanun yolu incelemesi yapmaktadır. Teorik olarak İslam hukukunda kadının verdiği hüküm başka kadı tarafından bozulamaz genel kuralı Osmanlı Hukukunda da aynen uygulanmıştır. Ancak verilen hüküm fıkıh kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa başka kadı tarafından incelenebilir ve gerekirse nakz edilebilir²¹². Bu nedenle Divan-ı Hümayunun üst derece mahkemesi şeklinde yaptığı yargılamaların İslam hukukuna uygun olduğu kabul edilmektedir.

206 Bu üyeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Cin/Akınlmaz, s. 136 vd; Aydın (2013), s. 137-141.

207 Mumcu, Ahmet (1994), "Divan-ı Hümayun", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C:9, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 431.

208 Müste'men İslam devletine izinli (veya pasaportlu) giren gayrimüslim başka devlet tebaasına kişiye denir.

209 Akman (2004), s. 119-124.

210 Ekinci, Ekrem Buğra (2001), Ateş İstidası İslam Osmanlı Hukukunda Yargı Kararlarının Kontrolü, I. Baskı, İstanbul, Filiz Yayınevi, s. 108.

211 Ekinci (2012), s. 378.

212 Mumcu (1986), s. 91.

4. Veziriazam ve Yargı Yetkisi

Divan-ı Hümayun dışında veziriazamın başkanlığını yaptığı idari ve adli yargılama işleri yapan divanlar İkinci Divanı, Cuma Divanı ve Çarşamba Divanı'dır²¹³. İkinci Divanı, veziriazam başkanlığında Divan-ı Hümayun'un diğer üyeleri ile toplanan bir divandır. Bu divanda Divan-ı Hümayun'da görüşülmesine gerek olmayan ikincil nitelikteki devlet meseleleri görüşülür, tıpkı Divan-ı Hümayun'da olduğu gibi şer'i ve örfî davalar dinlenirdi²¹⁴. Rumeli ve Anadolu kazaskerlerinin de katıldığı ve "*huzur mürafaası*" denilen Cuma Divanı'nda Divan-ı Hümayun'da görülemeyen örfî ve şer'i birçok dava dinlenmektedir. Yargılama usulü olarak aynen Divan-ı Hümayun'daki usul uygulanmıştır²¹⁵. Çarşamba divanına ise İstanbul, Eyüp, Üsküdar ve Galata kadıları katılır ve İstanbul'da oturan kişilerin şikâyetleri dinlenirdi²¹⁶.

Bu divanların teşekkül tarzına bakıldığında her ne kadar veziriazam başkanlık etse de davaları kazasker veya kadıların dinlediği görülmektedir. Bürokratik şefler hukuktan elini çekmemekle birlikte, hukuki ihtilafların çözümünü hukukçulara bırakmışlardır. Ancak yapılan yargılamanın Padişahın "vekil-i mutlak"ının kontrolünde, onun yakın takip ve ilgisinde olduğuna dikkat çekmek gerekir. Veziriazam divanları Divan-ı Hümayun'un yargılama-ya ilişkin yetkilerinin bir uzantısı görünümü vermektedir.

5. Kazasker ve Yargı Yetkisi

İslam devletinin kurucusu olan Hz. Peygamber katıldığı seferlerde bizzat askerler arasındaki ihtilaflara bakar, katılmadığı seferlerde ise tayin ettiği ordu komutanları bu işi yürütürdü²¹⁷. Ordulara ordu komutanının yanında kadı atama süreci ise ikinci halife Hz. Ömer döneminde ortaya çıkmıştır²¹⁸. Söz konusu atamanın sistematik hale gelmesi ve ordu mensuplarının yargı işleriyle ilgilenen kadileşker denilen yüksek yargıçların ortaya çıkması Eyyûbi-ler dönemine rastlamaktadır. Osmanlı Devleti'ndeki kazaskerlik kurumunun kökenlerini ise Anadolu Selçuklularındaki yargı teşkilatının başı olarak tanımlayabileceğimiz kadilkudatlık makamının oluşturduğu düşünülmektedir²¹⁹.

213 Cin/Akyılmaz, s. 147; Aydın (2013), s. 87.

214 Cin/Akyılmaz, s. 148.

215 Cin/Akyılmaz, s. 149. Bu divana murafaa divanı da denmektedir. Bu divanda davaları vezir-i azamın kontrol ve gözlemi altında kazasker dinler ve karara bağlar. Ortaylı (2008), s. 212; Uzunçarşılı (1988), s. 138-140.

216 Mumcu (1986), s. 148-149.

217 Atar, s. 179.

218 Şentop, Mustafa (2005), Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik, 1. Basım, İstanbul, Klasik Yayınları, s. 13.

219 Üçok ve diğerleri, s. 239.

Yukarıda tarihi gelişiminden kısaca bahsettiğimiz ancak Osmanlı devletinde çok daha değişik bir görev tanımı olan²²⁰ kazaskerlik makamı ilk olarak I. Murad döneminde oluşturulmuş ve XV. yüzyılın sonlarında Anadolu ve Rumeli kazaskerlikleri olarak ikiye ayrılmıştır²²¹.

Kazaskerler kadıların ve hatta müderrislerin tayinlerini yapan başkadı görünümündedirler. Ancak kazaskerlerin bu idari görev ve yetkileri XVI. yüzyıldan itibaren şeyhülislamlığa devredilmiş ve hatta zamanla kazasker tayinleri dahi şeyhülislamlıkça yapılır olmuştur²²².

Kazasker atamaları padişah adına yaptığından ve bu anlamda padişahın yargı yetkisinin bir tezahürünün kazaskerin şahsında görüldüğünden yukarıda bahsedilmişti. Burada ise kazaskerlerin idari işlerinin yanı sıra, salı ve çarşamba günleri dışında kendi konaklarında topladıkları divanlarında askeri denilen kamu görevlilerinin davalarına bakarak adli işlerle de uğraşmaları incelenecektir.

Kazaskerin kendi konaklarında topladıkları divanlarda yaptıkları yargılama, askeri adı verilen ve sadece ordu mensuplarını değil ücretlerini devlet hazinesinden alan tüm kamu görevlilerini kapsamaktadır²²³. Kazasker divanlarında bunların yanında tüm Osmanlı tebaasının davalarının da görüldüğü Rumeli Kazaskerliği mahkeme defterlerinden açıkça anlaşılmaktadır²²⁴. Hatta bazı işlerin sadece bu divanlarda görüleceğine dair fermanların varlığı da bilinmektedir²²⁵.

Bu divanlarda yapılan yargılama, Padişahın yargının başı olarak vekil tayin ettiği bir memuru aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Burada devletin emanet edildiği askerilerin yargılanması usulünün, reayadan ayrılması istenmiş olmalıdır. Böylece daha yetkili bir kişi olan kazasker vasıtasıyla daha etkili bir yargılama sağlanabilecektir. Kanaatimizce burada padişahın yargı erkinin kudreti, tebaadan çok tebaa üzerinde etkisi yoğun olan askerilere hissettirilmek istenmesidir.

220 Ayrıntılı bilgi için bkz. İpşirli, Mehmet (1997), "Osmanlı Devletinde Kazaskerlik", Belleten, C:61 S:232, s. 597-699.

221 Aydın (2013), s. 138.

222 Uzunçarşılı (1988), s. 229.

223 Sahillioğlu, Halil (1991), "Askerî", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi C:3, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 488-489.

224 Aydın (2013), s. 88.

225 Şentop (2005), s. 140-142.

IV. SONUÇ

İslam Hukukuna göre devlet başkanı yani halife, yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin tamamını elinde toplamıştır. Halife, bu erkleri İslam hukukunun öngördüğü kurallar çerçevesinde kullanır. İslamiyet'in ilk yıllarında Hz. Peygamber bu erklerin gereğini bizzat yerine getirmiş, ancak sonraki dönemlerde toprakların genişlemesi ile gelen fiili imkânsızlıklar nedeniyle bu alanlarda ihtisas sahibi çeşitli yardımcılar da kullanmıştır. Bu şekilde Hz. Peygamber döneminde başlayan çeşitli işlerin vekâleten yürütülmesi, ilk halifeler devrinde kurumsallaşan yapıların oluşumuna imkân sağlamıştır. Yargı kuvvetinin sahibi baş hâkim sıfatı ile halife olmakla birlikte, Hz. Ömer zamanında yerleşik bir uygulama olarak merkezden uzak bölgelere kadılar atanmaya başlanmıştır.

Osmanlı Devleti'ndeki durum da İslam hukukunun temel prensip ve uygulamaları ile paraleldir. Osmanlı Devleti'ni yöneten padişah, İslam hukukunda siyasi otoriteyi ifade eden halifenin sahip olduğu yetkilerle donatılmıştır. Bu durum hilafetin Yavuz Sultan Selim'le Osmanlı'ya geçtiği rivayetiyle pek de ilgili görünmemektedir. Zira bu rivayette geçen tarihten çok daha önce, kuruluş yıllarından itibaren Osmanlı padişahı yasama, yürütme ve yargı erkinin tek sahibi konumundadır. Bu durum Osmanlı Devleti'ndeki kuvvetler birliğinin temelini Türk-İslam devlet geleneğindeki teamülde aramamızı zorunlu kılar.

Yargı kuvvetini, sadece padişahın bizzat yargılama yapma yetkisi olarak değerlendirmemek gerekmektedir. Devlet fonksiyonları içinde bu erk, bizzat yargılama yapmanın yanında vekiller aracılığıyla yapılan yargılamaları ve hatta yargıya dair tüm işlerin düzenlenmesi ve ayrıca denetlenmesi yetkisini de ifade etmektedir. Osmanlı padişahları da işte tam bu tanımın içini dolduracak şekilde yargı kuvvetinin gereğini yerine getirmişlerdir.

Osmanlı Devleti'nde Padişahların şer'î konularda bizzat yargılama yapmaktan kaçındığı, bu konularda kendilerine ulaşan yakınmaları işin ehli olmaları gereği kadılara havale etikleri görülmektedir. Padişahların örfî hukuk alanındaki yargılama yetkilerini kullanma konusunda ise daha istekli oldukları söylenebilir. Örfî hukukun ihdas merciinin de kendileri olması münasebetiyle bu alandaki hukuki uyumsuzlukları gerekirse yeni kurallar da yaratarak

çözme eğilimi göstermektedirler. Bu alanda yaptıkları yargılama sonunda verilen ölüm cezalarına siyaset cezası veya siyaseten katl denmektedir. Siyaseten katl müessesesinin hukuk kuralları dâhilinde ve İslam Hukukuna uygun olarak icrasının yanında, çeşitli dönemlerde haksız, hukuksuz şekilde uygulanan siyaseten katllerin varlığı da dikkat çekmektedir.

Padişahın yargı yetkisini bizzat kullandığı bir diğer konu ise cezaların infazıdır. Had, kısas ve ta'zir ayırımı olmaksızın tüm cezaların infazına karar verme yetkisi padişahındır. Padişahların bu yetkilerini kanunnamelerle veziriazam gibi yüksek memurlara devrettikleri de vaki olmakla birlikte, genellikle idam gibi ağır cezaların infazı padişaha arz edilmiş ve onun onayı ile gerçekleştirilmiştir.

Padişahın yargı yetkisini devlet sınırları içindeki herkes ve her uyumazlık için bizzat kullanabilmesi mümkün olmadığı için, İslam hukukunun yargılamaya ilişkin temel esaslarına da uygun olarak devletin yerel birimlerine, yargı işlerini görmek üzere kadılar tayin edilmiştir. Bu kadılar padişahın vekili sıfatıyla dava görmüş ve karar vermişlerdir. Kadıların görev ve yetkilerine dair tüm düzenlemeler yargı erki kapsamında değerlendirilir. Kadıların belirlenmesi, atanması, azli ve tüm özlük işleri yargı erkini haiz padişahın görev ve sorumluluğundadır. Hatta bu durum kadıları denetleme mekanizmalarının kurulmasını da gerekli kılmıştır. Osmanlı padişahları tüm bu işlerin sevk ve idaresi için, yine son söz kendilerinde olmak üzere kazaskerlik kurumunu görevlendirmişlerdir. Kadılara dair tüm işler bürokratik aşamada kazaskerlik kurumunun elinden geçer, onay aşamasında ise padişaha sunulurdu.

Kadıların verdiği kararlar kesin hüküm niteliği taşır. Ancak İslam hukukunun devlet başkanına verdiği yetki çerçevesinde Osmanlı padişahlarının af yetkisi de bulunmaktadır. Örfî hukuk alanında sınırsız olan bu af yetkisinin, şer'î hukuk alanında ise sadece tazir cezalarında varlığından söz edilebilir. Çünkü ta'zir İslam ceza hukukunun öngördüğü bir suç belirleme ve yaptırım tespit etme alanı olmakla birlikte, burada suç tipini belirleme ve uygun yaptırımı tespit etme yetkisi siyasi otoriteye bırakılmıştır. Ayrıca kadıların verdiği hükümler kesin olmakla birlikte eğer bunların Kur'an, sünnet ve icmaya aykırılığı iddiası söz konusu ise ya da bu hükümler zulmen veya töhmet altında verilmişse bunların yeniden incelenmesi ve gerekirse bozulması yerinde görül-

müştür. Bu durumlarda kanun yolları açıktır. İptali istenen kararlar padişahın divanı olan Divan-ı Hümayun'da yeniden görüşülebileceği gibi, bizzat hükmü veren kadı tarafından ya da başka bir kadının marifeti ile de çözümlenebilir. Bu konuda düzenleme yapmak, örneğin temyiz veya istinaf mahkemesi kurmak padişahın yetkisindedir.

Osmanlı padişahları yargı yetkilerini Divan-ı Hümayun, veziriazam divanları ve kazasker divanları aracılığıyla da kullanmışlardır. Bu kurullar kimi konularda ilk derece mahkemesi olarak kimi konularda ise temyiz veya istinaf yeri olarak faaliyet göstermişlerdir.

KAYNAKÇA

Akbulut, İlhan (2000), “Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4 S:1-2, s. 219-256.

Akdağ, Mustafa (1955), “Osmanlı Müesseseleri Hakkında Notlar”, Ankara Üniversitesi Dil Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi, C:13 S:1-2, s. 27-51

Akdağ, Mustafa (1975), Türk Halkının Dirlik Ve Düzenlik Kavgası Celali İsyanları, 1. Basım, Ankara, Bilgi Yayınevi.

Akgündüz, Ahmed (1999a), “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer’i Tahlili”, İslam Araştırmaları Dergisi, C:12 S:1, s. 1-16.

Akgündüz, Ahmed (1999b), “Osmanlı Hukuku – Kanunnameler ve Şeriat”, Köprü Dergisi, S:65, s. 3-30.

Akgündüz, Ahmed (2006), Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:1, 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları.

Akgündüz, Ahmed (2009a), “İslam Hukukunun Osmanlı Devletinde Tatbiki: Şer’iyye Mahkemeleri ve Şer’iyye Sicilleri”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:14, s. 13-48.

Akgündüz, Ahmed (2009b), İslam Hukuku ve Osmanlı Tatbikatı Araştırmaları, 1. Basım, İstanbul, Osav Yayınları.

Akman, Mehmet (2004), Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, 1. Baskı, İstanbul, Eren Yayıncılık.

Akman, Mehmet (2007), “Örf”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C:34, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 93-94.

Aksoy, Hasan (1994), “Dursun Fakih”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C:10, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 7-8.

Akyılmaz, Sevgi Gül (2008), “Osmanlı Devleti’nde Yönetici Sınıf açısından Müsadere Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12 S:1-2, s. 389-420.

Anıl, Yaşar Şahin (1993), Osmanlı’da Kadılık, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları.

Ansay, Sabri Şakir (1958), Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Düzeltilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları.

Armağan, Abdüllatif (2011), “Klasik Dönemde Osmanlılarda Devlet Yönetim Anlayışına Dair Bazı Düşünceler”, Gazi Üniversitesi Akademik Bakış Dergisi, C:5 S:9, s. 139-156.

Atalay, İbrahim Orkun (2007), “Osmanlı Ceza Yargılaması Hukuku Üzerine Bir Deneme”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11 S:3-4, s. 239-272.

Atar, Fahrettin (1979), İslam Adliye Teşkilatı, 1. Baskı, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.

Aydın, Hakkı (1993), Sivaslı Kemaleddin İbni Hümüm ve Tahriri, 1. Baskı, Sivas, Sivas Belediyesi Kültür Yayınları.

Aydın, Hakkı (2001), “İslam Hukuku, Devlet ve Ahkâm-ı Sultaniye İlişkisi”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C:5 S:2, s. 1-26.

Aydın, Mehmet Akif (1994), “Osmanlı’da Hukuk”, Ekmeleddin İhsanoğlu (Editör), Osmanlı Tarihi ve Medeniyeti, 1, 1.Baskı, s. 375-438, İstanbul, İstanbul İslam Tarihi Sanat ve Kültür Araştırma Merkezi Yayınları (IRCICA).

Aydın, Mehmet Akif (2013), Türk Hukuku Tarihi, Tıpkı 11. Basım, İstanbul, Beta Basım, s. 66.

Aydın, Mehmet Akif (2014), Osmanlı Devletinde Hukuk ve Adalet, 1. Basım, İstanbul, Klasik Yayınları, s. 18.

Barkan, Ömer Lütfi (1945), “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer’iliği Meselesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 11(3-4), 203-224.

Berki, Ali Himmet (1982), Açıklamalı Mecelle, 3. Baskı, İstanbul: Hikmet Yayınları.

Beyazıt, Yasemin (2010), “Osmanlı İlmiyye Bürokrasisinde Merkez-Çevre İletişimine Dair Sorunlar(XVI. Yüzyıl)”, Tarih Araştırmaları Dergisi, 29(47), s. 157-176.

Bilmen, Ömer Nasuhi (1967-1970), Hukuki İslamiyye ve İstihalatı Fıkhiyye Kamusu, C:3, İstanbul, Bilmen Basım ve Yayınevi.

Bozatay, Şeniz Anbarlı/Demir, Konur Alp (2014), "Osmanlı Adli ve İdari Sisteminde Kadılık: Kurumsal Bir Değerlendirme", Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:6 S:10, s. 71-89.

Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed (1989), Türk Hukuk Tarihi, C:1, 1. Basım, Konya, Selçuk Üniversitesi Basımevi.

Cin, Halil/Akyılmaz, Gül (2008), Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.

Demir, Abdullah (2014), Türk Hukuk Tarihi, Geliştirilmiş 2. Baskı, İzmir, Yitik Hazine Yayınları.

Devellioğlu, Ferit (2008), Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, 25. Baskı, Ankara, Aydın Kitabevi.

Duman, Soner (2009), "İzzeddin b. 'Abdiselâm'ın el-Kavâ'idü'l-kübra Adlı Eserinde İctihadın Anlam, Kapsam ve Sonuçları", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:14, s. 157-184.

Durhan, İbrahim (1999), "Osmanlı Hukukunun Yapısı Üzerine Bir Etüd", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3 S:1, s. 215-232.

Durhan, İbrahim (2000), "Divan-ı Hümayun'un Yargı Yetkisi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4 S:1-2, s. 59-78.

Durhan, İbrahim (2008), "Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilatındaki Gelişmeler", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12 S:3-4, s. 55-111.

Ekinci, Ekrem Buğra (2001a), "Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü (Klasik Devir)", Belleten, C:65 S:244, s. 959-1005.

Ekinci, Ekrem Buğra (2001b), Ateş İstidası - İslam Osmanlı Hukukunda Yargı Kararlarının Kontrolü, 1. Baskı İstanbul, Filiz Yayınevi.

Ekinci, Ekrem Buğra (2006), İslam Hukuku Umumî Esaslar, 1. Basım, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi.

Ekinci, Ekrem Buğra(2012), Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, 2. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınları.

Fendoğlu, Hasan Tahsin (1994), Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Konya, Mimoza Yayınları.

Fendoğlu, Hasan Tahsin(1996), İslam ve Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı Anayasa Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme, 1. Baskı, İstanbul, Beyan Yayınları.

Gökçe, Turan (1994), “Anadolu Vilayeti’ne Dair 919 (1513) Tarihli Bir Kadı Defteri”, Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Bölümü Tarih İncelemeleri Dergisi, S:9, s. 215-259.

Gündoğdu, İsmail (2009), “Osmanlı Tarihi Kaynaklarından Kazaskerlik Ruznamçe Defterleri Ve Önemi”, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergileri, C:6 S:2, s. 697-722.

Güriz, Adnan(1991), “Türkiye’de Hukuki Pozitivizm”, Anayasa Yargısı Dergisi, S:8, s. 145-172.

Güriz, Adnan (2006), Hukuk Başlangıcı, 11. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi.

Hasanova, Samire (2009), “Örf ve Âdetin İslam Hukuk Düşüncesindeki Yeri ve Hükümlerin Değişmesi Kapsamındaki Tartışmalarda Rolü, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:14, s. 203-218.

Imber, Colin (2004), Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı’da İslami Hukuk, (Çev. Murteza Bedir), İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları.

İnalcık, Halil (1958) “Osmanlı Hukuku’na Giriş Örf’i Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C:13 S:2, s. 102-126.

İnalcık, Halil (1998), “Adaletname”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C:1, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 346-347.

İnalcık, Halil (2005), Osmanlı'da Devlet Hukuk Adalet, 2. Baskı, İstanbul, Eren Yayınları.

İnalcık, Halil (2007), "Padişah", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C:34, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 140-143.

İnalcık, Halil (2009), Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ, (Çev. Ruşen Sezer), 14. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları.

İnalcık, Halil (2012), "Kazasker Ruznamçe Defterine Göre Kadılık", Adalet Kitabı, 1. Baskı, Ankara, Kadim Yayınları, s. 121-142.

İpşirli, Mehmet (1993), "Cuma Selamlığı", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C:8, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 90-92.

İpşirli, Mehmet (1997), Osmanlı Devletinde Kazaskerlik, Belleten, C:61 S:232, s. 597-699

Karal, Enver Ziya (1988), Selim III'ün Hat-tı Hümayunları Nizam-ı Cedid, 2. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 103.

Karaman, Hayrettin (1984), Anahatlarıyla İslam Hukuku Giriş ve Amme Hukuku, C:1, 1. Baskı, İstanbul, Ensar Neşriyat.

Karaman, Hayrettin (1996), Mukayeseli İslam Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Nesil Yayınları.

Katğı, İsmail (2013a), "Osmanlı Devleti'nde Padişah Emriyle(Siyaseten) Katledilmiş Şeyhülislam", History Studies, C:5 S:3, s. 85-115.

Katğı, İsmail (2013b), "Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl(Hukuki Mahiyeti, Sebepleri, Usulü, İnfazı ve Sonuçları)", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C:6 S:24, s. 180-211.

Kaya, Kemal (2007), "Tanzimat'tan Önce Belediye Hizmetleri ve Voyvodalar", Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi, C:26 S:41, s. 101-112.

Koç, Yunus (1999), "Erken Dönem Osmanlı Hukuku: Yaklaşımlar, Temel Sorunlar", Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi Osmanlı Özel Sayısı, C:16 S:1, s. 115-126.

Koşum, Adnan (2004), “Osmanlı Örfi Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri”, Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S:17, s. 145-160.

Köksal, Osman (2006), “Osmanlı Hukukunda Bir Ceza Olarak Sürgün ve İki Osmanlı Sultanının Sürgünle İlgili Hattı-ı Hümayunları”, OTAM, S:19, s. 283-341.

Köprülü, M. Fuat (1977), “Fıkıh”, İslam Ansiklopedisi, C:4, İstanbul, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınevi, s. 601-622.

Köprülü, M. Fuat (2012), “Ortazaman Türk Hukuku Müesseseleri: İslam Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?”, Halil İnalcık ve diğerleri (Editörler), Adalet Kitabı, 1. Baskı, Ankara, Kadim Yayınları, s. 39-72.

Kütükoğlu, Mübahat S. (1991), “Arz”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi C:3, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 438-440.

Mumcu, Ahmet (1986), Divan-ı Hümayun, 2. Baskı, İstanbul: Birey ve Toplum Yayınları.

Mumcu, Ahmet (1994), “Divan-ı Hümayun”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C:9, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 430-432.

Mumcu, Ahmet (2007), Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl, Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara, Phoenix Yayınları.

Ortaylı, İlber (1975), “Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:30 S:1, s. 117-128.

Ortaylı, İlber (2008), Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 2. Baskı, Ankara, Cedit Neşriyat, s. 198.

Ortaylı, İlber (2010), Osmanlıyı Yeniden Keşfetmek, 30. Baskı, İstanbul, Timaş Yayınları.

Öğün, Tuncay (1999), “Osmanlı Devleti’nde Müsadere Uygulamaları”, Güler Eren ve diğerleri (Editörler), Osmanlı, C:6, 1. Baskı, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, s. 371-383.

Özçelik, A. Selçuk (1956), “İslam Hukukuna Göre Hükümdarın Hukuki Durumu”, Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Ordinaryüs Profesörü Dr. Tahir Taner’e Armağan, 1. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 143-165.

Özkorkut, Nevin Ünal (2008), “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da Ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:57 S:1, s. 225-242.

Öztuna, Yılmaz (1994), Büyük Osmanlı Tarihi, C:8, İstanbul, Ötüken Neşriyat.

Sahillioğlu, Halil (1991), “Askeri”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C:3 İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 488-489.

Saydam, Abdullah(1999), Osmanlı Medeniyeti ve Tarihi, 2. Baskı, Trabzon, Derya Kitabevi.

Schacht, Joseph (1977), İslam Hukukuna Giriş,(Çev. Mehmet Dağ ve Abdulkadir Şener), Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi.

Seyitdanlıoğlu, Mehmet (1999), “Divan-ı Hümayundan Meclis-i Mebusan’a Osmanlı İmparatorluğu’nda Yasama”, Güler Eren ve diğerleri (Editörler), Osmanlı, C:6, 1. Baskı, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, s. 17-23.

Şaban, Zekiyyüddîn (1996), İslam Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fıkıh), (Çev. İbrahim Kafi Dönmez), 2. Baskı, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Şen, Murat (1999), “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, Güler Eren ve diğerleri (Editörler), Osmanlı, C:6, 1. Baskı, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, s. 327-339.

Şentop, Mustafa (2006), “Tanzimattan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S:1, s. 87-105.

Şentop, Mustafa (2005), Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik, 1. Basım, İstanbul, Klasik Yayınları.

Şimşek, Murat (2009), “Hukuki Tasarrufların Kaynağı Olarak Hz. Peygamberin İctihadı”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S:14, s. 111-156.

Tanör, Bülent (1999), Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri, 3. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları.

Tunç, Muhammed Nuri (2014), “Osmanlı’da Hanedan İçi Katl”, *Turkish Studies*, C:9 S:4, s. 1133-1167.

Turan, Ali ve Aksın, Ahmet (2008), “7 Numaralı Kıyas Defterinin (S. 1-70) Tanıtımı”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C:18 S:1, s. 325-342.

Tursun Bey (1977), *Tarih-i Ebu’l-Feth*, (Haz. A. Mertol Tulum), 1. Baskı, İstanbul, Baha Matbaası.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (1988), *Osmanlı Devleti’nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı*, 3. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (2014), *Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilâtı*, 4. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 113.

Üçok, Çoşkun ve Diğerleri (2008), *Türk Hukuk Tarihi*, 13. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

Yakut, Yakup (2006), *19. Yüzyıl Sonlarında İnegöl*, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi (2011), *Kur’ân-ı Kerim Meali*, (Sadeleştiren: Mehmed Şirin Doğan), İstanbul, Seda Yayınları.

Zeydan, Abdülkerim (2012), *İslam Hukukuna Giriş*, (Çev. Ali Şafak), 1. Baskı, İstanbul, Kayıhan Yayınları.

Özel Hukuk

KANUN YAPMAK BU KADAR KOLAY MI, YAHUT BU KADAR ZOR MU? (5510 SAYILI KANUN UYGULAMASI ÇERÇEVESİNDE BİR TESBİT)*

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN**

ÖZET

2000’li yıllardan beri sosyal güvenlik reformu ile sosyal güvenlik sisteminin tek çatı altında toplanması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda da 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ve 5510 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çıkarılmıştır. Ancak 5510 sayılı Kanun’un yürürlük tarihinden önce ve sonra birçok maddesinde değişiklikler olmuştur. Kanun’un onaylanmasından önce Anayasa’ya aykırılığı sebebiyle iptal davası açılmış ve bunun neticesinde Anayasa Mahkemesi birçok maddenin yürürlüğünü durdurmuştur. Aynı şekilde Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra da çeşitli kanunlar ile birçok maddesinde değişiklikler yapılmıştır. Çalışmamızda işte bu kanunlar ile 5510 sayılı Kanun maddelerindeki değişiklikleri değerlendirmekteyiz.

Anahtar Kelime: 5510 sayılı Kanun, sosyal güvenlik reformu, 6111 sayılı Kanun, 6385 sayılı Kanun, 6552 sayılı Kanun, 6645 sayılı Kanun.

* Bu çalışma, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 90. Kuruluş Yıl Dönemi Uluslararası Hukuk Kurultayında, 03.11.2015 tarihinde İş Hukuku Oturumunda, Sosyal Güvenlik Hukukunda Güncel Gelişmeler başlığı altında sunulan tebliğden esinlenilerek ilgili tebliğin gözden geçirilmiş halidir. Söz konusu çalışma, Kasım 2015 tarihine kadar mevzuatta yapılan değişiklikleri kapsamaktadır.

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı. usanfatih@gmail.com

**IS IT SO EASY TO ENACT, OR SO DIFFICULT?
(DETERMINATION ON THE APPLICATION OF CODE NR. 5510)**

ABSTRACT

Since the beginning of the 2000, to create a unique social security system has been aimed with new social security reforms. In this respect, code of Institution of Social Security (Nr. 5502) and code of Social Insurance and General Health Insurance (Nr. 5510) has been enacted. Many of the articles of Code Nr. 5510 have been changed even before and after its entry into force. Application has been also made to annul some of the articles before Turkish Constitutional Court, and they cannot be applied during these process. Code Nr. 5510 amends also articles some of the other codes as well. In this paper, we evaluate these codes and amendments.

Key Words: Code Nr. 5510, social security reforms, Code Nr. 6111, Code Nr. 6385, Code Nr. 6552, Code Nr. 6645.

I. GENEL OLARAK

Sosyal güvenlik reformu olarak kamuoyunda tartışılan düzenlemeler, 2000’li yılların başından itibaren sosyal güvenlik sistemimizi primli ve primsiz rejimden oluşan iki ayaklı sistemde birleştirerek tek çatı altında oluşturmayı hedefleyen bir sistem olarak karşımıza çıkmıştır¹. Zaman içerisinde her ne kadar başlangıçta planlandığı üzere primsiz ödemeler kanun tasarısı yasalaşmasa da, değişik sosyal güvenlik kuruluşlarının tek çatı altında, Sosyal Güvenlik Kurumu olarak birleştirilmesi mümkün olmuş, bununla birlikte farklı statüde yer alan sigortalılar hakkında norm ve standart birliği oluşturma çabaları, kamu görevlileri açısından iki farklı Kanuna bağlı olarak yapılabilmektedir. Bu amaçla, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu² ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun³ yürürlüğe konmuştur.

Başlangıçta yapılması öngörülen değişikliklerin tasarılar da söz konusu madde sayıları dikkate alınarak, bir başka ifadeyle, mevcut kanun maddeleri ile tasarılar da öngörülen madde sayılarının mukayesesi yapılmak suretiyle, yeterli çözüm getiremeyeceği öğretide eleştiri konusu olmuştur. Yasalaşma esnasında, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu’nda, 45 asıl, 6 geçici madde, 5510 sayılı Kanun’da da 109 asıl ve 22 geçici madde bulunmaktadır. Oysa ilgili alanda uygulama alanı bulan, mevcut sosyal sigorta kanunlarındaki toplam madde sayısı 1039 idi⁴.

Sosyal Güvenlik Reformu Öncesi Mevcut Mevzuat Durumu

	Kanun	Madde	Ek Madde	Geçici Madde	Ek Geçici Madde	Toplam
1	506	143	49	30	3	285
2	5434	137	80	218	23	458
3	1479	54	21	24	23	152
4	2925	42	-	2	-	44
5	2926	64	3	10	-	77
6	2829	18	-	5	-	23
						1039

1 Bkz. Okur, Ali Rıza (2006), ‘Sorunlarla Gelen Reform’, Mercek, Temmuz, s.17 vd., Okur, Ali Rıza (2006), ‘Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası’, Legal İHSGHD, Sayı: 12, s.1286. Ayrıca sosyal güvenlik reformu hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Güzel, Ali (2005), ‘Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Çözümlere Çözüm Mü?’, Çalışma ve Toplum, Sayı:4, s.61 vd.; Arıcı, Kadir (2011), ‘Sosyal Sigorta Sisteminin Karadeliği: Sigortalı Sayılmayanların Durumu’, SGD, Cilt:1, Sayı:1, s.49-55; Güzel, Ali (2006), ‘Sosyal Güvenlik Reformuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme’, Toprak İşveren, Sayı: 70, s.1-10.

2 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, 16.05.2006 tarihli ve 26173 sayılı RG.

3 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 16.06.2006 tarihli ve 26200 sayılı RG.

4 Bkz. Okur (2006), Genel Sağlık, s.1287.

II. 5510 SAYILI KANUNUN YÜRÜRLÜK SERÜVENİ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 19.4.2006 tarihinde 5489 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş ve onay için Cumhurbaşkanlığı'na sunulmuştur. Ancak, Cumhurbaşkanı'nın Kanunu tekrar görüşülmek üzere Meclise iadesinden sonra, Meclis tarafından aynen kabul edilen Kanun, 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe girmek üzere⁵ Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Resmi Gazetede yayından sonra, söz konusu Kanunla ilgili olarak Cumhurbaşkanı ve Ana Muhalefet Partisi Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmışlardır. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi⁶ de Kanunun bazı maddelerinin yürürlüğünü durdurmuş ve birçok maddesini de iptal etmiştir^{7 8}. İptal sonrası, Kanun'un 01.01.2007 olan yürürlük tarihi önce 01.07.2007⁹ tarihine, sonra 01.01.2008¹⁰, daha sonra 01.06.2008¹¹ ve nihayet, 17.04.2008 tarihli 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.74 ile¹², Ekim 2008 ayı başı¹³ olarak belirlenmiştir (m.108)¹⁴. 5754 sayılı Kanun ile henüz yürürlüğe girmemiş olan 5510 sayılı Kanun'da çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Böylelikle, Kanun'un yürürlük süresi dört kez ertelenmiştir¹⁵. Ekim 2008 ayı başı ifadesi, 4/a'lı ve 4/b'liler için 01.10.2008, 4/c'liler için-

5 16.06.2006 tarih ve 26200 sayılı RG.

6 AYM, 15.12.2006 tarihli ve 2006/111-112 sayılı kararı, 30.12.2006 tarihli ve 26392 sayılı Mükerrer RG.

7 Bkz. Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye (2006), 'Tek Çatı Tek Yasadan, Tek Çatı Çok Yasaya', İşveren, Aralık, s.32-39.

8 Anayasa Mahkemesinin iptal kararının değerlendirilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Bkz. Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye (2007), '5510 sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25/10/2007 tarihli Taslağın Değerlendirilmesi', Legal İHSGHD, Sayı:16, s.1443 vd., Uşan, M. Fatih (2009), Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.44 dn.86.

9 26.12.2006 tarih ve 5565 sayılı 2007 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu m.30/IV, 29.12.2006 tarih ve 26391 1.Mükerrer sayılı RG.

10 09.05.2007 tarih ve 5655 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.1, 20.05.2007 tarih ve 26527 sayılı RG.

11 14.12.2007 tarih ve 5724 sayılı 2008 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu m.28/16, 28.12.2007 tarih ve 267401 sayılı Mükerrer RG.

12 08.05.2008 tarih ve 26870 sayılı RG.

13 Kanun m.3/14'e göre, "Ay: Ücretleri; her ayın 15'inde ödenen 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri kapsamındaki sigortalılar için, ayın 15'inden ertesi ayın 15'ine kadar geçen, diğer sigortalılar için ise ayın 1'i ilâ sonu arasında geçen ve otuz gün olarak değerlendirilen süreyi", ifade eder.

14 Kanunun yürürlük tarihi ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz. Uşan, M. Fatih (2009), '5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler', Sicil, Yıl:4, Sayı:14, Haziran, s.239 vd.; Uşan (2009), Sosyal Güvenlik, s.45 vd.

15 Bkz. Uşan (2009), Sosyal Güvenlik, s.45 vd.

se 15.10.2008'dir¹⁶. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, 5510 sayılı Kanun esas itibariyle Ekim 2008 ayı başında yürürlüğe girmekle birlikte, Kanunda, Ekim 2008 ayı başı dışında 01.01.2008, 30.04.2008, 01.07.2008, tarihinde yürürlüğe giren maddeler de bulunmaktadır¹⁷.

İfade etmek gerekir ki, 5510 sayılı Kanunda yapılan bu değişikliğe karşı bu defa yalnızca Ana Muhalefet Partisi, Kanun'un 5754 sayılı Kanun ile değiştirilen, yeniden düzenlenen 21 maddesinin Anayasa'nın 2, 7, 10, 17, 56, 60, 88, 95, 128 ve 153. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürülerek iptallerini talep etmiş¹⁸, ancak bu sefer Anayasaya Mahkemesi, anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmamıştır.

III. YÜRÜRLÜK SONRASI 5510 SAYILI KANUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. GENEL OLARAK

5510 sayılı Kanunda, Kasım 2015 tarihine kadar, toplamda 29 farklı kanun düzenlemesi ile değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce yapılan 3 değiştirme kanununu düşersek, Ekim 2008 başından sonra 26 adet kanun ile 5510 sayılı Kanun'a müdahale edildiğini görürüz. Böylelikle, 5510 sayılı Kanun'da değiştirilen madde sayısı toplamda 246'dır.

Bir kez belirtmekte fayda var ki, yasalaşma esnasında, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununda, 45 asıl, 6 geçici madde, 5510 sayılı Kanun'da da 109 asıl ve 22 geçici madde bulunmakta iken; Kasım 2015 itibariyle, 5502 sayılı Kanun 45 asıl, 10 geçici, 4 ek madde, 5510 sayılı Kanun'da ise, 109 asıl, 66 geçici 10 ek madde olmak üzere toplamda 426 madde bulunmaktadır.

Başlangıçta 131 maddeden oluşan 5510 sayılı Kanunda yürürlük öncesi ile beraber toplam 265 adet değişiklik yapılmıştır. 226 adet değişiklik ise yürürlükten sonradır.

16 05.03.2009 tarih ve 2009/37 sayılı Sigortalılık İşlemleri Genelgesi'ne göre, "5510 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinde ay kavramı ücretleri her ayın 15'inden ertesi ayın 15'i arasında ödenen sigortalılar ile ayın 1'i ila sonu arasında geçen sürede ödenenler açısından farklılık gösterdiğinden aylıkları her ayın 15'i itibariyle ödenen 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bendine tabi sigortalılar için Kanunun yürürlük tarihi 15/10/2008, diğerleri için ise 01/10/2008 tarihi olarak, 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalılar için ise yürürlük tarihi 01/10/2008 olarak dikkate alınacaktır" (Genelge m.1/4).

17 5510 sayılı Kanunun yürürlük süresine ilişkin düzenlemesine eleştirel bir bakış için bkz. Okur, Ali Rıza (2008), 'Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu', İşveren, Cilt:46, Sayı:8, Mayıs, s.40.

18 AYM, 03.03.2001 tarihli 2008/56 ve 2011/58 sayılı ve 28/12/2011 tarihli ve 28156 sayılı RG.

5510 sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler Kronolojisi

	KANUN	SAYI		KANUN	SAYI
1	5565	1	16	KHK/666	2
2	5655	2	17	6270	14
3	5754	36	18	6283	6
4	5763	4	19	6322	2
5	5797	6	20	6353	11
6	5838	7	21	6385	12
7	5917	3	22	6458	3
8	5921	1	23	6462	10
9	5951	1	24	6486	8
10	5947	2	25	6494	1
11	5997	9	26	6495	7
12	6009	1	27	6518	1
13	6111	53	28	6552	41
14	6191	3	29	6645	16
15	KHK/655	2	TOPLAM		265

Yürürlük sonrası en köklü değişikliklerin, 6111¹⁹ , 6385²⁰ , 6552²¹ ve 6645²² sayılı Kanunlar olduğu söylenebilir.

Bu arada yapılan değişikliklerin bir kısmı, yapılandırma ve prim teşvikine ilişkindir. Biz bu çalışmamızda özellikle yukarıda bahsetmiş olduğumuz Kanunla yapılan değişikliklerin kendimizce önemli gördüğümüz olanlarının üzerinde durmayı yararlı görmekteyiz. Prim teşviki veya af niteliğinde olan hususlar inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

Ayrıca Kasım 2015 tarihine kadar mevzuatta yapılan değişiklikler değerlendirilmeye alınmıştır.

19 Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 25.02.2011 tarihli ve 27857 sayılı Mükerrer RG.

20 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 19.01.2013 tarihli ve 28533 sayılı RG.

21 İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, 11.09.2014 tarihli ve 29116 sayılı Mükerrer RG.

22 İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 23.04.2015 tarihli ve 29335 sayılı Mükerrer RG.

B. 6111 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİLER

1. Genel Olarak

6111 Sayılı Kanun, 216 asıl ve 18 geçici madde olmak üzere toplam 236 maddelik kapsamlı bir metindir. 6111 sayılı kanun, devlete olan borçların yapılandırılması ve borçların affı olarak bilinmesine rağmen, 5326 sayılı Kaba-hatler Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 3308 sayılı Meslek Eğitim Kanunu, 3816 Sayılı Ödeme Gücü Olmayan Vatan-daşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılan-ması Hakkında Kanun, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, 4857 Sayılı Kanun, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu gibi birçok kanunda düzenleme yapan çok kapsamlı bir kanun olarak dikkat çekmektedir²³.

Biz 5510 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerden kendimize göre önem atfettiğimiz değişiklikler üzerinde durmayı yerinde bulmaktayız²⁴.

2. Kısmi Süreli Çalışanların Eksik Kalan Günleri Borçlanmalarında 4/a'lı Olarak Değerlendirilmesi

6111 sayılı Kanun kısmen sigortalı sayılan veya sigortalılık ilişkisi özel hükümlerle düzenlenen gruplarla ilgili olarak da 4/a kapsamındaki sigortalılık

- 23 Ören, Kenan/Göçmen, Murat (2012), '6111 Sayılı Torba Yasanın Getirdiği Reform Ve Değişikliklerin Çalışma Hayatına Yansımaları (Kısmi Bir Analiz)', Kamu-İş, Cilt:12, Sayı:1, s.1. vd.
- 24 Alper'e göre, "1 Ekim 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanun'un 2,5 yıla yaklaşan uygulama dönemi ile ilgili sorunlar, eksiklikler ve boşluklar dikkate alınarak bazı hükümlerinin değiştirilmesi ve yeni hükümler ilave edilmesine yönelik yeni yasal düzenleme yapma ihtiyacının yalnızca bu alanla ilgili ayrı bir yasal düzenleme ile gerçekleştirilmesi daha doğru bir yöntem olabileceksen, TBMM'nin çalışma takvimi ve usulünden kaynaklanan "problemler" ve genel seçim atmosferine girilmesi dolayısıyla ortaya çıkabilecek gecikmeler gerekçe gösterilerek, esasen vergi ve prim borçlarının tahsiline imkân veren bir yeniden yapılandırma (af) Kanunu olarak gündeme gelen 6111 sayılı Kanun'a, 5510 sayılı Kanun'la ilgili çok sayıda maddeyi ilgilendiren kapsamlı ve bazı bakımlardan önemli yenilikler getiren yeni hükümler de ilave edilmiştir. Getirilen değişikliklerin bir kısmı uygulama sürecinde ortaya çıkan eksiklikleri gidermeye yönelik isabetli düzenlemeler niteliğinde iken, bir kısmı uzun dönemde 5510 sayılı Kanun'un uygulama sistematığını ve iç ahengini bozacak, yakın zamanda yeni düzenlemeler yapılması ihtiyacını doğuracak nitelikte değişiklikler olmuştur. Bu bakımdan bazı düzenlemeler "aceleyle getirilmiştir" değerlendirilmesinde bulunmak yanlış olmayacaktır", Alper, Yusuf (2011), '6111 Sayılı (Torba) Kanun ve Sosyal Güvenlikle (5510 Sayılı Kanun) İlgili Değişiklikler', ASO, Dosya, Mart-Nisan, Özel Sayı, s.53. 6111 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklere ilişkin geniş bilgi için bkz. Alper (2011), 6111, s.53 vd., Şakar, Müjdat, 6111 Sayılı "Torba Kanun" ile Gelen Sosyal Sigorta Değişiklikleri, <<https://msakar.wordpress.com/2011/04/03/6111-sayili-torba-kanun-ile-gelen-sosyal-sigorta-degisiklikleri/>> s.e.t. 01.02.2016, Ören/Göçmen (2012), s.1-26.

ilişkisinin üstünlüğünü kabul eden düzenlemeler getirmiştir²⁵. Bu düzenlemeler esas olarak 4/b kapsamında sigortalılık statüsü olarak değerlendirilen isteğe bağlı sigortalılık ilişkisini daraltan, m.41 kapsamındaki hizmet borçlanmalarının niteliğini de bazı çalışan grupları bakımından değiştiren uygulamalardır.

Buna göre;

- Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yürütülen kurslarda usta öğretici olarak veya ders ücreti karşılığı çalışanlar, 30 günden eksik sürelerini borçlandıkları takdirde borçlandıkları süre 4/a kapsamında sigortalılık statüsünde değerlendirilir.

- Yurtdışında iş alan Türk müteahhitlerin, işyerlerinde çalıştırmak üzere Türkiye’den götürdüğü işçilerin isteğe bağlı olarak uzun vadeli sigorta kolları ile ilgili borçlanmaları halinde borçlandıkları süre 4/a kapsamında sigortalılık statüsünde kabul edilir.

- 4/a kapsamında sigortalı sayılmalarını gerektiren işlerde kısmi süreli çalışanların, 30 günden eksik günleri borçlanmaları halinde borçlandıkları süreler 4/a kapsamında sigortalılık statüsünde değerlendirilir.

- İlk defa 6111 sayılı Kanun’la 5510 sayılı Kanun kapsamına alınan şehir içi ulaştırma araçlarında çalışan sürücüler ve kısmi süreli çalışan sanatçılar da eksik günlerini borçlanmaları halinde borçlandıkları süreler 4/a kapsamında sigortalılık hali olarak kabul edilir.

- Stajyerler, meslek eğitimi gören öğrenciler, kursiyerler ve hükümlü ve tutukluların uzun vadeli sigorta kolları ile ilgili hizmet borçlanmaları da 4/a kapsamında sigortalılık ilişkisinde geçmiş süreler olarak belirlenir.

Belirtmek gerekir ki, 6111 sayılı Kanun ile getirilen bu düzenlemelerle birlikte değerlendirildiğinde, Kanun m.4/b kapsamındaki sigortalılık ilişkisinin kaçınılması gereken bir statü olduğu böylelikle bizzat 5510 sayılı Kanun’un kendi düzenlemeleri ile de kabul edilmiş görünmektedir²⁶.

25 6111 sayılı Kanun m.32’ye göre, “5510 sayılı Kanunun 51 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “(b) bendi” ibaresi “(a) bendi”, beşinci fıkrasında yer alan “bu süreler” ibaresi “söz konusu süreler, bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü saklı olmak üzere” şeklinde değiştirilmiştir”.

26 Öğretide savunulduğuna göre, bu yapılan düzenlemeyle birlikte, 5510 sayılı Kanun m.4/b de yer alan sigortalılık durumu gözden geçirilmeye matuftur. Aslında, yapılması gereken, 5510 sayılı Kanun’u daha karmaşık, anlaşılması ve uygulama bakımından içinden çıkılması zor hale getiren bu değişikliklerle uğraşmak yerine, 4/b kapsamındaki sigortalılık ilişkisini yeniden düzenlemektir. 4447 sayılı Kanun ile getirilen ve 5510 sayılı Kanun’da da aynen benimsenen, yaşlılık aylığı bağlanması bakımından kademeli bir geçişle yaş şartını getiren düzenleme sigortalılık süresinin önemini azaltmıştır ve bir süre sonra da ortadan kaldıracaktır. Bu tespitten hareketle 4/b statüsündekilerle bu statüden sayılanlar bakımından yaşlılık aylığı bağlanma şartlarını 9000 günden 7200 güne indirecek bir değişiklik, hem norm ve standart birliğinin sağlanması bakımından önemli bir adım olacak, hem de sigortalılık hallerinin çakışmasına bağlı problemler de böylelikle asgariye inecektir. Bkz. Alper (2011), s.55.

Hemen şunu söylemek mümkündür ki, bahsi geçen değişiklikler yerindedir.

3. Sigortalılık Sürelerinin Çakışması Halinde 4/a ve 4/b Sigortalılığının Durumu

Başlangıçta, 5510 sayılı Kanun'un m.53'e göre²⁷, sigortalının aynı anda birden fazla sigortalılık ilişkisine tabi olması halinde, öncelikle 4/c kapsamındaki sigortalılık ilişkisi; 4/a ve 4/b kapsamındaki sigortalılık hallerinin çakışması halinde ise önce başlayan sigortalılık ilişkisi geçerli sayılıyordu^{28, 29}.

Bu konunun önemi, sosyal sigorta haklarından faydalanma bakımından m.4/b kapsamındaki sigortalılar için primlerin kendileri tarafından ödenmesi

27 6111 sayılı Kanun m.33'e göre, "5510 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "Sigortalının," ibaresi "Birinci fıkra hükmü saklı olmak üzere sigortalının," olarak, birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. / "Sigortalının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statüleri ile (c) bendinde yer alan sigortalılık statüsüne aynı anda tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde öncelikle aynı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında, (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statülerine tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde ise aynı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır. Ancak, sigortalılık hallerinin çakışması nedeniyle Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılığı esas alınanlar, yazılı talepte bulunmak ve Kanunun 82 nci maddesine göre belirlenen prime esas kazanç alt sınırı ve üst sınırına ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla, esas alınmayan sigortalılık statüsü kapsamında talep tarihinden itibaren prim ödeyebilirler. Bu şekilde ödenen primler; iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar yönünden, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılık statüsünde, kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan diğer yardımlar ile uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlar yönünden ise Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık statüsünde değerlendirilir. Bu fıkra hükümlerine göre ödeme talebinde bulunulduğu halde ait olduğu ayı izleyen ayın sonuna kadar ödenmeyen primlerin ödenme hakkı düşer. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi ile aynı maddenin birinci fıkrasının (b) bendindeki diğer sigortalılık statülerine aynı anda tabi olacak şekilde çalışılması durumunda, (b) bendinin (4) numaralı alt bendi dışındaki diğer sigortalılık durumu dikkate alınır."

28 Değişiklik öncesi, vergi mükellefi olan bir esnafın aynı zamanda başka bir işyerinde işçi olarak sonradan çalışmaya başlaması durumunda sadece 4/b sigortalısı olması gerekiyor, bunun yanı sıra, bu kişinin bir işyerinde hizmet akdi ile çalışırken işyeri açarak vergi mükellefi olması durumunda da sadece 4/a sigortalısı sayılıyordu. Yani 4/a ve 4/b sigortalılığı gerektirecek işleri aynı anda yapanın, hangi işi daha önce yapmaya başladıysa o işin gerektirdiği sigortalılık kapsamında olması lazımdı.

29 Sigortalılık hallerinin çakışması ile ilgili genel bilgi için bkz. Alper, Yusuf (2015), Sosyal Sigortalar Hukuku, 7. Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık, s.145-147; Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Canıklıoğlu, Nurşen (2014), Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayınları, s.173 vd.; Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer (2015), Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.324-328; Arıcı, Kadir (2015), Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Gazi Yayınları, s.454-456.

yanında, yaşlılık aylığına hak kazanmak için m.4/a kapsamındaki sigortalıların 7200 gün (20 tam yıl) prim ödemeleri yeterli iken, m.4/b kapsamındaki sigortalıların 9000 gün (25 tam yıl) prim ödemelerinin zorunlu olmasından kaynaklanmaktadır. 6111 sayılı Kanun m.33 ile 5510 sayılı Kanun m.53 değiştirilmiş ve Kanun m.4/a ve m.4/b kapsamındaki sigortalılık hallerinin çakışması halinde 4/a kapsamındaki sigortalılık ilişkisinin geçerli olması esası benimsenmiştir. Bu düzenleme ile sigortalılık hallerinin üstünlük (öncelik) sıralaması sırasıyla 4/c, 4/a ve 4/b şeklinde değiştirilmiştir. 4/a ve 4/b sigortalılık hallerinin çakışması halinde 4/a sigortalılık ilişkisinin üstünlüğünün kabulü, 5510 sayılı Kanun'un 4/a statüsündeki sigortalılık ilişkisinin sigortalının lehine bir durum olduğunun itiraf edilmesi anlamına gelmesine ilişkin ikinci bir örnektir. Nitekim, Kanun, isteğe bağlı sigortalılıkta esas itibarıyla m.4/b sigortalılığını ararken, 6111 ile yukarıda izah ettiğimiz durumlarda isteğe bağlı sigorta primi ödeyen (kısmi süreli çalışan, yurt dışına götürülen Türk işçilerinde vs. olduğu gibi) kişilerin sigortalılığında genel sistemden ayrılarak m.4/a sigortalılığını benimsemektedir.

Bu değişiklik, 5510 sayılı Kanun'un sistematığının bozulmasına yol açtığı gibi, Kanun'un uygulamasını daha karmaşık bir hale getirebilecek niteliktedir. Nitekim aynı madde değişikliği ile bu durumda olan kişilerin yazılı talepte bulunmaları halinde kısa vadeli sigorta kolları ile ilgili olarak iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan sağlanan haklar için m.4/b, hastalık ve analık sigortasından sağlanan haklarla ilgili olarak da m.4/a kapsamında sigortalı sayılacaklarını öngörmektedir. İlk bakışta sigortalılara m.4/a kapsamında hastalık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği almalarına imkân veren bu düzenleme ile 5510 sayılı Kanun'daki sigortalılık hallerini iç içe hale getiren bir düzenleme olması bakımından bir ilk olma niteliğini taşımaktadır³⁰.

4. Tarım ve Orman İşlerinde Ücretle Süreksiz Çalışanların Sigortalılığı

Tarım ve orman işlerinde hizmet akdi ile çalışanların sigortalılığı için, kamu işyerlerinde tarım ve orman işlerinde çalışanlar, iş sürekli olsun ya da olmasın sigortalıdırlar. Bununla birlikte, özel sektöre ait tarım ve orman işlerinde hizmet akdi ile sürekli çalışanlar ancak zorunlu sigortalı olarak nitelendirilirler. Bir başka ifadeyle, özel sektöre ait tarım ve orman işlerinde hizmet

30 Bkz. Alper (2011), s.56.

akdi ile süresiz çalışanlar, kapsam dışındadırlar³¹. Fakat bunlar isteğe bağlı sigortalı da olabilirler. Bu genel isteğe bağlılık yanında (4/b'liliği getiren), 6111 sayılı Kanun Ek m.5 ile genel isteğe bağlılıktan farklı olarak kişinin Kanun m.4/a'lı olarak sigortalı sayılmasını öngören bir düzeleme getirilmiştir.

Gerçekten, 6111 sayılı Kanunla, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında sigortalılık ilişkisi kurulan “geçici, gündelikçi tarım işçilerinin” sigortalılık ilişkileri, 5510 sayılı Kanun’a ilave edilen Ek m.5 ile yeniden düzenlenmiştir³². Buna göre, tarım ve orman işlerinde hizmet akdi ile

31 Geniş bilgi için bkz. Korkusuz, M. Refik/ Uğur, Suat (2015), Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları, s.280-281; Sözer, Ali Nazım (2015), Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.111-112; Arıcı (2015), s.258-259; Tuncay/Ekmekçi (2015), s.315-316; Alper (2015), Sosyal Sigortalar, s.121; Uşan (2009), Sosyal Güvenlik, s.109-111.

32 6111 sayılı Kanun m.51 ile 5510 sayılı Kanuna Ek m.5 eklenmiştir. Buna göre, “EK MADDE 5- 4 üncü madde ile isteğe bağlı sigortalılık hükümleri ve 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi kapsamında sigortalı olmayan, kendi sigortalılıklarından dolayı bu kanunlara göre gelir veya aylık almayan ve 18 yaşını doldurmuş olanlardan; tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süresiz olarak çalışanlar, örneği Kurumca hazırlanan ve Kurumca belirlenen ilgili muhtarlık, birlik, kuruluş, il veya ilçe tarım müdürlükleri tarafından usulüne uygun olarak düzenlenip onaylanmış belgeleri ile talepte bulundukları tarihten itibaren sigortalı sayılırlar. / Bu madde kapsamındaki sigortalılık; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi dâhil olmak üzere 4 üncü maddeye istinaden sigortalı olarak çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları tarihten, sigortalılıklarını sona erdirmeye talebinde bulunanların talep tarihinden, prim borcu bulunanlardan talepte bulunanların primi ödenmiş son günden, gelir ya da aylık talebinde bulunanların aylığa hak kazanmış olmak şartıyla talep tarihinden ve ölen sigortalının ölüm tarihinden itibaren sona erer. / Bu madde kapsamındaki sigortalıların 4 üncü madde kapsamında çalışmaları halinde, bu madde kapsamındaki sigortalılıkları sona erer. 4 üncü madde kapsamındaki çalışmanın sona ermesi halinde, bu madde kapsamındaki çalışmasının devam etmesi kaydıyla çalışmanın sona erdiği tarihi takip eden günden itibaren bu madde kapsamındaki sigortalılıkları kendiliğinden başlar. / Tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süresiz olarak çalışanlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar. Bunlar hakkında bu Kanunun kısa vadeli sigorta kolları bakımından yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası, uzun vadeli sigorta kolları yönünden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. / Bu madde hükümlerine tabi sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarından sağlanan yardımlardan yararlanabilmeleri için iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olmaları ve sigortalılıklarının sona ermemiş olması, bu Kanuna göre iş kazası veya meslek hastalığından dolayı geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik geliri ya da malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şartı aranır. İş kazası ve meslek hastalığı halinde durum, kendilerince veya işverenlerince kolluk kuvvetlerine derhal, Kuruma da en geç üç iş günü içinde bildirilir. / Bu madde kapsamındaki sigortalılar, 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas kazancın alt ve üst sınırı arasında olmak kaydıyla sigortalı tarafından belirlenen günlük kazancın otuz katının % 34,5’i oranında prim öderler. Bunun % 20’si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, % 12,5’i genel sağlık sigortası, % 2’si iş kazası ve meslek

süreksiz olarak çalışanlar, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun yanı sıra uzun vadeli sigorta kolları (malullük, yaşlılık ve ölüm) ile genel sağlık sigortası bakımından Kanun m.4/a kapsamında sigortalı sayılacaklar, sigortalı tarafından belirlenen prime esas kazanç üzerinden toplam yüzde 34,5 oranında prim ödeyeceklerdir³³. Yapılan bu değişiklik 2925 sayılı Kanun uygulamasının yeniden canlandırıldığını söylemek yanlış olmasa gerektir.

5. Kısmi Süreli Çalışan Taksi Şoförleri ile Kısmi Süreli Çalışan Sanatkarların Sigortalılığı

6111 sayılı Kanunla, 5510 sayılı Kanuna Ek m.6 ile yapılan ekleme ile ayda 10 günden az çalışan taksiciler (ve benzeri toplu taşıma aracı kullananlar) ve bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar 4/a'dır³⁴. Çalışma gün sayısı 10 günden az olan kişilerin sigortalılıkları, bu madde kapsamında kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödemeleri suretiyle sağlanır.

Bunlar Kanun m.4/a'lı sayılırlar. Ancak, ticari taksi ile dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma araçlarını işleten kişilerin m.4/b-1 bendine tabi olmaları durumunda ise sigortalılıkları Kanun m.4/b kapsamında değerlendirilir.

hastalıkları sigortası primidir. / Bu madde kapsamındaki sigortalılar ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, genel sağlık sigortası hükümlerinden yararlanabilmesi için 67 nci maddede sayılan diğer şartların yanı sıra sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 6183 sayılı Kanunun 48 inci maddesine göre tecil ve taksitlendirerek tecil ve taksitlendirmeleri devam edenler hariç 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması şarttır. / Bu madde kapsamındaki sigortalıların primlerinin yılda bir veya birden fazla dönem halinde ödenmesini ve ödeme tarihlerini belirlemeye Kurum yetkilidir. / Bu madde kapsamındaki sigortalılar ile ilgili olarak bu maddede aksine hüküm bulunmaması kaydıyla bu Kanunun ilgili hükümleri uygulanır. / Kamu idarelerinin tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalıştırılanlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz. / Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir”.

33 Alper (2011), s.54.

34 Bkz. Caniklioğlu, Nurşen (2011), '6111 Sayılı Kanunla İşsizlik Sigortası Kanununda Yapılan Değişiklikler', Toprak İşveren, Mart, s.12; Tuncay/Ekmekçi (2015), s.311-313. Ayrıca sanatçıların sigortalılığı hakkında bkz. Caniklioğlu, Nurşen/Özkaraca, Ercüment (2014), 'Sanatçıların Sosyal Güvenliği', İÜHFD, Cilt:LXXII, Sayı:2, s.637 vd.

Bu şekilde kısmi süreli çalışanlar sigortalılıkları, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası kapsamında olup, günlük kazancın otuz katının % 32,5'i oranında prim öderler. Bu prim oranının % 20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, % 12,5'u ise, genel sağlık sigortası primidir.

C. 6385 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

10.01.2013 tarih 6385 sayılı Kanunla 5510 sayılı Kanunla yapılan üç değişiklik üzerinde durmakta fayda var.

Bir değişiklik, genel sağlık sigortasından yararlanmada yapılmıştır. Özellikle, 18 yaşını bitirmekle genel sağlık sigortasından yararlanma imkanını kaybeden lise mezunlarının bir sene üniversite eğitimine geçişte gecikme olması durumunda genel sağlık sigortasından yararlanma durumunda boşluk olabilmekte, bu takdirde gelir testi yaptırılmak suretiyle kendilerinin prim ödemesi gibi bir zorunlulukla karşılaşılabilmekteydi. Bunda isabetli olarak değişiklik yapılmıştır. Gerçekten, *“Ayrıca, lise ve dengi öğrenim görülmesi sebebiyle bakmakla yükümlü olunan kişi veya hak sahibi sıfatıyla sağlık hizmetinden yararlandırılan çocuklar, 20 yaşını dolduracakları tarihi aşmamak kaydıyla bu öğrenimlerini bitirmelerini izleyen tarihten itibaren 120 gün süreyle aynı kapsamda sağlık hizmetlerinden yararlanmaya devam ederler.”*

Diğer değişiklik de, kısa vadeli sigorta kolları prim oranının işin tehlike-lilik derecesine göre belirlenmesi esası yerine sabit oranın uygulanması yolundaki hükümdür. Gerçekten, *“Kısa vadeli sigorta kolları prim oranı, sigortalının prime esas kazancının %2'sidir. Bu primin tamamını işveren öder. Bu oranı %1,5 oranına düşürmeye ya da %2,5 oranına artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.”*

Önceden, yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre, %1- %6.5 idi.

Nihayet, fiili hizmet süresi zammına ilişkin Kanun m.40'ta da değişiklik yapılmıştır. 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere, basın kartı sahibi fiilen çalışan gazeteciler, basın kartı sahibi olup TRT'de haber alanında fiilen çalışan gazeteciler ve Milletvekilleri (ile dışarıdan atanan bakanlar) için fiili hizmet süresi zammı kabul edilmiş olup, süresi 90 gündür.

D. 6552 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

6552 sıra numarasıyla yasalaşan ve İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, 146 maddeden oluşmakta olup 36 Kanunda değişiklik yapmaktadır^{35,36}.

1. Ev hizmetlerinde çalışanlar

5510 sayılı Kanuna eklenen Ek m.9 (6552 sayılı Kanun m.57) ile ev hizmetlerinde aynı kişi yanında ay içinde 10 günden az çalışanlar adına çalıştırılanların, % 2 oranındaki iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primini ödemesi, ev hizmetlisinin ise adına iş kazası ve meslek hastalığı sigortası priminin ödendiği aylarda, genel sağlık sigortası ile malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primini kendisinin ödeyerek sigortalı olması, ay içinde 10 gün ve daha fazla çalıştırılanların ise zorunlu sigortalı olarak, çalıştırılanlarca Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından belirlenen usul ve esaslarda beyanlarının yaptırılarak, primlerinin ödenmesi şeklinde bir değişiklik getirmiştir³⁷.

35 6552 sayılı Kanun değişiklikleri ile ilgili geniş bilgi için bkz. Gerek, Nüvit (2014), 'İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 Sayılı Kanunun Düşündürdükleri', Tühis, Cilt:25, Sayı:3-6, Şubat- Mayıs-Ağustos -Kasım, s.1 vd.; Arslan, Arzu Ertürk (2014), '6552 Sayılı Kanunun 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Getirdiği Bazı Önemli Değişikliklerin Değerlendirilmesi', Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, Sayı:3, s.251-255.

36 6552 sayılı Kanunun değişikliği yaptığı Kanunlar, İş Kanunu, Maden Kanunu, Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, İşsizlik Sigortası Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ve Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, İş Mahkemeleri Kanunu, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Devlet Memurları Kanunu, 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Maliye Af Hükümleri Yükseköğretim Kanunu, Diğer Af Kanunları (Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Gümrük Kanunu, 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşların Aylık Bağlanması Hakkında Kanun), Telgraf ve Telefon Kanunu, Tapu Kanunu, Pasaport Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Harcırah Kanunu, Orman Kanunu, Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, Gelir Vergisi Kanunu, Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'dur.

37 Ev hizmetinde çalışanların sigortalılığı hakkında geniş bilgi için bkz. Manav, A. Eda (2015), 'Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı', TBB Dergisi, Sayı:120, s.509 vd. Genel bilgi için bkz. Arslan, (2014), s.251-255; Arıcı (2015) , s.227-229; Sözer (2015), s.102-104; Korkusuz/Uğur (2015), s.274; Tuncay/Ekmekçi (2015), s.291-293; Alper (2015), Sosyal Sigortalar, s.107-109; Uşan (2009), Sosyal Güvenlik, s.104-106.

Ev hizmetlerinde çalışanlar 5510 sayılı Kanun öncesi dönemde de haki- katen üzerinde en çok tartışma çıkan alanlardan bir tanesi idi. 5510 sayılı Ka- nunun 6552 sayılı değişiklik yapılmadan önceki halinde, ev hizmetlerinde üc- retle ve sürekli çalışanlar sigortalı sayılmakta idiler. Ancak sürekli çalışmanın ne anlama geldiği konusunda Kanunda bir düzenleme olmadığı için, bu konu farklı anlamalara yol açmakta ve bir takım problemlere neden olmakta idi.

1 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe giren bu değişiklikle, ev hizmetlerinde çalışanlar 10 günden az ve 10 günden çok çalışanlar olarak iki gruba ayrılma- tadırlar. Buna göre, ev hizmetlerinde 10 günden fazla çalışanlar tüm sigorta kollarına tabi tutularak zorunlu sigortalı sayılırken (m.4/a); 10 günden az çalı- şanlar sadece kısa vadeli sigorta kollarına tabi tutulmuştur.

Çalışma süresi 10 günden fazla olanlar, Kanun m.4/a bendi kapsamında sigortalı sayılmakla birlikte, bunların işe giriş bildireleri, diğer sigortalılar- dan farklı olarak işverenler tarafından en geç çalışmanın geçtiği ayın sonuna kadar verilebilecektir. Bahsi geçen süre içinde yapılmayan bildirim nedeniyle işveren, bir aylık asgari ücret tutarında idari para cezası ödemek zorundadır.

Çalışma süresi 10 günden az olanlar için de, çalıştırıldıkları süreyle orantılı olarak çalıştıranlarca asgari ücretin %2' si oranında iş kazası ve mes- lek hastalığı sigortası primi ödenecektir. Bunların sigortalılık tescili, çalışan ve çalıştıran imzalarını da ihtiva eden ve en geç çalışmanın geçtiği ayın sonu- na kadar Kurum'a verilmesi gereken örneği Kurum'ca hazırlanacak belgenin Kurum'a verilmesi ile sağlanacak, sigortalılık başlangıcında bu belge üzerinde çalışma başlangıcına dair kayıtlı en eski tarih esas alınacaktır.

Ancak ev hizmetinde 10 günden az çalışanlar için genel sağlık sigortası primi ödenmesi gerekmediği için, muayene ve tedavi yardımı söz konusu ol- maz.

Bununla birlikte, bu kapsamdaki ev hizmetlileri isterlerse, adlarına öde- nen priminin ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar aynı kazancın otuz katının %32,5 oranında prim ödeyebilirler. Bunun % 20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, %12,5'i genel sağlık sigortası primidir.

Belirtelim ki, 10 günden az süreyle ev hizmetlisi çalıştıranlar, 5510 sayılı Kanun uygulamasında işveren sayılmayacağından, Kurum'da işyeri dosyası açılmayacaktır. Primlerin kupon yöntemiyle ödenmesi öngörülmektedir. .

2. Doğum Borçlanması 4/b Ve 4/c li Çalışan Kadın Sigortalılar İçin De Uygulanacak Olması

Getirilen düzenleme ile, 5510 sayılı Kanununun m.41 (a) bendinin değiştirilerek, kamu görevlisi ve kendi adına bağımsız olarak çalışan kadın sigortalılara da doğum borçlanma yapma olanağı sağlanmış, tüm sigortalı kadınlar için hizmet borçlanması yapılacak çocuk sayıları ikiden üçe çıkartılmıştır (6111 sayılı Kanun m.47)³⁸.

3. Tüp Bebek Uygulamasının Genişlemesi

6111 sayılı Kanun m.49 düzenlemesi ile, 5510 sayılı Kanununun m.63 (e) bendinde yapılan değişiklik ve bu maddeye eklenen fıkra ile, yapılan tıbbi tedavileri sonrasında normal tıbbi yöntemlerle çocuk sahibi olamayan, ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabileceği Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından tıbben mümkün görülen, evli kadın sigortalının kendisinin veya sigortalı erkeğin karısının, yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olma hakkı iki denemeden üç denemeye çıkarılmıştır³⁹.

Bunun yanı sıra,

- Terörle Mücadele Kanunu uyarınca malullük aylığı bağlananlar,
- Muvazzaf, yedek ve gönüllü erlerin silâh altında bulundukları esnada veya celp ve terhislerinde (serbest sevkler dâhil) sevkleri sırasında, Yedek Subay okulu öğrencilerinin gerek okulda, gerek okuldan evvelki hazırlık kıtasında vazife malulü olmaları nedeniyle aylık bağlananlar,
- Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki olaylar nedeniyle, Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre aylık bağlananlar,
- Terörle Mücadele Kanunu kapsamına girmese dahi başkasının yardım ve desteği olmadan yaşamak için gerekli hareketleri yapamayacak derecede malul olanlar,

vazife ve harp malulleri, ile bakmakla yükümlü oldukları kişilerin yardımcı üreme yöntemlerinden yararlanarak çocuk sahibi olabilmeleri için, son üç yıl içinde diğer tedavi yöntemlerinden sonuç alınamamış olduğunun Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları sağlık kurulları tarafından

38 Bkz. Arslan (2014), s.258-260.

39 Bkz. Arslan (2014), s.260-263.

belgelenmesi ve en az beş yıl genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olup, 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olması koşullarının aranmaması öngörülmüştür.

E. 6645 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

04.04.2015 tarih ve 6545 sayılı Kanunla yaşlılık aylığı almakta iken 4/b li olarak çalışmaya başlayanların aylıklarından sosyal güvenlik destek prim oranı % 15 ten % 10'a indirilmiştir (6645 sayılı Kanun m.45). Bahsi geçen uygulama Temmuz 2015'ten itibaren yürürlüğe konmuştur.

Yine, Kanun m.4/b li sigortalının kendisinin hizmet akdi ile çalıştırdığı işçisinden daha düşük sigorta primi bildiremeyeceğine ilişkin hüküm de değişiklik yapılarak bahsi geçen uygulamaya son verilmiştir. Bu düzenlemenin yürürlük tarihi geriye götürülerek, 01.01.2008 olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla bahsi geçen duruma ilişkin herhangi bir prim borcu olanların da borçları silinmektedir.

Bu arada, 506 sayılı Kanunun geçici m.20 kapsamındaki sandıkların Sosyal Güvenlik Kurumu'na devri ile ilgili düzenlemede değişiklik yapılmıştır. Gerçekten, 6645 sayılı Kanunun m.51 ile 5510 sayılı Kanunun geçici m.20/1 aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir, *“506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birlikler personeli için kurulmuş bulunan sandıkların iştirakçileri ile aylık veya gelir bağlanmış olanlar ile bunların hak sahiplerinin Sosyal Güvenlik Kurumuna devir tarihini belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Devir tarihi itibarıyla sandık iştirakçileri bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.”*

Bu düzenleme uyarınca, 506 sayılı Kanunun geçici m.20 kapsamındaki bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birlikler personeli için kurulmuş bulunan sandıkların iştirakçileri ile aylık veya gelir bağlanmış olanlar ile bunların hak sahipleri 03.05.2015 tarihine kadar Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilmesi gerekmekte iken, yapılan değişiklikten sonra, devir tarihini belirleme yetkisi Bakanlar kuruluna verilmiş olup, bu suretle sandıkların devri bilinmeyen bir tarihe ertelenmiştir.

V. SONUÇ YERİNE

Bu çalışmada, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlük sonrası görmüş olduğu değişikliklere kısaca değinilmeye çalışılmıştır. Bahsi geçen değişiklikler arasında yapılandırma ve prim affı gibi hükümler de bulunmasına karşın, bu çalışmada söz konusu düzenlemelere değinilmemiştir.

Yeni bir mevzuat getirilirken bu kadar kısa sürede bu kadar çok yoğun bir değişiklik yapılmasının savunulabilir hiçbir tarafı yoktur. Bir başka ifadeyle, başta çok yoğun madde hükümleri ile belirlenmiş bir alanda, en azından çok az bir madde ile düzenleme yapılması eleştirilirken, değiştirilen hükümlerde defalarca değişiklik yapılması da üzerinde durulması gereken bir konudur. Bir başka ifadeyle, kanun koyucunun düzenleme yaparken en uygun ve problemsiz düzenlemeyi yapması gerekmez midir?

Hukuki istikrar, mevzuatta çok sık değişiklik yapılmamasını da zorunlu kılar. 5510 sayılı Kanun'un yedi yıllık uygulaması, istikrarın uzaktan yakından ilgisi olmayan bir reformun uygulamaya konulduğunu gözler önüne sermektedir.

Prim affı ve yeniden yapılandırmaya yönelik olarak da maalesef söylenebilecek bir şey yoktur. Dürüst vatandaşların kendilerini farklı bir şekilde hissetmelerine yol açan durum (!) hala devam etmektedir.

Bundan sonra yapılacak düzenlemelerin kanun yapma tekniğine uygun şekilde yapılması en büyük dileğimizdir.

KAYNAKÇA

Alper, Yusuf (2011), ‘6111 Sayılı (Torba) Kanun ve Sosyal Güvenlikle (5510 Sayılı Kanun) İlgili Değişiklikler’, ASO, Dosya, Mart-Nisan, Özel Sayı, s.53-68.

Alper, Yusuf (2015), Sosyal Sigortalar Hukuku, 7. Baskı, Bursa, Dora Yayıncılık.

Arıcı, Kadir (2011), ‘Sosyal Sigorta Sisteminin Karadeliliği: Sigortalı Sayılmayanların Durumu’, SGD, Cilt:1, Sayı:1, s.48-61.

Arıcı, Kadir (2015), Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Gazi Yayınları.

Arslan, Arzu Ertürk (2014), ‘6552 Sayılı Kanunun 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Getirdiği Bazı Önemli Değişikliklerin Değerlendirilmesi’, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, Sayı:3, s.247-272.

Caniklioğlu, Nurşen (2011), ‘6111 Sayılı Kanunla İşsizlik Sigortası Kanununda Yapılan Değişiklikler’, Toprak İşveren, Mart, s.10-21.

Caniklioğlu, Nurşen/Özkaraca, Ercüment (2014), ‘Sanatçıların Sosyal Güvenliği’, İÜHFD, Cilt:LXXII, Sayı: 2, s.637-664.

Gerek, Nüvit (2014), ‘İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair 6552 Sayılı Kanunun Düşündürdükleri’, Tühis, Cilt:25, Sayı:3-6, Şubat-Mayıs-Ağustos-Kasım, s.1-20.

Güzel, Ali (2006), ‘Sosyal Güvenlik Reformuna İlişkin Genel Bir Değerlendirme’, Toprak İşveren, Sayı: 70, s.1-10.

Güzel, Ali (2005), ‘Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Çözümlere Çözüm Mü?’, Çalışma ve Toplum, Sayı: 4, s.61-76.

Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen (2014), Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayınları.

Korkusuz, M. Refik/Uğur, Suat (2015), Sosyal Güvenlik Hukuku, 4. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları.

Manav, A. Eda (2015), 'Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı', TBB Dergisi, Sayı:120, s.509-538.

Okur, Ali Rıza (2008), 'Hukuk Tarihimizin Yürürlük Özürlü İlk Yasası: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu', İşveren, Cilt:46, Sayı:8, Mayıs, s.40-43.

Okur, Ali Rıza (2006), 'Sorunlarla Gelen Reform', Mercek, Temmuz, s.17-30.

Okur, Ali Rıza (2006), 'Sosyal Güvenlik Reformu ve Genel Sağlık Sigortası', Legal İHSGHD, Sayı:12, s.1285-1308 (Genel Sağlık).

Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye (2007), '5510 sayılı Kanunda Değişiklik Öngören 25/10/2007 tarihli Taslağın Değerlendirilmesi', Legal İHSGHD, Sayı:16, s.1441-1470.

Okur, Ali Rıza/Ergin, Hediye (2006), 'Tek Çatı Tek Yasadan, Tek Çatı Çok Yasaya', İşveren, Aralık, s.32-39.

Ören, Kenan/Göçmen, Murat (2012), '6111 Sayılı Torba Yasanın Getirdiği Reform Ve Değişikliklerin Çalışma Hayatına Yansımaları (Kısmî Bir Analiz)', Kamu-İş, Cilt:12, Sayı:1, s.1-26.

Sözer, Ali Nazım (2015), Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Şakar, Müjdat, 6111 Sayılı "Torba Kanun" ile Gelen Sosyal Sigorta Değişiklikleri <<https://msakar.wordpress.com/2011/04/03/6111-sayili-torba-kanun-ile-gelen-sosyal-sigorta-degisiklikleri/i>> 3 Nisan 2011, s.e.t. 01.02.2016.

Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer (2015), Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 17. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Uşan, M. Fatih (2009), '5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler', Sicil, Yıl:4, Sayı:14, Haziran, s.239-248.

Uşan, M. Fatih (2009), Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi (Sosyal Güvenlik).

**MARKA SAHİBİNİN TEKLİĞİ İLKESİ VE BU İLKENİN MARKANIN
DEVİRİ BAĞLAMINDA İNCELENMESİ
(ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 556 SAYILI KHK'NIN M. 16/5 HÜKMÜNÜ
İPTAL EDEN KARARI BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRME)***

Yrd. Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU**

ÖZET

Türk marka hukukuna hakim olan çeşitli ilkeler mevcuttur. Bunlardan biri de tescilli olan bir markanın aynısının ya da iltibas derecesinde benzerinin aynı ya da aynı türdeki mal ve hizmetler için tescil edilemeyeceğini öngören marka sahibinin teklifi ilkesidir. Ancak bu ilkenin yerindeliği, sınırları ve yansıma alanları tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesinin 2015 yılında aldığı bir kararla söz konusu ilkenin markanın devrindeki yansıması ile ilgili hükmü iptal etmesi, bu ilkeye ilişkin tartışmaları tekrar gündeme taşımıştır. Bu çalışmada marka sahibinin teklifi ilkesine ilişkin bazı tartışmalı hususlar ile Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile ilgili bazı değerlendirmeler konu edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Marka sahibinin teklifi ilkesi, marka tescilinde öncelik ilkesi, marka hukuku, marka tescilinde red nedenleri, fikri mülkiyet hukuku

* Bu makale, 27 Kasım 2015 tarihinde düzenlenen “II. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu’nda” tebliğ olarak sunulmuştur.

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi. cafer.eminoglu@gmail.com

**THE PRINCIPLE OF UNIQUENESS OF TRADEMARK OWNER AND THE
EXAMINATION OF THIS PRINCIPLE IN THE CONTEXT OF ITS TRANSFER
(AN ASSESSMENT IN CONTEXT OF THE DECISION OF THE
CONSTITUTIONAL COURT THAT CANCELLED THE ARTICLE
16/5 OF THE DECREE NO. 556)***

ABSTRACT

There are some principles applicable to Turkish trademark law. The principle of uniqueness of trademark owner is one of them and means that a trademark, the same as or ambiguously similar to a registered trademark, cannot be registered for the same goods and services or those form the same sort. Yet the appropriateness, limits and reflection area of this principle are disputable. The Constitutional Court has cancelled the provision, which may be considered as the reflection of this principle in the transfer of trademark by a decision taken in 2015, which caused debates about this principle to revive. In this study, some issues regarding the principle of uniqueness of trademark owner and the assessments about the cancellation decision of the Constitutional Court will be examined.

Keywords: The principle of uniqueness of trademark owner, priority principle by trademark registry, trademark law, grounds for refusal of trademark registry, intellectual property law.

* This paper was presented on the “II. International Symposium on Intellectual Property Law”, organized on 27.11.2015.

I. GİRİŞ

Marka sahibinin tekliği ilkesi Türk marka hukukuna hâkim olan ilkeler arasında yer alır. Bu ilkeye göre, bir marka veya onunla iltibas derecesinde benzer olan bir işaret aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak birden çok kişi adına tescil ettirilemeyecektir. Burada tescilli olan markanın sahibinin rıza göstermesi de o markanın aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerinin tescilini mümkün kılamayacaktır. Çünkü marka sahibinin tekliği ilkesi kamu düzeninin bir gereği olarak görülmekte ve bunun bir sonucu olarak da Türk Patent Enstitüsü (TPE) tarafından re'sen gözetilmektedir. Ancak söz konusu ilke ve yansımaları çeşitli açılardan tartışılmaktadır. Bu çerçevede ilkenin sınırları, pratikte bir karşılığının kalıp kalmadığı ve ilkeye rağmen hangi durumlarda aynı markanın birden fazla sahibinin olabileceği gibi tartışmalı hususlar bu çalışmamıza konu teşkil etmektedir.

Marka hukukunun birçok alanında marka sahibinin tekliği ilkesinin yansımalarına rastlamak mümkündür. İlkenin en somut yansıması, daha doğru bir tespitle ilkenin kaynağı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (MarKHK) 7. maddesinin 1. fıkrasının b bendindeki hüküm olduğu söylenebilir. Kısa bir süre öncesine kadar MarKHK'da söz konusu ilkenin, markanın devrine ilişkin olarak da önemli bir yansıması mevcuttu. Ancak Anayasa Mahkemesi aldığı bir kararla MarKHK'nın 16. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan bu hükmü Anayasa'nın 91. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir¹. İptal edilen fıkra, tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesinin şart olduğunu hükme bağlamaktaydı.

Bu çalışma kapsamında öncelikle marka sahibinin tekliği ilkesi, bu ilkeye ilişkin bir takım sorunsallara ve markanın devri bağlamındaki yansımalarına yer verilmektedir. Sonrasında Ankara 3. Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi'nin ilgili hükmün iptaline ilişkin talebi ile ilgili olarak öne sürdüğü gerekçeler ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına ilişkin gerekçesi değerlendirilmektedir.

1 Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu 13.05.2015 tarihli, 2015/49 E. ve 2015/46 K. sayılı kararı 15.05.2015 tarihli ve 29356 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

II. MARKANIN SAĞLADIĞI HAKLAR

Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir (MarKHK, m. 5/1). MarKHK’da yapılan bu tanımda şekiller, harfler, sayılar malların biçimi ve ambalajları örnek kabilinden sayılmıştır. Kişi adları, sözcükler, grafikler, tasarımlar, sayılar, logolar, ambalaj ve malların biçimi, melodiler, üç boyutlu biçimler ve sloganlar gibi işaretler de marka olabilir².

Bir işaretin marka olabilmesi için “ayırt edicilik” temel koşuldur. Yine bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için söz konusu işaretin kamu düzenine, ahlak ve adaba aykırı olmaması şarttır. Ayrıca markanın dini değer ve sembolleri içermemesi, ticaret alanında kalite amaç, değer, cins, vasıf, çeşit, coğrafi kaynak veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren ve hizmetlerin karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmalardan olmaması gerekir³.

Marka hakkı mutlak bir haktır ve dolayısıyla sahibine, izni olmadan markanın kullanılmasını önleme yetkisi veren aynı etkilere sahiptir. Bununla birlikte marka hakkı sahibine malvarlıksal menfaatler, sınırlı manevi haklar ve inhisari yetkiler sağlar⁴. Marka sahibi markasını kullanmak suretiyle ya da başkasının kullanmasına izin vererek ekonomik karşılığı olan menfaatler elde eder. Öte taraftan markanın sağladığı ün ve itibar da kişisel menfaate örnek gösterilebilir⁵.

Marka üzerindeki inhisari yetki özellikle iki açıdan sonuç doğurmaktadır⁶. İlk olarak markanın mülkiyet benzeri bir tasarruf yetkisi sağladığı görülmektedir. İkinci olarak marka, sahibine markanın aynısının veya benzerinin üçüncü kişilerin izinsiz ve haksız kullanımlarını ve bu yöndeki tasarruflarını

2 Tekinalp, Ünal (2012), Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, §1, Nr. 69; Hangi işaret türlerinin marka olabileceği hususunda ayrıca bkz: Karahan, Sami & Suluk, Cahit & Saraç, Tahir & Nal, Temel (2011), Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, Seçkin, s. 158 vd.

3 Yasaman, Hamdi (2004), Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, I. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, C: I, s. 16.

4 Tekinalp, §1, Nr. 69; Kaya, Arslan (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arıkan, s. 37.

5 Tekinalp, §23, Nr. 1.

6 Bkz: Kaya, s. 36.

engelleme yetkisi tanımaktadır. Bu son yetki, marka sahibine sadece markanın aynısının veya benzerinin marka olarak değil, ayırt edici işaret olarak kullanıldığı bütün halleri önleme olanağı sunmaktadır. Marka sahibinin ifade edilen inhisari hak ve yetkileri ve bunları herkese karşı ileri sürebilmesi, marka üzerindeki hakka “mutlak hak” niteliği kazandırmaktadır⁷.

Ancak belirtmek gerekir ki marka üzerindeki bu tekel haklar sınırsız değildir. Markanın tekel şeklinde kullanılmasına yönelik hak, marka sahibinin rakipleri ve toplumun çıkarları göz önünde bulundurularak bazı sınırlandırmalar getirilmiştir. Dolayısıyla marka sahibine tanınmak istenen koruma makul sınırlar dâhilinde tutulmuştur⁸. Örneğin MarkHKH’nın 12. maddesinde dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunulmuş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmalarının marka sahibi tarafından engellenemeyeceği hükme bağlanmıştır.

III. BİR MARKA’NIN TEK SAHİBİ OLMASI İLKESİ

A. GENEL OLARAK

Türk marka hukukunda “teklik”, “tek sahiplik” ya da “bir markanın tek sahibi olması” olarak da ifade edilen marka sahibinin tekliği ilkesi geçerlidir. Bu ilke, sahibinin izni olsa dahi, bir markanın veya onunla iltibas derecesinde benzer olan bir işaretin aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak birden çok kişi adına tescil ettirilemeyeceğini ifade eder. Söz konusu ilke gereği bir markanın kural olarak tek bir sahibi bulunur⁹. Marka hukukunda genel kabul gören görüşe göre bir markayı kim bulmuş, yaratmış ve kullanma ile ona ayırt edicilik kazandırmışsa, markanın sahibi de odur. Buradaki sahiplik durumu gerçek hak sahipliği olarak ifade edilebilir¹⁰. Nitekim marka hakkı da, sahibinin o markayı seçmesi ya da meydana getirmesi, diğer bir ifade ile ihdası ve neticede kullanması ile doğmaktadır¹¹.

7 Kaya, s. 39.

8 Aynı yönde: Meran, Necati (2015), Marka Hakları ve Korunması, Ankara, Seçkin, s. 165.

9 Arkan, Sabih (1997), Marka Hukuku, Ankara, AÜHF Yayınları, C: I, s. 76, dipn.:20: “Bir markanın iki hakiki sahibi olamaz, Çünkü ‘hakiki’ kelimesi ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak vermez”: Bkz: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 659, K: 2470 T: 7.4.1997.

10 Yasaman, Şerh I, s. 279. “Gerçek sahiplik ilkesi” ve markanın korunması açısından tescil ilkesinin bu ilkeye tercih edilmesi ile ilgili olarak bkz: Karan, Hakan & Kılıç, Mehmet (2004) Markaların Korunması, 556 Sayılı HKH Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, Seçkin, md. 6/1.

11 Kaya, s. 42.

Aynı markanın birden fazla kişi tarafından kullanılmasının halk yönünden yanıltıcı ve aldatıcı olabileceği düşüncesiyle söz konusu ilkenin kamu düzeninin bir gereği olarak görüldüğü söylenebilir. Nitekim Yargıtay da içtihatlarında Türk marka hukukunun tescil sisteminde “öncelik” ve marka tescilinde “teklik” ilkesinin geçerli olduğunu ve bu ilke gereğince tescilli bir markanın varlığı halinde, aynı veya benzer olan işaretin “mükerrer tesciline” izin verilmeyeceği belirtilmiştir. Yasa koyucunun tek sahiplik ilkesine ilişkin düzenlemelerle nihai alıcı olan tüketicilerin iltibas suretiyle mal veya hizmetleri karıştırmamasını ve yanıltılmalarını önleyerek korunmalarını amaçladığı belirtmiştir¹². Dolayısıyla Yargıtay’ın teklik ilkesini kamu düzeninin bir gereği olarak gördüğü söylenebilir.

MarKHK’nın birçok hükmünde marka sahibinin tekliği ilkesinin yansımaları ile karşılaşmaktayız. Söz konusu ilkenin en somut yansımasının MarKHK’nın, markaların tescili ile ilgili olarak mutlak red nedenlerini düzenleyen 7. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde yer aldığı söylenebilir. Bu hüküm gereğince aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar, marka olarak tescil edilemeyecektir. MarKHK’nın 7/1-b bendi ve diğer bir takım maddelerinde yer alan “ayırt edilemeyecek derecede benzerlik” kavramının öncüsünün 551 sayılı eski Markalar Kanunu’nda kullanılan “ilk bakışta tefrik edilemeyecek benzerlik” kavramı olduğu söylenebilir.

Belirtmek gerekir ki MarKHK’nın 7. maddesinin 1. fıkrasının b bendinin ilk hali “... bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan markalar...” şeklinde iken 5194 sayılı Kanunun 13. maddesiyle hükümde yer alan “aynı olan markalar” ifadesi “benzer olan markalar” şeklinde değiştirilmiştir.¹³ MarKHK’nın ilgili hükmünün belirtildiği şekilde bu kez kanunla yeniden yazılması 2015 yılı sonunda Anayasa Mahkemesi’ne MarKHK m. 7/1-b hükmünün iptali ile ilgili yapılan başvurunun red edilmesinin temel nedenini oluşturmuştur. Nitekim Anayasa Mahkemesi MarKHK hükümlerinin iptali istemi ile yapılan başvuruları, temel haklardan olan mülkiyet hakları kapsamında değerlendirdiği marka hakkının Anayasa’nın 91. maddesi gereğince KHK ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle kabul etmekte ve iptal kararları ver-

12 Örn bkz: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2005/1359, K: 2006/3136, T: 02.03.2006 (Kaynak: legabank.net).

13 Bu hususta ayrıca bkz: Noyan, Erdal & Güneş, İlhami (2015) Marka Hukuku, Ankara, Adalet, s. 135.

mektedir.¹⁴ Söz konusu MarKHK m. 7/1-b hükmü ile ilgili olarak ise Anayasa Mahkemesi, ilgili hükmün 5194 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilerek kanunla kabul edilmiş olduğu için Anayasa'nın 91. maddesine aykırılığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁵.

Aynı kararında Anayasa Mahkemesi MarKHK m. 7/1-b hükmü hakkında önemli belirlemelere de yer vermiştir. Mahkeme aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markaların kamu otoritesince tescil edilmemesini öngören kural, hem daha önce kendisi adına tescil işlemi yapan marka sahiplerinin mülkiyet hakkını hem de markaya güvenerek iş ve işlem yapacak üçüncü kişileri korumaya yönelik olduğunu belirtmiş, dolayısıyla kamu menfaatine vurgu yapmıştır. Böylelikle MarKHK m. 7/1-b hükmünün ve bu hüküm ile somutlaşan "marka sahibinin tekliği" ilkesinin Türk marka hukukuna, en azından önemli bir süre daha hâkim olmaya devam edeceği söylenebilir. Nitekim Markalar Kanunu Tasarısının son taslağında da gerek 7/1-b¹⁶ gerekse de iptal edilmiş olan 16/5¹⁷ hükümlerinin aynen muhafaza edildiği görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki MarKHK 7/1/b bendinin iptal edilmesi Türk Marka Hukukunda önemli bir sistemsel değişim anlamına gelecekti. Çünkü iptal durumunda TPE 7/1-b öngörülen incelmeyi artık re'sen gerçekleştirmeyecek, marka sahiplerinin önceki aynı veya benzer markalarından kaynaklanan hakları ancak ilana itiraz edilmesi halinde incelenecekti.

Marka sahibinin tekliği ilkesinin somutlaştığı 7/1-b hükmünün uygulanması için üç önemli şart olduğu söylenebilir¹⁸. Bunlardan ilki karşılaştırılan markalar arasında başvuru işlemi ile ilgili olarak tarihsel anlamda bir öncelik-sonralık ilişkisinin var olması gerekliliğidir. İkinci gereklilik markalar arasında aynı veya aynılık ya da ayırt edilemez derecede benzerlik bulunmasıdır. Son olarak söz konusu markaların aynı veya aynı türde mal veya hizmetler için kullanılıyor olmasıdır. Bu üç şart sağlandıktan sonra bir başka şart olarak iltibas ihtimalini aramaya gerek olmayacaktır¹⁹.

14 Örn. MarKHK m. 16/5 hükmünün iptali ile ilgili olarak bkz: Anayasa Mahkemesi, E: 2015/49, K: 2015/46 T: 13.05.2015, 15.05.2015 tarihli ve 29356 sayılı Resmi Gazete.

15 Anayasa Mahkemesi, E: 2015/15, K: 2015/118, T: 23.12.2015, 07.01.2016 tarihli ve 29586 sayılı Resmi Gazete.

16 Bkz: Markalar Kanunun Tasarı Taslağı, m. 7/1-b <www.tpe.gov.tr> s.e.t:14.01.2016

17 Bkz: Markalar Kanunun Tasarı Taslağı, m. 41/6 <www.tpe.gov.tr> s.e.t:14.01.2016

18 Bkz: Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 164.

19 Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 164.

Burada markanın tekliği ilkesi ile ilgili olarak ön görülen koruma sisteminin “öncelik ilkesine” dayandığını, diğer bir ifade ile öncelik ilkesinin markanın tekliği ilkesine hizmet ettiğini görmekteyiz. Öncelik ilkesi çerçevesinde MarKHK, yeni marka üzerindeki hakka ilişkin önceliği, markayı tescil ettirmek için önce başvuran ve önce tescil ettiren kişiye tanımıştır.²⁰ Dolayısıyla önce yapılan tescil sonraki tescilleri önleyecek, böylelikle sonuçta, markanın tekliği ilkesine uygun olarak, bir markanın tek sahibi olacaktır.²¹ Öncelik ilkesi gerek 7/1-b gerekse de 8/1-b hükümlerinde ifadesini bulmaktadır. Bu hükümlere göre öncelik tescil şartına bağlı olarak başvuru ile geçerlilik kazanır. Başvuru reddedilir ya da geri çekilirse öncelik hakkı da ortadan kalkacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki öncelik ilkesi mutlak olarak uygulanmayabilir.²² Öncelik ilkesine istisna teşkil edilebilecek durumların bir kısmı aşağıda “aynı markanın birden fazla sahibinin olup olamayacağı sorunsalı” başlığı altında incelenmektedir.

B. İLKENİN GENİŞLEMESİ

Bir markayı önce tescil ettiren kişi o işaret üzerinde marka ile ilgili mal ve hizmetler için inhisar ve daha sonra o markayı başkasının marka olarak tescil ettirmesini men etme hakkını kazanır.²³ Öncelik ilkesi ve bununla bağlantılı olarak teklik ilkesi mutlak red nedenleri ile bağlantılı olarak iki açıdan genişler. İlk olarak, tescil edilmiş olan işaretin aynısı olmamakla birlikte ondan ayırt edilemeyecek kadar benzeri olan işaretler de tescil ettirilemeyecektir. İkinci olarak öncelik ilkesi markanın konusunu oluşturan mal ve hizmetlerin yanında bu mal ve hizmetlerle aynı türde mal ve hizmetler için de uygulanır. Öncelik ilkesinin ihlali TPE tarafından mutlak bir red nedeni olarak görülmektedir.

Yargıtay da aldığı içtihadıyla öncelik ve tek sahiplik ilkelerinin uygulama alanını genişletmiştir. Çapari kararında, davacının ticaret unvanında yer alan Çapari kelimesinin başkası tarafından hizmet markası ve işletme adı olarak tescil ettirilmesini MarKHK ‘nın 7/1 - b maddesi uyarınca mutlak ret ve yine 8/1-b ve 42. maddeleri uyarınca da nispi ret nedeni kapsamında bulunduğunu kabul ederek terkinine karar vermiştir.²⁴

20 Tekinalp, , §23, Nr. 6.

21 Karan/Kılıç, md. 7.3.1.

22 Aynı yönde: Meran, s. 46.

23 Tekinalp, , §23, Nr. 6.

24 Bkz: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E: 9368/2000, K: 2001/640, T: 20.01.2001 <www.hukuk-turk.com> s.e.t. 10.01.2016).

Marka sahibinin tekliği ilkesinin, tescile ilişkin mutlak red nedenlerinin yanında nisbi red nedenlerinde de göz önünde bulundurulduğunu görmekteyiz. MarKHK'nın 8/1-a hükmünde tescil için başvurusu yapılan markanın, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı olması ve aynı mal veya hizmetleri kapsamaması halinin bir nisbi red nedeni olarak düzenlendiğini görüyoruz. MarKHK'nın 8/1-b hükmünde ise tescili talep edilen markanın tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer olması ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsamaması durumu başka bir nisbi red nedeni olarak sayılmıştır. Ancak belirtilen durum için tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimalinin var olması ve bu karıştırılma ihtimalinin tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsamaması şart koşulmuştur. Belirtilen nisbi red nedenlerinin varlığı halinde tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış olan markanın sahibi tarafından itiraz edilmesi durumunda markanın tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir.²⁵

Marka sahibinin tekliği ilkesinin, markaların koruma sürelerinden sonra bir süre daha etkisini koruduğunu görmekteyiz. Bu çerçevede MarKHK'nın 8. maddesinde ortak ve garanti markalarının sona ermesinden itibaren üç yıl içinde ortak marka veya garanti markası ile aynı veya benzeri olan marka tescil başvurularının itiraz üzerine reddedileceği düzenlenmiştir. Yine aynı madde de bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra bile iki yıl içerisinde aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusunun itiraz üzerine reddedileceği hükme bağlanmaktadır.

Tek sahiplik ilkesi markanın devrine ilişkin hak ve yükümlülükler üzerinde de önemli etkilere sahiptir. Bu etki kendisini en çok Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği ve çalışmamıza da konu edindiğimiz 16/5 hükmünde hissettirmektedir. İlgili düzenleme tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesinin şart olduğunu hükme bağlamaktaydı. İlgili hükmün iptali ile birlikte devre ilişkin söz konusu engellerin ortadan kalkıp kalkmadığı ve tek sahiplik ilkesinin etki alanı tartışma konusu olmuştur.

25 Bu hususta bkz: Noyan/Güneş, s. 166 vd.

C. İLKENİN PRATİKTEKİ KARŞILIĞI

Markanın tek sahibi olur ilkesinin önemli gerekçelerinden birinin markanın köken işlevinin korunması olduğu söylenebilir. Köken (menşe) işlevi, malın veya hizmetin işletme aidiyetinin, yani hangi işletmeye ait olduklarının marka ile gösterilmesi anlamına gelir²⁶. Ne var ki günümüzde köken işlevi önemli ölçüde karşılıksız kalmıştır. Tüketicilerin, mal ve hizmetlerin hangi işletmeye ait olduğunu markadan anlama, diğer bir ifade ile mal ve hizmet ile işletme arasında marka üzerinden bir bağlantı kurabilme olanakları azalmıştır.²⁷

Gerçekten de marka, günümüz şartlarında bir malın hangi işletmede üretilmiş olduğunu gösterme fonksiyonunu önemli ölçüde yitirmiştir. Çünkü birçok sektörde marka sahibi malı en uygun şartlarda üreten işletmelere üretirir ya da markasını lisans yoluyla birden çok kişiye kullanıdırabilir. Aynı şekilde hizmet markaları franchise yoluyla farklı işletmelere lisanslanmakta böylelikle marka ile işletme arasındaki bağ kopmaktadır. Nitekim bu doğrultuda 551 Sayılı Kanunun aksine MarKHK bir markanın tescili için bir teşebbüsün varlığını ve markanın böyle bir teşebbüsle irtibatlandırılmasını şart koşmamıştır.

Belirtmek gerekir ki markanın köken işlevinin zayıflamış olmasının MarKHK m. 7/1-b hükmünün iptali için bir gerekçe olarak sunulması kanaatimizce yerinde değildir. Çünkü tek sahiplik ilkesi sadece köken işlevi ile ilgili değildir. Markanın garanti işlevi de kanaatimizce tek sahiplik ilkesi ile yakından ilgilidir. Köken işlevinin aksine garanti işlevi günümüzde markanın önemli fonksiyonlarından biridir. Bu fonksiyonun korunması ve tüketicinin karıştırma ihtimalinin azaltılması da belirtilen çerçevede kamusal bir menfaattir. Nitekim MarKHK'nın garanti fonksiyonuna da özel önem verdiği ve bu çerçevede "iltibas tehlikesinin" geniş yorumlanmasını gerekli kıldığı söylenebilir²⁸.

Kanaatimizce aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş bir marka ile aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer olan markaların tesciline re'sen işletilen bir engelleme mekanizmasının oluşturulmasında kamusal bir menfaat de söz konusudur. Buradaki kamusal menfaat sadece markaları karıştırıp yanlış bir algıya düşecek olan tüketiciler ya da müşteriler ile ilgili değildir. Tescile ilişkin her ilanı takip edip itirazda bulunma olanağına sahip olmayan on binlerce marka sahibinin menfaatleri de TPE eliyle re'sen

26 Tekinalp, §22, Nr. 58.

27 Tekinalp, §22, Nr. 58.

28 Arkan, s. 98.

işletilecek bir koruma sistemi çerçevesinde güvenceye alınmaya değerdir. Ancak şimdiye kadar 7/1-b hükmünün uygulamada amacına uygun bir şekilde işletilmediğine ilişkin eleştirilerin var olduğunu da belirtmek gerekir.

D. AYNI MARKANIN BİRDEN FAZLA SAHİBİNİN OLUP OLMAYACAĞI SORUNSALI

Teklik ilkesi ile ilgili tartışmalı hususlardan biri gerçek hak sahipliği sayesinde bir markanın iki ayrı sahibinin söz konusu olup olamayacağı ve bu çerçevede mükerrer tescile izin verilip verilemeyeceği ile ilgilidir. Belirtmek gerekir ki Yargıtay bu hususta tek sahiplik ilkesinin esas olduğunu vurgulamakla birlikte yer yer istisnalardan bahsetmektedir.

Bu istisnaların ilki 2004 tarihindeki değişiklik²⁹ öncesine kadar 7/1-b bendine de kapsayan 7. maddenin son fıkrasında yer alan hükümdü³⁰. Bu fıkra göre bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise 7/1-b bendine göre reddedilemiyordu. Dolayısıyla söz konusu hükümde 7/1-b'nin bir istisna olmaktan çıkarıldığı tarihe kadar gerçekleşmiş mükerrer tesciller söz konusu olabilir. 5194 sayılı Kanun ile MarkHKH'da yapılan değişiklik ile artık kullanım ile ayırt edicilik kazanmış olma durumu 7/1-b bendi için bir istisna olmaktan çıkarıldı. Böylelikle mükerrer marka ihtimali azalmış oldu. İlgili değişiklikle MarkHKH'nın 7. maddesinin son fıkrasından b bedine yapılan atfı çıkarılıp yerine a bendi istisna olarak getirildi. Belirtmek gerekir ki bu değişiklik öncesi MarkHKH'nın 7. maddesinin son fıkrasının 7/1-b bendine yaptığı atfın, 89/104 sayılı Yönerge ile 40/94 AT Topluluk Markası Tüzüğü'ne uygun olmadığı ve mükerrer tescillere yol açtığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi³¹. Yapılan değişiklik ile markanın bir sahibi olur ilkesi emredici bir kural haline gelmiştir³².

Bir başka istisna durumu Paris Sözleşmesi'nden kaynaklanmaktaydı. Bu hususta Yargıtay Genel Kurulu 2003 tarihli bir kararında MarkHKH'nın 7. maddesinin son fıkra hükmü çerçevesinde ayırt edici nitelik kazanmış markalar bakımından getirilen korumanın, Paris Sözleşmesinin 6. maddesinin birinci

29 Değişik:22/6/2004 – 5194/13 md.

30 Konuya ilişkin olarak bkz: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2005/1359, K: 2006/3136, T: 02.03.2006.

31 Bu hususta bkz: Yasaman, Şerh I, s. 278; Tekinalp, §25, Nr. 40; Arkan, s. 76.

32 Tekinalp, §25, Nr. 40.

mükerrer hükmüyle koruma altına alınmış olan tanınmış markalar bakımından evleviyetle geçerli olacağını, tanınmış marka sahibinin, daha önce tescil edilmiş olan markanın silinmesini istemeden de, ilgili markanın (işaretin) kendi adına tescil isteminde bulunabileceğini belirtmiştir³³.

Ne var ki MarKHK'nın 7. maddesinin son fıkrasından 7/1-b bendi bir istisna olarak çıkarıldıktan sonra, gerek Paris Sözleşmesinin ilgili maddesi kapsamındaki başvurular gerekse de kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmış olan markalardan önce aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş önceki markaların silinmesi gerekli hale geldi. Nitekim Yargıtay 2011 yılına ait bir kararında "SOCOLATE" kararında yurtdışında tescil edilmiş ve tanınmış olduğu iddia edilen "SOCOLATE" markasının, Türkiye'de tescilli "ŞOKOLETİ" markasına rağmen tescil edilemeyeceğini belirtmiş ve mükerrer tescili önlemiştir³⁴. Yine 2011 yılına ait başka bir kararında Yargıtay OKKALAR markasının, kullanım ile ayırt edicilik sağlamış olsa bile, "OKKA" markası hükümsüz kılınıp sicilden terkin edilmedikçe tescil edilemeyeceğine hükmetmiştir³⁵.

Aynı markanın birden fazla kişi adına tescil edilmesine yol açabilecek başka bir durum da sessiz kalma yoluyla hak kaybı durumunda söz konusu olabilir. Bir markanın aynısı ya da benzeri, aynı veya benzeri mal ve hizmetler için bir şekilde tescil ettirilmiş ve bu tescilin üzerinden beş yıllık süre geçmişse, önceki marka sahibinin sonraki mükerrer tescile sessiz kaldığı ve bu yolla artık hükümsüzlük talebinde bulunma hakkını yitirdiği kabul edilecektir³⁶. Böylelikle mükerrer tescil durumu zorunlu olarak ortaya çıkabilecektir³⁷. Nitekim Yargıtay 2008 yılına ait bir kararında tescilli bir markayı oluşturan işaretin aynısının veya benzerinin sonradan bir başkası adına tescili mümkün olmamakla birlikte ibare üzerinde tarafların korunmaya değer üstün hakkı bulunması ve önceki tarihli markaların tescil veya kullanımıyla ilgili olarak dava tarihine kadar bir uyuşmazlık çıkarılmadığının tespit edilmesi halinde

33 Yargıtay Genel Kurulu, E: 2002/11-578, K: 2003/703, T: 19.11.2013 <hukukturk.com> s.e.t. 10.01.2016

34 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2009/6833, K: 2011/220, T: 17.01.2011. Bu hususta ayrıca bkz: Çolak, Uğur (2014) Türk Marka Hukuku, İstanbul, Oniki Levha, s. 338.

35 Yargıtay 11 Hukuk Dairesi, E: 2009/11977, K: 2011/4808, T: 21.04.2011.

36 Çolak, s. 340.

37 Buna örnek olarak bkz: Elsa Kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2008/12864, K: 2010/4025, T: 12.04.2010; Şekerciler Kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2008/11643, K: 2010/2268, T: 01.03.2010.

söz konusu ibare üzerinde taraflar yararına kazanılmış bir hakkın gerçekleşmiş olduğu içtihadında bulunmuştur³⁸.

Konumuz bağlamında Yargıtay'ın içtihatlarıyla şekillenen diğer bir husus da hükümsüzlük davalarının açılması ile ilgili süre sınırıdır. Yargıtay, MarKHK'nın 42. maddesinde hükümsüzlük davasının açılacağı süre hususunda bir düzenleme getirilmemiş olmakla birlikte, aynı maddede Paris Konvansiyonu'na göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, 'tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde açmasının gerektiğini belirtildiğini, dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının da yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı gözetilerek, söz konusu yasal boşluğun, tanınmış markalar için öngörülen beş yıllık sürenin, diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak doldurulmasının uygun olacağına hükmetmiştir³⁹.

Eğer hak sahipleri aynı veya benzer markaların varlığına karşılıklı olarak sessiz kalmış ve tahammül etmişlerse bu kişiler birbirlerinin markalarının güncellenmiş versiyonlarının tescillerine karşı da dava açma haklarına sahip olmayacaklardır.⁴⁰ Nitekim 2008 tarihli bir kararında Yargıtay 11. HD, *“asli unsuruna sahip önceki tarihli mükerrer markalarının varlığı ve hükümsüz kılınmadığı müddetçe her ikisinin de birbirlerinin mükerrer markalarını kullanmaktan men edemeyecek olmaları göz önüne alındığında, iltibas tehlikesi yaratmayacak şekilde tescil olunan dava konusu seri markaların KHK'nın 42. maddesi uyarınca hükümsüz kılınması kazanılmış haklar ilkesine uygun düşmeyeceği gibi taraflar arasındaki menfaatler dengesini de zedeler”* şeklinde içtihadta bulunmuştur⁴¹.

Tescil ilkesi açısından ortaya çıkabilecek diğer bir istisna da tanınmış markaların korunması ile ilgilidir. Tescil kapsamında olmasalar bile tanınmış markalar farklı mal ve hizmetler bakımından da korunmaktadırlar⁴². Ancak bunun için MarKHK m. 8/4'ün şartlarının yerine gelmesi gereklidir.

38 Bkz: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2007/7547, K: 2008/10251 (Kaynak: www.hukukturk.com s.e.t. 10.01.2016)

39 Örn. bkz: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 1997/5417, K: 1997/9676 T: 25.12.1997; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2000/5607, K: 2000/6604 T: 11.09.2000; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2001/10860, K: 2002/3275, T: 08.04.2002 (Kaynak: www.hukukturk.com s.e.t. 10.01.2016.). Ayrıca bkz: Meran, s. 479.

40 Çolak, s. 341.

41 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2007/7547, K: 2008/10251.

42 Çolak, s. 342.

IV. MUTLAK ve NİSBİ RED NEDENLERİNİN UYGULAMA ALANLARININ ÇAKIŞMASI

MarKHK'nın 7 ve 8. maddelerinde gerek tek sahiplik gerekse de öncelik ilkesinin hem mutlak hem de nisbi ret gerekçesi olarak düzenlenmiş olması öğretilerde çeşitli tartışmalara yol açmıştır. *Tekinalp'e* göre bu durum bir çelişki oluşturmamaktadır. Çünkü bir taraftan mutlak red nedeninin TPE tarafından resen dikkate alınması kabul edilmiş ve hükümsüzlük davası için zaman aşımını beş yıl gibi oldukça uzun bir zaman bağlanmış olunmakta, öbür taraftan TPE'nin ihlali veya ihmali kabul etmemesi halinde de TPE kararına itiraz ve kanun yollarına başvuru hakkı verilmiş olunmaktadır.⁴³ *Yalçiner* ve *Karaahmet* de söz konusu durumu TPE tarafından 7. madde kapsamında yapılacak incelemede herhangi bir nedenle dikkate alınmamış bir hususa bağlı olarak ilan edilen bir marka başvurusuna yine üçüncü kişilerce itiraz edilerek mükerrer marka tescilini önleme olanağı sağlama amacına sahip olduğunu savunmaktadırlar⁴⁴.

Battal'a göre 7. maddedeki red nedeninin 8. maddede tekrar edilmiş olması gereksiz bir hüküm değil, özel amaca yönelik bir tekrar niteliğindedir. Yazar'a göre markalarda iltibas, marka hukukunun en önemli hak ihlali biçimlerinden olduğundan, kanun koyucu resen yapılacak incelemenin yeterli olmayabileceğini nazara alarak, itiraz üzerine inceleme yapılmasının da yolunu açmış ve böylece TPE'ye, ilk inceleme aşamasında gözden kaçırmış olabileceği bir iltibas halini, itiraz üzerine görme ve tedbir alma görevini yüklemiştir⁴⁵.

Buna karşın özellikle MarKHK 7/1-b ve 8/1-a hükümlerde aynı hususların düzenlenmiş olması, diğer bir ifade ile aynı hususun hem mutlak hem de nisbi red nedeni olarak düzenlenmiş olması karşısında diğer yazarlar farklı görüşlere sahiptirler. Örneğin *Arkan* aynı nedenin hem mutlak hem de nisbi red nedeni olarak düzenlenmesini "tutarsız bir davranış" olarak değerlendirmiştir⁴⁶. Bununla birlikte yazar mutlak red nedeni oluşturan iltibas hallerinin aksine, nispi red nedeni oluşturan iltibas hallerinin, sadece çok açık iltibas hallerini değil inceleme ve değerlendirme gerektiren halleri de kapsadığını belirtmektedir⁴⁷.

43 Tekinalp, §23, Nr. 7.

44 Karaahmet, Erdoğan & Yalçiner, Uğur (1999) Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, Türk Patent Enstitüsü Yayınları, s. 44.

45 Battal, Ahmet (2000) 'Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, s. 21 vd.

46 Arkan, s. 72, 75.

47 Arkan, s. 75 iio (ile ilintili olarak) s. 97 vd.

Kanaatimizce MarKHK'nın 8. maddesinde nisbi red sebepleri olarak düzenlenen hususlar 7/1-b bendinde düzenlenen iltibas durumlarının tamamını kapsamakla birlikte bu maddeden daha kapsamlıdır. Nitekim 7/1-b bendinde karşılaştırılan iki marka için “aynılık” (iktibas)⁴⁸ ve “ayırt edilemeyecek kadar benzerlik” kavramları üzerine bir iltibas tespit mekanizması oluşturulmuşken, 8/1-a bendinde aynılık, 8/1-b bendinde ise buna ek olarak “benzerlik” durumlarına ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimalinin olması ve bu karıştırılma ihtimalin tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyor olmasına sonuç bağlanmıştır. Dolayısıyla 8. maddede karşılaştırılan markalar açısından iltibas inceleme çerçevesi 7/1-b'ye göre daha geniştir. İlgili hükümlerde karşılaştırılan markaların kullanıldığı mal ve hizmet çerçevesine bakıldığında da 8. maddenin kapsamının daha geniş olduğu görülmektedir.⁴⁹ Nitekim 7/1-b bendinde aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerden bahsedilmişken 8/1-a ve b bentlerinde aynı ve benzer mal veya hizmetlerden söz edilmiştir.

Dolayısıyla hak sahipleri, hangi sebepten olursa olsun TPE tarafından yapılan re'sen inceleme neticesinde mutlak olarak reddedilmeyen tescil durumlarına karşı itiraz yoluna başvurabilecekleri gibi mutlak red nedeni olarak belirlenmemiş olan diğer iltibas durumlarına karşı da haklarını savunabileceklerdir. Bu çerçevede öncelikli olarak re'sen mutlak ret nedenlerine yönelik inceleme yapılmalıdır. Hatta MarKHK'nın 7. maddesinde belirtilen nedenlerin kamu düzenini ilgilendirmesi⁵⁰ sebebiyle, bir markanın bu maddeye aykırı olarak tescili halinde, ilgili markanın hükümsüzlüğü cumhuriyet savcıları ve ilgili resmi makamlar tarafından istenebileceği gibi mahkemeler tarafından da bu husus re'sen incelenmelidir⁵¹. Nisbi red nedenleri ise ancak mutlak red nedeninin markanın tekliği ilkesi ve öncelik ilkesine aykırı olarak uygulanmadığı durumlarda hak sahipleri tarafından devreye sokulan bir emniyet supabı olarak güvence sağlamaktadır. Ancak nisbi red nedenlerinin kural olarak doğrudan kamu menfaatlerini korumaya yinelik olmadıkları kabul görmektedir⁵².

48 Bu hususta bkz: Kaya, s. 135.

49 Aynı yönde: Yasaman, Şerh I, s. 225.

50 Ayrıca bkz: Karan / Kılıç, Md. 7.1.2.

51 Yasaman, Şerh I, s. 224.

52 Bkz: Kaya, s. 134.

V. MARKALARIN AYNI YA DA AYIRT EDİLEMEMEYECEK KADAR BENZER OLMASI SORUNSALI

Karşılaştırılacak iki marka arasında “aynıyet” ya da “ayirt edilemeyecek kadar benzerliğin” var olup olmadığı incelenirken öncelikle önceki marka ile sonraki markanın aynı olup olmadıkları belirlenmektedir. Eğer önceki ile sonraki marka aynıysa sınıfsal aynıyetin ya da benzerliğin bulunup bulunmamasına göre hükümsüzlük nedeni incelenmektedir. Eğer karşılaştırılan iki marka aynı değilse, ancak aralarında sadece önemsiz farklar varsa, bu durumda “ayirt edilemeyecek kadar benzer olup olmadıkları araştırılmakta ve sınıfsal benzerliğin bulunup bulunmadığı da dikkate alınarak değerlendirme yapılmaktadır⁵³.

“Aynılık” incelenirken karşılaştırılan iki markanın birbirinden farksız ve özdeş olup olmadığına bakılır. Önceki marka ile sonraki markanın “aynı” olmasından kasıt, her iki markanın sözcük, şekil, rakam, renk gibi tüm unsurlarının özdeş olmasıdır⁵⁴. Diğer bir ifade ile karşılaştırılan markalar arasında aynılık ya da aynıyetin söz konusu olabilmesi için bir markada kullanılan işaretlerin diğerine tıpa tıp benzemesi ve müşteriler nezdinde tamamen aynı şeyi ifade etmesi gerekmektedir⁵⁵. TPE’nin yayınlamış olduğu Marka İnceleme Kılavuzuna göre markaların aynı kabul edilmesi için, markaları oluşturan unsurların tamamen aynı olması gerekmektedir.

Ancak Markaları oluşturan tüm unsurlar aynı iken, bunların boyutlarının farklı olması veya kelime markalarında yazı karakterinin, renginin farklı olması, markaların aynı olarak kabul edilmesi durumunu değiştirmez.⁵⁶ Topluluk Marka Ofisine (OHIM) göre de tek bir harfin farklı olması bile markaların aynı olmadığının kabulü için yeterlidir⁵⁷.

Karşılaştırılan iki marka arasında küçük de olsa farklılıklar bulunması bu markaları aynı olmaktan çıkaracaktır. Bu durumda “ayirt edilemeyecek kadar benzer” ya da “benzer” olma durumları söz konusu olacaktır⁵⁸. “Ayirt

53 Çolak, s. 112.

54 Bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 05.10.2012 tarihli ve 2012/11 – 154 E, 2012/659 K sayılı kararı. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında “... aynı olma karşılaştırılan işaretlerin özdeş, birbirinden farksız, birebir aynı, taklit v.b. olmalarını ifade eder. Bunun yanında, işaretlerin örneğin farklı renk veya büyüklükte olması, yazı karakterleri ya da tipinin farklılaştırılması gibi değişiklikler de aynı olma durumunu değiştirmez.” şeklinde bir belirleme yapmıştır.

55 Karan / Kılıç, md. 7.3.2.1.

56 TPE Marka İnceleme Kılavuzu, 2015, s. 34.

57 OHIM The Manuel Concerning Opposition Part 2, Identity and Likelihood of Confusion, 3: Comparison of Signs, s. 7.

58 Çolak, s. 114.

edilemeyecek kadar benzer” olma durumunda markalar arasında bir farklılık vardır ancak bu farklılık müşteri kitlesi nezdinde markaların yazılış, okunuş, görsel veya işitsel olarak aynı gibi algılanmasına engel değildir. Ayırt edilemeyecek derecede benzerlik tespit edilirken ortalama tüketiciler esas alınacak ve incelenen başvuru ile önceki markalar arasında, markaların asli ayırt edici unsurları bakımından tereddüde yer vermeyecek derecede benzerlik durumu araştırılacaktır⁵⁹. TPE Marka İnceleme Kılavuzunda, 7/1(b) maddesinin kapsamında düzenlenen ayırt edilemeyecek derecede benzerlik halinde, karşılaştırılan markalar aynı olmamakla birlikte, markaların ortalama tüketici kitlesinde bıraktıkları genel izlenim bakımından hemen hemen aynı olmasının kastedildiği belirtilmektedir. Markaların ortalama tüketicilerde bıraktıkları genel izlenimin hemen hemen aynı olması durumunun ise markalara ayırt ediciliği katan asli (lider, asıl) ayırt edici unsurların ayniyeti veya üst düzeydeki benzerliği olduğu ifade edilmiştir. Kılavuza göre bir ayırt edilemeyecek kadar benzer olma durumunda markalar arasındaki farklılık o kadar önemsizdir ki, müşteri kitlesi nezdinde markalar yazılış, okunuş, görsel ve işitsel olarak aynıymış gibi algılanırlar⁶⁰.

VI. TEK SAHİPLİK İLKESİNİN MARKANIN DEVRİNE ETKİSİ

A. GENEL OLARAK

İşletmeden bağımsızlaşması ve ekonomik değerinin günümüz ticari hayatında artması nedeniyle marka çeşitli hukuki işlemlere konu olabilmektedir. Tescilli bir marka başkasına devredilebileceği gibi miras yoluyla da intikal edebilir. Bunun yanında tescilli bir marka rehnedilebilir, haczedilebilir veya kullanma hakkı itibariyle lisans konusu olabilir.

MarKHK’da markanın devri geniş kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Devirle birlikte marka sahibinin marka üzerindeki mutlak nitelikteki hakları devralana geçer ve devredilen marka üzerindeki tasarruf yetkileri ortadan kalkar. MarKHK m. 16/1’de markanın, tescil edildiğini mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla marka kısmi olarak devredilebilir. Diğer bir ifade ile bir marka sahibi markanın temsil ettiği mal ve hizmetlerin bazıları üzerindeki marka hakkını muhafaza ederek, markanın kapsadığı diğer mal ve hizmetler üzerindeki haklarını devredebilir⁶¹. Böylelikle marka bölünmüş olur ve hem devreden hem de devralan, her biri

59 TPE Marka İnceleme Kılavuzu, 2015, s. 34.

60 TPE Marka İnceleme Kılavuzu, 2015, s. 35.

61 Yasaman, Şerh II, s. 681.

birbirinden farklı mal ve hizmetler için markayı kullanma hakkına sahip olur. Ancak markanın kısmen devredilebilmesi için birden fazla mal veya hizmet sınıfı için tescil edilmiş olması gerekir. Devir sözleşmesinde markanın kısmen devredildiğine ilişkin bir belirleme yapılmamışsa, ilgili markanın temsil ettiği bütün mal ve hizmetler için devredildiğinin kabulü gerekir⁶².

Aksi kararlaştırılmadığı müddetçe bir işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devri işletmeye ait markaların da devrini kapsayacaktır (MarKHK m. 16/2). Marka sözleşmesi kural olarak yazılı şekil şartına tabidir. Yazılılık şartı için iki istisna düzenlenmiştir. Bunlardan ilki markanın devrinin mahkeme kararı ile gerçekleşmesi, diğeri markanın ticari işletme ile birlikte devri halidir.

Markanın devri, mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise, yeni marka sahibi halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde marka tescilinin sınırlı bir hale getirilmesini kabul etmediği takdirde devir işlemi Enstitü tarafından yapılmaz (MarKHK m. 16/4). Devir, taraflardan birinin talebi üzerine, sicile kayıt edilir ve yayınlanır. Devir, sicile kayıt edilmediği sürece, taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez (MarKHK m. 16/7). Dolayısıyla markanın devrinin bir tasarruf işlemi olması nedeniyle bu işlemin sicile tescilinin kurucu nitelikte olmadığı hukuki güvenliğin bir gereği olduğu söylenebilir. Bundan farklı olarak garanti markasının ve ortak markanın devri için yazılı devir sözleşmesinin marka siciline tescil edilmesi gerekir (MarKHK m. 60). Devir işleminin tescili garanti ve ortak markalarda ferdi markalardan farklı olarak kurucu etkiye sahiptir.

Devir işlemi markanın sahip olduğu hukuki statüde bir değişikliğe yol açmayacaktır. Dolayısıyla devredilen markaya ilişkin mevcut koruma süresi ya da çeşitli hukuki sonuçlar bağlanmış olan kullanılmama durumuna ilişkin beş yıllık süre devir öncesi olduğu gibi işlemeye devam edecek ve bu anlamda sürelerin yeniden başlaması söz konusu olmayacaktır. Eğer marka üzerinde bir haciz ve rehin söz konusu ise devralan markayı bu tür kısıtlamalarla devralacaktır.

Kanun koyucu markanın devrinin tüketiciler açısından meydana getirebileceği sakıncaları önlemek üzere MarKHK, m. 16/4 hükmü yanında çalışmamızın önemli başlıklarından birisi olan ve iptal edilmiş bulunan 16/5 hükmünü de öngörmüştü.

62 Yasaman, Şerh II, s. 682.

B. MarKHK’NIN İPTAL EDİLEN M. 16/5 HÜKMÜ

Marka kural olarak devri mümkün olan bir gayri maddi malvarlığı unsurudur. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi devir, markanın tescil edildiğini mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için söz konusu olabilir (MarKHK, m. 16/1). Öte taraftan aynı ya da benzer mal veya hizmetler için kullanılan aynı ya da benzer markalardan bazılarının devredilmesi, bazılarının ise devredilmemesi, ortalama tüketici nezdinde bir karıştırma ihtimali ortaya çıkarabilecektir.⁶³ Diğer bir ifade ile bir markanın farklı kişiler adına kayıtlı farklı versiyonlarının aynı ya da benzer kategorideki ürünlerde kullanılması halinde tüketici bu ürünlerin aynı işletmeden çıktığını düşünebilecektir. Dolayısıyla burada belirtilen hususun kamu düzeni ile ilgili olduğu düşüncesinden hareket edilmiştir⁶⁴. Bu nedenle de markanın devri sınırlanmış, ya da diğer bir bakış açısıyla, markaya belirli durumlarda devir mecburiyeti getirilmiştir.

Burada ifade edilen nedenlerle marka devri ile ilgili öngörülmüş olan tedbirlerden biri de MarKHK’nın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 16/5 hükmü idi. İlgili hükümde tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesi şart koşulmaktaydı. Böylelikle MarKHK’nın 7/1-b hükmü ile Türk Marka Hukukunda kabul edilen marka sahibinin tekliği ilkesi marka devirlerine de yansıtılmış olmaktadır.

MarKHK’nın iptal edilen 16/5 hükmü, kamu menfaati çerçevesinde, bir markanın devredilmesine rağmen tüketicilerin aynı markanın adeta aynı mal ve hizmetler için aynı işletme tarafından kullanıldığı yönünde bir izlenimin oluşmasını engelleme amacıyla ihdas edilmişti⁶⁵. Çünkü belirtilen durumda markanın, simgelediği mal ve hizmetlerin kökenini göstermeye ilişkin işlevinin yok olması ve tüketicinin yanılgıya düşmesi ihtimali mevcuttur.

MarKHK’nın 16/5 hükmü devir işlemi ile ilgili olarak Türk Patent Enstitüsünü (TPE) ikili bir araştırma görevi ile karşı karşıya bırakmaktaydı. TPE öncelikle devredenın aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin bulunup bulunmadığını resen araştırmak zorundaydı. Devredenın bu tür başka markaları varsa, ikinci adım olarak bu markaların tescil kapsamında

63 Yasaman, Şerh II, s. 682; Çolak, s. 549.

64 Bu hususta bkz: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2005/1359, K: 2006/3136, T: 02.03.2006.

65 Yasaman, Şerh II, s. 682.

aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetlerin bulunup bulunmadığını araştırmak zorundaydı. Her iki sorunun da olumlu cevaplanması halinde TPE tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için kullanılan markaların da devredilmesini şart koşturmak durumundaydı. Burada mal ve hizmetlerin benzerliği, tüketicinin ilgili mal veya hizmetleri aynı kategoriye dâhil etmesi, dolayısıyla onlar arasında bir bağ kurması, yani söz konusu mal ve hizmetlerin benzer ihtiyaçların karşılanmasında kullanılması anlamına gelmektedir⁶⁶. Benzerliğe ilişkin önemli göstergelerden biri karşılaştırılan mal veya hizmetlerin birbirini ikame edebilmesidir.

MarKHK'nın iptal edilen 16/5 hükmü ile ilgili diğer bir sorun da, söz konusu hükmün markanın tek sahibi olur ilkesine dayanmakla birlikte bu ilkenin öngörüldüğü ve mutlak red nedeni olarak düzenlendiği 7/1-b hükmüne göre, mal/hizmet benzerliği bakımından daha geniş olmasıydı. Zira 7/1-b hükmü, aynı veya aynı tür mal/hizmetlerden bahsederken, 16/5 hükmünde aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler ibaresine yer vermişti. Bu da nisbi red nedenlerini kapsayacak ölçüde geniş bir inceleme gerekliliği anlamına gelmekteydi.

C. MAHKEMENİN İPTAL TALEBİNE İLİŞKİN GEREKÇELERİ

Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi MarKHK'nın 16. maddesinin 5. fıkrasının iptaline ilişkin kapsamlı bir taleple Anayasa mahkemesine başvurmuştu. Yapılan başvuru ile esasen Mahkemenin markada teklik ilkesinin tamamen kaldırılmasına yönelik bir talep ortaya koyduğu söylenebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi Markada teklik ya da marka sahibinin tekliğine esas teşkil eden 7/1-b ye ilişkin bir karar vermeyerek şimdilik söz konusu ilkenin devre ilişkin hukuki ilkelere yansımaları olan 16/5 hükmünü iptal etmekle yetinmiştir.

Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi iptal talebini Anayasa'nın 2, 13, 35, 42 ve 91. maddelerine dayandırmış ve MarKHK'nın 16. maddesinin 5. fıkrasının Anayasa'nın bu konusu maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Mahkeme öncelikle mülkiyet hakkı kapsamında bulunan ve sınaî bir hak türü olan marka hakkına ilişkin düzenleme ve sınırlamaların kanun yerine bir KHK ile yapılmış olmasının Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiş-

66 Yasaman, Şerh II, s. 682.

tir. Buna göre AY m. 91 uyarınca sınırlı ve belirli hallerde, TBMM, Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi verebilir. Ancak Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler KHK çıkarma yetkisi verilemeyecek konular olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Anayasanın ikinci kısmının birinci bölümünde düzenlenen temel haklardan mülkiyet hakkının (AY m. 35) bir türü olan marka ve markadan doğan hakların devri hususları KHK'larla düzenlenemez.

Mahkemenin iptal talebinin ikinci gerekçesi hukuk devleti ilkesine aykırılıktır. Burada hukuk devleti ilkesine aykırılık durumu özellikle marka hakkının doğumu, sınırlandırılması, devri ve korunması hususları ile ilgili nisbi nedenlerin mutlak red nedenleri ile düzenlenmiş olmasına bağlanmaktadır. Buna göre temel hak ve hürriyetlerden birisi olan marka hakkına ilişkin düzenlemelerde bu hakkın elde edilmesine ve devrine getirilen sınırlandırmalar ancak açık, net, denetlenebilir, herkese eşit uygulanabilir ve ölçülülük ilkesi ile bağdaşır düzenlemelerle yapılabilir. Ancak MarKHK'nın 16/5 hükmü ile yapılan düzenleme anılan bu ilkelere aykırıdır. Öncelikle 16/5 hükmü vazedilme gerekçesini içeren 7/1-b hükmüne göre, mal/hizmet benzerliği bakımından daha geniştir. Zira 7/1-b hükmü, aynı veya aynı tür mal/hizmetlerden bahsederken, 16/5 hükmünde aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler ibaresine yer vermiştir. Dolayısıyla iptali istenen KHK 16/5 düzenlemesi konuluş amacını (*ratio legis*) aşan bir kapsama sahiptir. Mahkeme bunun da TPE'nin sözleşme hürriyeti ve irade serbestisi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken hususlara da müdahale etmesine yol açtığını ifade etmiştir.

Mahkeme hukuk devleti ilkesine aykırılık ile ilgili iddiasının devamında iki markanın kıyaslanmasında “halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar ve hizmetler” ifadesinin mutlak red nedenlerinden çok itiraz üzerine ele alınması gereken KHK 8/1-b hükmü kapsamındaki karıştırma ihtimali kavramı ile ilgili bir benzerliğe karşılık geldiğini belirtmiştir. Dolayısıyla kamu otoritesine tescil sürecinde tanınmayan mutlak redde ilişkin bir yetkinin devir işleminde tanınması serbest piyasa ekonomisi ve sözleşme yapma hürriyetine Anayasal sınırların ötesinde bir müdahale niteliği taşıyacağı belirtilmiştir. Mahkeme MarKHK'ya mehz teşkil eden AB müktesebatında KHK 16/5teki zorunlu devir ve bir markanın tek sahibi olur ilkesinin karşılığı olmadığını ifade etmiştir.

Mahkeme itirazında iptali talep edilen hükmün pratikte hiçbir anlamı kalmayan marka sahibinin tekliği ilkesini öne sürerek devir işleminde tarafların iradesini yok saydığını iddia etmiş ve bu doğrultuda sadece MarKHK'nın 16/5 hükmünün değil bu hükmün vazedilme gerekçesi olarak gösterdiği 7/1-b hükmünün de anayasaya aykırı olduğunu savunmuştur. Mahkeme, ilgili hükmünde “aynılık” ifadesinin yanında “ayırt edilmeyecek derecede benzerlik” kavramının da kullanılmış olmasının ve böylelikle nisbi red nedenleri alanına taşan genişletilmiş bir mutlak red gerekçesine yer verilmiş olduğunu, bunun da ölçülük ilkesine aykırı olduğu ve başvuru sahipleri bakımından da belirsiz, öngörülemeyen, hukuki güvenlikten yoksun bir uygulama anlamına geldiğini savunmuştur. Böylelikle ilgili hükmün hukuki belirlilik ilkesine de aykırı olduğu savunulmuştur. Bu hükme dayanan MarKHK 16/5 hükmü ise sadece yukarıda belirtilen nedenlerle işaret yönünden değil, aynı zamanda “halkı yanlışlığa düşürecek derecede benzeri mallar ve hizmetler” ibaresi nedeniyle mal ve hizmetler bakımından da amacı aşan bir ifadeyi benimsemiştir.

Belirtilen nedenlerin yanında mahkemenin dayandığı diğer bir gerekçe, iptali talep edilen hükmün çalışma ve sözleşme hürriyeti ilkesine aykırı olduğu iddiasıdır. Mahkemeye göre MarKHK'nın 16/1 hükmündeki engel sadece devir alanın değil, re'sen redde devri zorunlu kılınan devreden marka sahibinin de sözleşme hürriyeti kapsamında kalması gereken ticari çalışmaları engellenmiş olmaktadır, böylelikle marka sahipliği ve marka üzerinde tasarrufta bulunma hürriyetine getirilen ilgili sınırlamaların sözleşme hürriyetini zedelediğini belirtmiştir.

D. ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL GEREKÇESİ

Anayasa Mahkemesi iptal kararında mülkiyet hakkına ilişkin Anayasa'nın 35. maddesine vurgu yapmış ve bu madde gereğince herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğunu, bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceğini ve mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamayacağını belirtmiştir.

Anayasa mahkemesi gerekçesinin devamında Anayasa'nın 91. maddesi çerçevesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceğini, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğini vurgulamıştır.

Buna göre Anayasanın ikinci kısmının “Kişinin Hak ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin olarak KHK ile düzenleme yapılamayacağını vurgulamıştır. Anayasa mahkemesi fikri ve sınai hakların ise mülkiyet haklarından olan gayri maddi haklar kapsamında olduğunu, bu haklardan olan markanın sahibine sağladığı hakların “marka hakkı” olarak adlandırıldığını belirtmiştir. Mahkeme sonuç olarak bir mülkiyet hakkı olan markanın devrine ilişkin düzenlemenin KHK ile yapılamayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla MarKHK’nın 16/5 hükmü Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırı görülerek iptal edilmesine karar verilmiş, ancak iptal talebinde belirtilen anayasanın 2, 13, 35 ve 48. maddeleri yönünden bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir⁶⁷.

Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu iptal kararı ile birlikte aynı kişiye ait aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer markaların, aynı mallar veya hizmetler için tescilli olsalar da diğer marklardan bağımsız olarak farklı bir kişiye devredilebilecektir.

VII. SONUÇ NOTLARI

Marka sahibinin teklifi ilkesi Türk marka hukukun önemli ilkeleri arasında yer almaktadır. Aynı markanın birden fazla kişi tarafından kullanılması- nın yanıltıcı ve aldatıcı olabileceği düşüncesiyle söz konusu ilke, kamu düzeni- nin bir gereği olarak görülmektedir. Bu nedenle bu ilke Türk Patent Enstitüsü tarafından re’sen göz önünde bulundurulmakta ve ilkeye aykırılık mutlak bir red nedeni olarak değerlendirilmektedir. Buna rağmen, yukarıda değindiği- miz üzere, çeşitli nedenlerle, aynı ya da iltibas derecesinde benzer markaların aynı ya da aynı türdeki mal veya hizmetler için farklı tescillerinin mevcut oldu- ğunu görmekteyiz.

Markanın kaynak gösterme işlevinin zayıflamış olmasına rağmen, mar- kanın garanti ve ayırt edicilik fonksiyonlarının hala önemini koruması nede- niyle marka sahibinin teklifi ilkesinin uygulanmasında kamu menfaatinin devam ettiği söylenebilir. Yine gerek çeşitli mevzuat hükümleri gerekse de Yar- gıtay içtihatlarıyla söz konusu ilkenin çeşitli açılardan genişlediği ifade edile- bilir. Örneğin tescil ile ilgili olarak sadece mutlak red nedenlerinin değil nispi red nedenlerinin de bu ilkeye hizmet ettiğini söyleyebiliriz.

67 Anayasa Mahkemesi, E: 2015/49, K: 2015/46, T: 13.05.2015, 15.05.2015 tarihli ve 29356 sayılı Resmi Gazete.

Anayasa Mahkemesi marka sahibinin tekliği ilkesinin kaynağını teşkil eden MarKHK'nın, markaların tescili ile ilgili olarak mutlak red nedenlerini düzenleyen 7. maddesinin 1. fıkrasının b bendinin iptaline ilişkin talebi red etmiş, böylelikle markanın tescilciline ilişkin sistemsel bir değişiklik ihtimalini, en azından şimdilik, ortadan kaldırmıştır.

Marka sahibinin tekliği ilkesinin markanın devrine ilişkin yansıması olarak görülen MarKHK'nın 16. maddesinin beşinci fıkrası ise mülkiyet hakkı olarak görülen marka hakkının KHK ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararı ile birlikte tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesi artık TPE tarafından şart koşulamayacaktır.

Söz konusu iptal kararında Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin değerlendirmelerden kaçınmıştır. Örneğin iptal edilen ilkenin teşebbüs özgürlüğünü kısıtlayıp kısıtlamadığına ya da ilgili hükmün kamu menfaatine hizmet edip etmediğine ilişkin görüş beyan etmemiştir. Dolayısıyla Marka Hukukunu düzenleyecek bir Kanunda aynı ya da benzer hüküm tekrar gündeme gelebilir. Nitekim Markalar Kanunu Tasarısının 41/6 fıkrasında MarKHK'nın iptal edilen 16/5 hükmünün aynen tekrar edildiğini görüyoruz. Yine aynı şekilde mahkemece iptal talebine ilişkin gerekçe içerisinde iptal edilmesine yönelik görüş bildirdiği MarKHK'nın 7/1-b bendi de Markalar Kanun Tasarısının 7/1-b bendinde olduğu gibi korunmuştur.

Kanaatimizce MarKHK m.16/5 hükmünün iptali sadece şeklen değil, esas itibariyle de, özellikle sözleşme serbestisinin korunması açısından, yerinde bir karardır. Çünkü iltibas, iktibas ya da markanın tek sahipliği ilkesi devir değil tescil aşamasında incelemesi gereken bir husustur. Nitekim hangi sebeple olursa olsun, tescilli bir markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek derecede benzeri, aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetler için tescil edilmişse, mahkemedен MarKHK m. 42 ve devamı hükümler çerçevesinde ilgili markanın hükümsüzlüğü, zarar gören kişiler, Cumhuriyet Savcıları veya ilgili resmi makamlar tarafından istenebilir.

MarKHK'nın iptal edilmiş olan m. 16/5 hükmünde yer alan yer alan "halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler" ifadesi ise kanaatimizce aynı KHK'nın 8. maddesinde düzenlenen nispi red nedenlerinin

bir unsuru ve gerekçesi olabilir. İlgilinin tescil aşamasında itiraz etmediği bir hususun devir aşamasında mutlak red nedeni olarak değerlendirilmesi ve bir devir engeli ya da mecburiyeti olarak görülmesi kanaatimizce yerinde değildi.

MarKHK m. 7/1-b hükmünün ve bu hükmün kaynak teşkil ettiği markanın tek sahibi olur ilkesinin korunmasında kamusal bir menfaat olduğu açıktır. Burada aynı amaca hizmet etmesine rağmen neden MarKHK'nın 8. maddesindeki nisbi red sebeplerinin kamu düzeninden sayılmadığı sorgulanabilir. Kanaatimizce MarKHK m. 7/1-b bendindeki hususlar re'sen işletilecek bir koruma mekanizmasını gerektirecek ölçüde somut bir alanın sınırlarının çizilmesine hizmet etmektedir. Bu nedenle söz konusu alanda ortaya çıkan nedenler markanın tescilinde mutlak red nedeni olarak kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

Arkan, Sabih (2007), Marka Hukuku, Cilt I. Ankara, AÜHF Yayınları.

Arslan, Kaya (2006), Marka Hukuku. İstanbul, Arıkan.

Battal, Ahmet (2000), “Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, s. 12-22.

Çolak, Uğur (2014), Türk Marka Hukuku. İstanbul, Oniki Levha.

Karaahmet, Erdoğan ve Uğur Yalçiner (1999), Marka Tescilinin Temel İlkeleri Uygulamaları, Ankara, Türk Patent Enstitüsü Yayınları.

Karahan, Sami, Cahit Suluk, Tahir Saraç, ve Temel Nal (2011), Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları. Ankara, Seçkin.

Karan, Hakan, ve Mehmet Kılıç (2004), Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, Turhan.

Meran, Necati (2015), Marka Hakları ve Korunması. Ankara, Seçkin.

Noyan, Erdal, ve İlhami Güneş (2015), Marka Hukuku. Ankara, Adalet.

Tekinalp, Ünal (2012), Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Vedat.

Yasaman, Hamdi (2004), Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi Cilt I (Şerh I) ve Cilt II (Şerh II). İstanbul, Vedat.

NOTERLERİN HAZIRLANMASINA KATILMIŞ OLDUKLARI SENETLER SEBEBİYLE ZARAR GÖREN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI HUKUKÎ SORUMLULUĞU

Yrd. Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN*

ÖZET

Bu çalışmada noterlerin hukuki sorumluluğu konusu, noterle işlem yapan kimse dışında kalan üçüncü kişilerin uğramış oldukları zararların giderilmesi bağlamında ele alınmıştır. Bu çerçevede noterlerin hukukî statüsü, sorumluluğun niteliği ve konuya ilişkin Yargıtay içtihatları incelenmiştir. Noterlerin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukları kapsam dışında bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Noter, sorumluluk, kamu görevlisi, noterlerin hukuki sorumluluğu.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

LEGAL RESPONSIBILITY OF NOTARIES AGAINST THIRD PARTIES WHO HAVE BEEN DAMAGED THROUGH THEIR ACTS

ABSTRACT

In this paper, the legal responsibility of notaries against third parties, who have been damaged through their acts, is examined. In this respect, legal status of notary is discussed. Also, the legal nature of the responsibility has been dealt with. Decisions of the Court of Cassation have been also discussed and analyzed. The responsibility of the notary due to their employees has been left out of the scope of this paper.

Keywords: Notary, responsibility, public officers, legal responsibility of notary.

I. GİRİŞ

Hukukî işlemlere resmiyet kazandırma tekeli, ülkemizde noterlere tanınmıştır. Nitekim 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 1'inci maddesine göre noterler hukukî güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek maksadıyla işlemleri belgelendirir. Bu çerçevede, kanunlarda aksine bir düzenleme olmadıkça¹, resmî şekilde yapılması öngörülen işlemlerin mutlaka noterler tarafından yapılması gerekir.

Hukukî güvenliği sağlamak maksadıyla tanındığı belirtilen bu tekel hakkının, usûlüne uygun olarak kullanılması önemlidir. Zira, hazırlanmasına noterin katılmış olduğu bir belge, resmî senet niteliğini kazanır ve Türk Medeni Kanunu'nun 7'nci maddesi uyarınca, aksi ispatlanıncaya kadar bu senedin içeriği doğru kabul edilir. Bu nedenle, noterler vasıtasıyla gerçekleştirilen işlemlerdeki aksaklıklar sebebiyle noterlerin sorumsuz kalması düşünülemezdi. Nitekim 1512 sayılı Noterlik Kanunu da noterlerin hukukî, cezaî ve inzibatî sorumluluklarını düzenleme yoluna gitmiştir.

Bu çalışmada noterlerin, hazırlanmasına dahil oldukları işleme bizzat taraf olmayan, ancak söz konusu işleme güvenerek hareket etmesi sebebiyle zarar gören üçüncü kişiler karşı hukukî sorumluluğu ele alınmıştır. Çalışmamızda, sorumluluk hukukuna ilişkin temel ilkeler ve dayanaklar, konuyla sınırlı olmak kaydıyla fakat ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Bu çerçevede, bilhassa kusursuz sorumluluk hallerinin dayanakları mehz İsviçre hukukundaki görüşler de dikkate alınarak tartışılmıştır. Ayrıca, Yargıtay'ın meseleye ilişkin kararları da, geçerli olduğu sonucuna vardığımız sorumluluk rejimi dikkate alınarak, uygulamaya yol göstermesi amacıyla incelenmiştir. Bu noktada yüksek mahkeme kararlarından hareketle, illiyet bağının kesilmesi ve kurtuluş kanıtı ile sorumluluktan kurtulmanın farklı hususlar olduğu da vurgulanmıştır. Ancak sorumluluğun söz konusu olabilmesi için gereken diğer unsurlar açısından, uygulamada ve öğretide bir tereddüt bulunmaması sebebiyle ayrıca tartışılması gereksiz bulunmuş ve zikredilmekle yetinilmiştir. Noterlerin yardımcılarının fiillerinden doğan sorumlulukları çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

1 Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 706'ncı maddesi uyarınca taşınmaz satımı resmi şekle tabidir; ancak Tapu Kanunu'nun 26'ncı maddesi, satım sözleşmesinin tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlileri tarafından düzenleneceğini belirtmiştir.

II. NOTERLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK

1512 sayılı Noterlik Kanunu, yerine getirdikleri görevleri de dikkate alarak hem tereddütleri ortadan kaldırmak hem de daha ağır bir sorumluluk rejimi benimsemek maksadıyla noterlerin hukukî sorumluluğu konusunu ayrıca düzenlemiştir². Kanun'un 162'nci maddesine göre “*stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı **zarar görmüş olanlara** karşı sorumludurlar*”. Bu noktada, inceleme konumuz açısından yapılması gereken ilk tespit, noterlerin yalnızca kendileriyle işlem yapan kimselere değil, yapmış oldukları işlemde zarar görmüş olan herkese karşı sorumlu olduğudur. Başka bir anlatımla, Kanun zarar gören herkese karşı sorumluluğu öngörmüş, noterle işlem yapan kişi ile üçüncü kişiler açısından bu manada ayırım yapmamıştır. Şu halde, mevcut olduğunu tespit ettiğimiz söz konusu sorumluluğun niteliğinin ortaya konulması gerekir.

B. NOTERLERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ

Noterlerin hukukî sorumluluğunun niteliği incelenirken noterle işlem yapan kimseler ile iş sahibi olmayan üçüncü kişiler ayrılmalıdır.

2 Kurt, Leyla Müjde (2014), Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Cilt: XVIII, s. 87 vd.; Ulukapı, Ömer & Atalı, Murat (2013), Noterlik Hukuku, Üçüncü Baskı, Konya, s. 217; Özbek, Mustafa Serdar (2013), Noter Senetlerinde Sahtelik, İkinci Baskı, Ankara, s. 102 vd.; Aslan Düzgün, Ülgen (2013), Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1-2, Cilt: XVII, s. 492; Tanrıver, Süha (2013), Bir Hukuki Güvenlik Kurumu Olarak Noterlik ve Noterlerin Denetimi Üzerine Bazı Düşünceler, Journal of Yaşar University, Sayı: Özel, Cilt: 8, s. 2600; Nart, Serdar (2009), Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: Özel, Cilt: 11, s. 426 vd.; Oktay-Özdemir, Saibe (2007), Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, s. 693 vd.; Özbek, Mustafa Serdar (2002), Noter Senetlerinde Sahtelik Halinde Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Yargıtay Dergisi, <<http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/yrgergi/Ekim2002/Ekim2002/assets/basic-html/page168.html>> s.e.t. 7.10.2015; Ulukapı, Ömer (1997), Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Noterlik Hukuku Sempozyumu I-II, Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları No: 1, Ankara, s. 68; Özüarı, Ruhi (1987), Açıklamalı Noterlik Kanunu, Üçüncü Baskı, Ankara, s. 149; Kartal, Bilal (1998), Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk, Yargıtay Dergisi, <<http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/yrgergi/Temmuz1998/Temmuz1998/assets/basic-html/page120.html>> s.e.t. 7.10.2015; Pulaşlı, Hasan (1983), Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 39, s. 12; Doğu, Engin (1979), Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence, Yargıtay Dergisi (1979), s. 586, <<http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/yrgergi/Temmuz1979/Temmuz1979/assets/basic-html/page165.html>> s.e.t. 7.10.2015.

Noterlerin, kendileri ile işlem yapan kişilere karşı sorumluluğunun kaynağının ne olduğu konusu tartışmalıdır³.

Öğretide bir görüş, noter ile noterde iş yaptıran kimse arasındaki ilişkinin, Türk Borçlar Kanunu'nun 502'nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir⁴. Nitekim **Kartal**, noterin yapmış olduğu işin bir kamu hizmeti olmasının, kendisi ile işlem yapan kimseyle arasındaki ilişkinin özel hukuk kurallarına bağlanmasına engel teşkil etmeyeceğini savunmaktadır⁵.

İsviçre hukukundan hareket eden bir başka görüşe göre⁶, noterlerin tekeline bırakılmış, yalnızca onlar tarafından yapılabilecek resmî işler ile diğer noter işlerinin ayrılması gerekir. Noterlerin tekeline bırakılmış resmî işler haksız fiil hükümlerine tâbi kılınmalıdır. Buna karşılık, noterlerin de yapmasına imkân tanınan diğer özel işlere vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi 1964 tarihli bir kararında, noterlerin taşınmaz satımına ilişkin düzenledikleri resmi belgeler sebebiyle sözleşmenin taraflarına karşı sorumluluklarını incelerken, burada İsviçre Borçlar Kanunu'nun vekâlete ilişkin 389'uncu maddesinin uygulanamayacağını, haksız fiile ilişkin 61'inci maddesinin geçerli olacağını belirtmiştir⁷. Ancak bu noktada mahkemenin gerekçesini de – Türk hukukunda konuya ilişkin çalışmalarda rastladığımız, fakat değerlendirme yapılması noktasında önemli bulduğumuz için – vurgulamakta fayda görmekteyiz. Mahkeme, haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulanmasını kabul ederken, kamu görevlilerinin, kamusal görevlerini yerine getirirken vermiş oldukları zararlar açısından, federal düzeyde veya ilgili kantonda noterlerin hukukî sorumluluğuna yönelik ayrıca bir hüküm yoksa haksız fiile ilişkin ilgili hükümlerin uygulanacak olması kabulüne dayanmaktadır. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu'nun 61'inci maddesi de, kamu görevlilerinin, kamusal görevlerini icra ederken verdikleri zararlardan sorumluluğu konusunu düzenlemekte ve federal devlet yahut kantonal düzeyde aksine özel bir düzenleme olmadıkça haksız fiil hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir. Bu noktada İsviçre Federal Mahkemesi'nin noterleri kamu görevlisi olarak kabul ettiğini belirtmek icap eder. Hukukumuz açısından, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu gerekçesinden hareket edildiğinde, Türk hukukunda bunu

3 Kurt, s. 87 vd.; Aslan Düzgün, s. 493 vd.; Nart, s. 429; Oktay-Özdemir, s. 693; Ulukapı, s. 68; Ulukapı/Atalı, s. 218-219; Özbek, 2013, s. 102; Özüarı, s. 148; Tandoğan, Haluk (1981), Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, s. 366.

4 Kartal, s. 349.

5 Kartal, s. 349.

6 Özbek (2013), s. 102; Aslan Düzgün, s. 493-494.

7 BGE 90 II 274.

takip ettiğini belirten görüşlerin aksine, noterlerin kamu görevlilerinin sorumluluk rejimine tâbi olması gerekir. Başka bir anlatımla, hukukumuz açısından noterlerin kamu görevlisi olduğunun kabul edilmesi, sorumluluğun tespitinde idarî yargı alanında geçerli olan hizmet kusuru kavramı⁸ ve ona ilişkin görüş ve içtihatlardan hareket edilmesi gerekir.

Hukukumuzda ileri sürülen ve Yargıtay kararlarında da benimsenen⁹ bir diğer görüşe göre ise, noterlerin hukukî sorumluluğu haksız fiile dayanan kusursuz bir sorumluluktur. Bu çerçevede noterler, kendilerinin veya çalışanlarının davranışlarından, talep edilen işlemlerin hiç yapılmaması, hatalı yapılması veya eksik yapılmasından dolayı zarar gören kimselere karşı kusur şartı aranmaksızın sorumludur¹⁰. **Tanrıver**, söz konusu sorumluluğun nitelik itibarıyla ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olduğunu ileri sürmektedir¹¹. **Ulukapı/Atalı** da aynı sonucu kabul etmekte ve noterlerin hukukî sorumluluğunu, tapu sicilinin tutulmasındaki devletin sorumluluğuna benzetmektedir¹². **Nart**

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. Evren, Çınar Can (2011), Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 95, s. 175-196.

9 “Yine aynı Kanunun 162. maddesine göre, “Noterler bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar”. Bu maddeye noterlerin sorumluluğu “Kusursuz sorumluluktur”. 3. HD, 12.02.2014, 242/2040; “Ancak, Noterlerin, Noterlik Yasasının 162. maddesi uyarınca, sorumlu tutulmaları için kusurlu olmaları aranmamaktadır. Diğer bir anlatımla, noterin sorumluluğu kusursuz sorumluluğa dayanmaktadır.” 3. HD, 28.01.2014, E. 2013/14999, K. 2014/1079; “Mahkemece, noterin kusursuz sorumluluğunun ve davacının bölüşük kusurunun dosyadaki tüm belgelerle birlikte yeniden değerlendirilerek...” 3. HD, 27.01.2014, E. 2013/16743, K. 2014/931; “1512 Sayılı Noterlik Kanunu’nun 162. maddesinde kusurdan söz edilmemiştir. Bu sebeple noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.” 3. HD, 22.01.2014, 285/784; “Bu maddeye göre; noterlerin sorumluluğu ‘Kusursuz sorumluluktur.’ 3. HD, 21.01.2014, 68/642; “1512 sayılı Noterlik Yasası’nın 162. maddesi gereğince noterler, yaptıkları işlemlerden doğan zararlardan dolayı kusursuz sorumludurlar.” 3. HD, 13.01.2014, E. 2013/15728, K. 2014/83; “Noterlik Kanunu’nun 162. maddesinde kusurdan söz edilmemiştir. Bu sebeple noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.” HGK, 06.12.2013, 4-335/1654 <www.kazanci.com.tr> s.e.t. 17.11.2015.

10 Özbek (2013), s. 103 vd.; Oktay-Özdemir, s. 701; Doğu, s. 586. Nitekim ilgili maddenin gerekçesinin ilk halinde sorumluluğun kusura dayandığına dair bir ibare bulunmasına rağmen; meclisteki geçici komisyonda bu ibare çıkarılmış ve gerekçe olarak Borçlar Kanunu’na uyum sağlamak gösterilmiştir. Ancak bu ifadenin maksadının kusursuz sorumluluk olarak düzenleme olduğu akla gelse de, yapılan atıf, Borçlar Kanunu’nun hem kusura dayanan hem de kusursuz sorumluluk hallerini düzenlemesi sebebiyle yerinde değildir. Bu konuda bkz. Doğu, s. 586.

11 Tanrıver, Süha (2011), Noterlerin İşlevleri Alanında Yeni Gelişmeler, Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler, Ankara, s. 79; Tanrıver, Süha (2005), Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı’nın Getirdikleri, Makalelerim-I, Ankara, s. 406.

12 Ulukapı/Atalı, s. 219.

ise, noterlerin bizzat yapmış oldukları işlemlerden doğan sorumluluklarının, kanunda açıkça işlemin yapılmasındaki hata ve eksiklikten bahsedilmesinden hareketle, kusura dayanan sorumluluk olması gerektiğini savunmaktadır¹³.

Alman hukukunda ise, noterlerin hukukî sorumluluğu Federal Noterlik Kanunu'nun 19'uncu maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre noterler, yapmış oldukları kamusal işlemleri sırasında kasten veya ihmal sebebiyle üçüncü kişilere bir zarar ıka etmişlerse, diğer kamu görevlilerinden de farklı olarak şahsen sorumlu olurlar¹⁴. Alman öğretisinde, noterin kullanmış olduğu yetkinin kamusal karakteri ve egemenlik işlemi olması sebebiyle, özel hukuka ait sorumluluk hükümlerine tâbi olamayacağı¹⁵ yönünde görüşler bulunmasına rağmen, hâkim anlayış, noterlerin hukukî sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğuna, dolayısıyla özel hukuka ait olduğu yönündedir¹⁶. Alman Federal Mahkemesi, noterlerin sorumluluğunun, kendisi ile işlem yapanlar yanında, üçüncü kişileri de kapsadığını kabul etmektedir¹⁷.

C. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

Kanaatimizce noterlerin hukukî sorumluluğunun niteliği tespit edilirken, yukarıda kısaca izâh edilen görüşler de dikkate alındığında, öncelikle noterlerin hukukî statüsünün ortaya konulması gerekir. Özellikle İsviçre hukukundan hareket edilerek, kamu görevlilerine ilişkin sorumluluk hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı noktasında, söz konusu belirleme önemlidir.

13 Nart, s. 430.

14 Hogl, Peter (2015), Notarhaftung, Waldner, Wolfram , Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Baskı, München, para. 13; Kapsa, Bernhard (2015), Haftung für Amtspflichtverletzungen, Haag, Kurt (2015), Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts, 27. Baskı, München, para. 265; Peters-Lange, Susanne (1997), Notarhaftung für Unterhaltspflichten nach Ehescheidung, Deutsche Notar-Zeitschrift, Sayı: 8, s. 596.

15 Peters-Lange, s. 596.

16 Schramm, Sabine (2011), Amtspflichtverletzung, Bracker, Ulrich (2011), Bundesnotarordnung, 9. Baskı, München, para. 2.

17 BGH, 26.6.1997, IX ZR 163/96, Deutsche Notar-Zeitschrift (1998), Sayı: 8, s. 621-626. Esasen Alman hukukunda, noterlerin sorumluluğunun kişi bakımından kapsamı konusunda üç teori ileri sürülmektedir. Noterin sorumluluğunun, noter tarafından hazırlanan belgelere itimat eden kimseleri kapsadığı yönünde güven teorisi; noterin yapmış olduğu işlemlerden etkilenenleri kapsadığını belirten tanıklık teorisi ve noterin somut yükümlülüğünün ihlali ile onunla olan ilişkisine göre üçüncü kişiye karşı sorumluluğunu belirleyen işlevsel teori. Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen işlevsel teorisinin, noterlerin sadece belgelendirme işlemlerini değil, bütün işlemleri kapsamaması sebebiyle daha yerinde olduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Schramm, para. 15 vd.

1. Noterlerin Hukuki Statüsü

Noterlerin, 1512 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi sebebiyle bir kamu hizmeti gördükleri şüpheden uzaktır. Ancak, noterlerin hukukî sorumluluğu konusu gibi, hukukî statüleri hususu da öğretime tartışmalıdır¹⁸.

Gördükleri hizmetin niteliği dikkate alındığında, noterlerin bir kamu görevlisi olduğu düşüncesi akla gelebilir. Nitekim, Anayasa'nın 128'inci maddesi, “*kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*” hükmünü içermektedir. Şu halde kamu hizmeti gören noterlerin memur veya Anayasa'daki ifadesi ile diğer kamu görevlisi sayılıp sayılamayacağı belirlenmelidir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, söz konusu kanun açısından memura ilişkin bir tanım vermektedir. Buna göre; “*mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen aslî ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır*”. Tanımda yer alan genel idare esaslarından maksadın, kamusal yöntem ve usûller olduğu kabul edilmektedir¹⁹. Başka bir anlatımla, genel idare esasları, kamu gücünün kullanılması suretiyle tek taraflı olarak idarî işlemler tesis edebilme yetkisinin mevcut bulunması gereğini ifade etmektedir²⁰. Öğretime ise, kamu görevlisi genel olarak, kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yerine getiren, genel veya özel bütçeden, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlardan veya kefalet sandıklarından aylık alan kişi şeklinde tanımlanmaktadır²¹. Noterlerin atanmaları (1512 s. NK m. 27), işten el çektirilmeleri (1512 s. NK m. 123), izne ayrılmaları (1512 s. NK m. 57) gibi konularda Adalet Bakanlığı'nın yetkilendirilmiş olması, çalışma saatlerinin (1512 s. NK m. 51) resmî dairelerin çalışma saatlerine göre belirlenmesi, noterleri, yukarıda verilen kamu görevlisi kavramına yaklaştırmaktadır²². Ancak malî yönden bağımsızlıkları, diğer bir ifade ile genel ve özel bütçeden aylık almamaları sebebiyle, genel kabul gören tanım çerçevesinde kamu görevlisi olduklarını söylemek de mümkün görünmemektedir²³. Noterlerin görmüş olduğu hizmetin, kamu hizmeti olması da, kamu görevlisi sayılması açısından

18 Kurt, s. 86; Ulukapı/Atalı, s. 6-11; Doğu, s. 581-583.

19 Gözübüyük, Şeref & Tan, Turgut (2014), İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt: 1, 10. Baskı, Ankara, s. 801; Günday, Metin (2011), İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, s. 582.

20 Günday, s. 582.

21 Gözübüyük/Tan, s. 919; Günday, s. 580.

22 Kurt, s. 86; Ulukapı/Atalı, s. 8-9.

23 Kurt, s. 86; Ulukapı/Atalı, s. 8-9.

yeterli değildir. Nitekim Danıştay, 2004 yılında avukatlar hakkında verdiği bir kararında, gördükleri hizmetin kamu hizmeti olmasının, avukatların kamu görevlisi olarak kabul edilmesi sonucu doğurmayacağını belirtmiştir²⁴. Keza Yargıtay da avukatlar veya başkaca hizmet gruplarının aslında kamu hizmeti yaptıkları halde, bu hizmetlerinin maddi karşılığını devlet bütçesinden almamaları sebebiyle kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceklerine karar vermiştir²⁵. Bu sebeple, noterlerin kamu görevlisi olarak kabul edilmesi ve kamu görevlilerinin tâbi olduğu sorumluluk rejimine tâbi kılınması mümkün değildir. Ancak, noterlerin yukarıda belirtilen kamu görevlisine yaklaştıran özellikleri nedeniyle alelade serbest meslek mensubu olarak da değerlendirilmesi mümkün olmadığından, *sui generis* bir statüde bulundukları kabul edilmelidir²⁶.

2. Noter ve Noterle İşlem Yapan Kimse ile Üçüncü Kişiler Arasındaki İlişki

Noterlerin hukukî sorumluluğunun tespiti noktasında incelenmesi gereken ikinci husus, noterlerin, kendileri ile işlem yapan kimseler veya işlemde etkilenen üçüncü kişilerle aralarındaki ilişkisinin niteliğidir. Nitekim öğretide bu ilişkiden hareketle, yalnızca noterler tarafından yapılabilen resmî işlerde, noterlerin kullanmış oldukları kamusal yetkileri sebebiyle haksız fiil sorumluluğuna tâbi olmaları gerektiği; buna karşılık noterler tarafından yapılan diğer işlemlerde, aradaki ilişkinin, iş görme sözleşmeleri açısından torba akit niteliği taşıyan vekâlet sözleşmesi olduğu savunulmaktadır²⁷.

Ancak, hukukî sorumluluğu tespit ederken, noter ve işlem yapan kimse arasındaki ilişkinin niteliğinden hareket edilmesi durumunda, her bir işlem için ayrı bir değerlendirme yapılması ve farklı sözleşme hükümlerinin²⁸ uygulanması neticesi doğar. Bunun, hem 1512 sayılı Kanun'un 162'nci maddesinde öngörülen düzenlemeye uygun olmayacağı hem de sorumluluk konusunda karışıklık ve belirsizlik yaratacağı eleştirisi öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür²⁹.

24 Danıştay 8. D., 27/01/2004, E. 1993/117, K. 1994/306. Karar için bkz. Gözübüyük/Tan, s. 919.

25 HGK, 14.09.1983, E. 1980/1714, K. 1983/803. Karar için bkz. Gözübüyük/Tan, s. 919.

26 Ulukapı/Atalı, s. 10.

27 Bkz. yuk. I.B.

28 Örneğin saklama işlemleri açısından vedia sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması neticesini doğururken, resmî senet düzenlenmesine ilişkin işlemleri açısından kabule göre haksız fiil veya vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekir.

29 Ulukapı/Atalı, s. 220, dn. 14.

Şu halde, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğini tespit etmeksizin, 1512 sayılı Kanun'un 162'nci maddesi hükmünün unsurlarının dikkate alınarak uygulanmasının yeterli olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Ancak, söz konusu kanun, sorumluluğu özel olarak düzenlemiş olmasına rağmen, zamanaşımı süresi, zararın hesaplanması, yetkili mahkeme konularında herhangi bir hükme yer vermemiştir. Bu sebeple, zikredilen her üç mesele açısından da sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil hükümlerinin uygulanması durumuna göre farklı neticeler ortaya çıkar.

Kanaatimizce bu noktada, noter ve noterle işlem yapan kimse arasındaki ilişki açısından, hukukî statüleri farklı olmasına rağmen³⁰, temelde korudukları menfaatlere ilişkin paralellik sebebiyle tapu memurlarının sorumluluğuna gönderme yapan görüş³¹ yerindedir. Nitekim burada da bireyler, tapu memurlarında olduğu gibi hukukî işlemi bizzat memurla/noterle yapmamakta; bireylerin kendi aralarında gerçekleştirmek istedikleri işlemlere noterler, –tapu memurunun kullandığı kamusal yetkide olduğu gibi– kamusal bir yetki kullanılarak resmîyet kazandırmaktadır. Dolayısıyla, sorumluluk, tıpkı tapu memurlarında olduğu gibi, arada sözleşmesel bir ilişkinin mevcut olup olmadığı tartışması bir kenara bırakılarak, haksız fiil hükümlerine göre belirlenmelidir.

Noterle bizzat işlem yapmayan, fakat noterin işlemi sebebiyle, ona duyduğu güven yüzünden zarara uğrayan üçüncü kişiler ile noter arasında sözleşmesel bir ilişkinin mevcut olmadığı hususu şüpheden uzaktır. Noter ve noterle işlem yapan kimse arasındaki ilişkinin de haksız fiil hükümlerine tâbi olduğunun kabul edilmesinden sonra, noterin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun niteliğinin ayrıca tartışılması ihtiyacı ortadan kalkmıştır³². Bu çerçevede,

30 Noterlerin bir kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceğini, ancak sahip olduğu yetkiler ve noterlik mesleğine ilişkin düzenlemeler de dikkate alındığında, sui generis bir konumda bulunduklarını yukarıda tespit ettik. Bkz. yuk. s. 261-262.

31 Bkz. yuk. s. 260.

32 Nitekim noter ve işlem yapan kimse arasında bir sözleşme bulunmasından hareketle noterin sorumlu olduğunun kabul edilmesi halinde, söz konusu işlemi gereği gibi yapmayan noterin bu fiili nedeniyle işleme taraf olmadığı halde zarara uğrayan üçüncü kişilerin, uğramış oldukları bu zararı talepleri noktasında şu tartışılmalıdır: Acaba burada Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi çerçevesinde noterde yapılan işlem ile yaratılan güven sebebiyle ortaya aslı edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi ve bunun uzantısı olarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme çıkar mı? Sorunun olumlu cevaplanması ihtimalinde, noterin hazırlanmasına katılmış olduğu işlemde zarar gören üçüncü kişilerin de sözleşmesel sorumluluk hükümlerine dayanarak zararlarının giderilmesini isteyebilmesi mümkün olur. Aslı edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Serozan, Rona (1968), *Culpa in Contrahendo*, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu

noterle arasında herhangi bir hukukî ilişki bulunmayan söz konusu kişilerin uğramış oldukları zararları, haksız fiil hükümleri çerçevesinde isteyebilmeleri mümkün olmalıdır. Bu noktada tartışma, aşağıda incelediğimiz, sorumluluğun tespitinde kusurun aranıp aranmayacağı hususunda ortaya çıkar.

D. NOTERLERİN SORUMLULUĞUNUN “KUSURA DAYANAN” SORUMLULUK OLUP OLMADIĞI KONUSU

Noterlerin hukukî sorumluluğu konusunun, hem noterle işlem yapan kimseler hem de üçüncü kişiler açısından 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 162’nci maddesinde, haksız fiile dayanan bir sorumluluk türü olarak düzenlendiği yukarıda incelendi. Ancak söz konusu hüküm, sorumluluğun tespiti noktasında bir unsur olarak açıkça kusura yer vermemiştir. Bu çerçevede kusurun bir unsur olarak aranıp aranmayacağı konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmekte, Yargıtay’ın da farklı yönde kararlarına rastlanılmaktadır.

Azınlıkta kalan bir görüş, ilgili hükümde yer alan *bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlar* ifadesinden hareketle, söz konusu sorumluluğun kusura dayandığı yönündedir³³. **Nart**, söz konusu hükmün kusursuz sorumluluk şeklinde değerlendirilmesinin, noterlerin her türlü davranışından sorumluluk neticesini doğuracağını ve bunun hakkaniyetli olmayacağını ifade etmektedir³⁴.

Türk hukukunda hâkim görüş, 1512 sayılı Kanun’un 162’nci maddesinin lafzı sebebiyle, noterlerin sorumluluğunun doğması için kusur şartının aranmayacağı yönündedir³⁵. Yukarıda ifade edildiği gibi, **Ulukapı/Atalı**, noterlerin sorumluluğunun da, tapu sicilinin tutulması hususunda tapu memurunun sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk olacağını savunmaktadır.

Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 3, Cilt: 2, s. 108-129. Herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmasa dahi, dürüstlük kuralı çerçevesinde ve güven sorumluluğuna dayalı olarak üçüncü kişiler ile noter arasında bir borç ilişkisinin meydana geldiği de ayrıca tartışılabilir. Biz çalışmamızda, bu tartışmayı bir kenara bırakarak, güven sorumluluğu mevcut olsa dahi, onunla sebeplerin yarışması şeklinde haksız fiil sorumluluğunun geçerli olacağı kabulü ile incelememizi gerçekleştirdik.

33 Nart, s. 430 vd.; Ünal, Mehmet (1999), 1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi (Noterlerin Hukuki Sorumluluğu), Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 101, s. 53; Meriç, Nihat (1994), 1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi İle İlgili Düşünceler, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 83, s. 42.

34 Nart, s. 430. Kusursuz sorumluluğun gerekçelerinden yalnız biri olan hakkaniyet aşağıda incelenmiştir. Bkz. aşağıda. I.D.

35 Kurt, s. 91-92; Özbek, 2013, s. 106; Ulukapı/Atalı, s. 219; Oktay-Özdemir, s. 699; Ulukapı, s. 69; Kartal, s. 349; Özüarı, s. 148-149; Doğu, s. 586.

Yargıtay ise farklı yönde kararları olmasına rağmen³⁶, çoğunlukla noterlerin hukukî sorumluluğunun doğması için kusurun bir unsur olarak aranmayacağını belirtmektedir³⁷.

Kanaatimizce noterlerin hukukî sorumluluğunun söz konusu olabilmesi açısından kusurlu olduklarının araştırılıp araştırılmayacağı noktasında değerlendirme şu şekilde olmalıdır.

İlk tespit, 1512 sayılı Kanun'un 162'nci maddesinde sorumluluk düzenlenirken, kusur ifadesine yer verilmemiştir. Bu tespitten hareketle incelememiz gereken ilk hipotez; salt bu vakıanın, noterlerin sorumluluğunun kusura dayanmadığı anlamına gelip gelmeyeceğidir.

Özel hukukun temel prensibi, bir kimsenin, bir başkasına vermiş olduğu zararı, ancak kendisine bir kusur isnat edilebilmekteyse gidermesi gerektiği yönündedir³⁸. **Jhering**'in ifadesi ile tazmin zorunluluğunun sebebi zarar de-

36 Noterlerin sorumluluğunun kusura dayandığı yönünde bkz. 13. HD, 01.03.1993, 363/1676, Ulukapı/Atalı, s. 222, dn. 22.

37 “Noterlerin hukukî sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu genel bir ilke ve prensip olarak benimsenmiştir. Ancak, bu sorumluluktan mutlak kusursuz sorumluluk olarak benimsendiği sonucu da çıkarılmamalıdır. Her iki görüşe göre de; noterin hukukî sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ortada; noterin veya noter çalışanının bir eyleminin bulunması ve bu eylemden dolayı bir zararın doğması, bu zararlar birlikte eylem ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bu şartlardan birisinin gerçekleşmemesi hâlinde noterin hukukî sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmektedir.” HGK, 06.12.2013, 4-335/1654; “Noterlerin, Noterlik Yasası'nın 162. maddesi uyarınca, sorumlu olmaları için kusurlu olmalarının gerekmediği tartışmasıdır. Diğer bir anlatımla, tüm kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu üzere, zarar gören, davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir.” 4. HD, 10.11.2008, 1699/13767. Aynı yönde bkz. HGK, 06.03.2013, E. 2012/4-800, K. 2013/322; 3. HD, 28.1.2014, E. 2013/14999, K. 2014/1079; 4. HD, 09.02.2010, E. 2009/7021, K. 2010/1034 <www.kazanci.com.tr> s.e.t. 17.11.2015. Noterlerin sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olduğunun öğreti ve Yargıtay uygulamasında kabul edildiğini belirten Antalya'nın söz konusu ifadeye yer verirken, hangi kaynaklardan yararlandığı ve hangi Yargıtay kararlarını incelediği eserinden anlaşılmadığından dikkate alınamamıştır. Bkz. Antalya, Gökhan O. (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I, İstanbul, s. 647.

38 Hatemi, Hüseyin & Gökyayla, Emre (2015), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, s. 142, Oğuzman, Kemal & Öz M. Turgut (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 10. Baskı, İstanbul, s. 2; Nomer, Haluk N. (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul, s. 125; Antalya, s. 422; Honsell, Heinrich & Isenring, Bernhard & Kessler, Martin A. (2013), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, s. 6; Schnyder, Anton K. & Portmann, Wolfgang & Müller-Chen, Markus (2013), Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich, s. 89; Fellmann, Walter & Kottmann, Andrea (2012), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band: I, Bern, s. 183; Eren, Fikret (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, s. 499 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, s. 306; Akkayan-Yıldırım, Ayça (2012), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı: 1, Cilt: LXX, s. 203; Schwenzer, Ingeborg (2009), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern, s. 142, 350; Pletter, Andrej (2009), Verschulden als Grundlage der Haftung, s. 1, <https://

ğil, kusurdur³⁹. Başka bir anlatımla, asıl olan kusura dayalı sorumluluktur. Bir kimsenin, bir başkasına vermiş olduğu zararı karşılamak zorunda olması, aksine özel bir hüküm bulunmadıkça, kusurlu olmasına bağlıdır⁴⁰.

Kusur, bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için müspet veya menfi, kınanabilir bir davranış sergilenmesi olarak tanımlanmaktadır⁴¹. Kınanabilirlikten söz edilebilmesi ise, sorumluluğu tartışılan kimsenin⁴² zarar sonucunu öngörebilmesine bağlıdır⁴³. Bu çerçevede, failin bütün detayları ile birlikte neden sonuç ilişkisini kurması şart değildir; ilgili davranışı neticesinde üçüncü bir kişinin zarara uğraması mutlak, kuvvetle muhtemel veya olası ise öngörülebilirlikten söz edilir⁴⁴.

Kusura dayanan sorumluluk anlayışından üç durumda⁴⁵ vazgeçilmektedir⁴⁶: İlki hakkaniyet sorumluluğu olarak isimlendirilir ve fail ile mağdurun ekonomik durumları karşılaştırılarak zararın mağdura bırakılmasının hakkaniyete aykırı olduğu düşüncesine dayanır⁴⁷. Olağan/basit sebep sorumluluğu şeklinde tezahür eden ikinci durumda, failin sorumluluğu açısından kusur şartından vazgeçilmekte, sorumluluk davranışın gerçekleştirilmesi sırasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmemiş olduğu varsayımına dayanılmaktadır⁴⁸. Ancak bu hallerde kurtuluş kanıtı getirilebilmesine imkân tanınmaktadır⁴⁹.

play.google.com/books/reader?id=A04AWn9Gj9AC&printsec=frontcover&output=reader&hl=tr&pg=GBS.PA1.w.0.0.0.3> s.e.t. 17.10.2015; Keller, Alfred (2002), *Haftpflicht im Privatrecht*, Band: I, Bern, s. 115; Oftinger, Karl & Stark, Emil W. (1995), *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band: I, Zürich, s. 190.

39 Fellmann/Kortmann, s. 187'den naklen.

40 Oftinger/Stark, s. 191.

41 Honsell/Isenring/Kessler, s. 76; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 81; Fellmann/Kortmann, s. 184; Keller, s. 115; Oftinger/Stark, s. 192.

42 Burada ilgili kimsenin mi, yoksa ölçütün de objektifleştirilmesi için, hipotetik ortalama insanın mı dikkate alınacağı konusunda bkz. Fellmann/Kortmann, s. 185 vd.; Schwenger, s. 142. İsviçre Federal Mahkemesi, ortalama bir insanın göstermesi gereken dikkati (Vorsicht eines ordentlichen Mannes) aramaktadır. BGE 11, 56, 61.

43 Fellmann/Kortmann, s. 184; Schwenger, s. 142; Oftinger/Stark, s. 193.

44 Oftinger/Stark, s. 193.

45 Yücel, Özge (2014), *Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu*, Ankara, s. 32; Oğuzman/Öz, s. 135; Kılıçoğlu, s. 307-310. Hakkaniyet sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ozanemre, Hatice Tolunay (2004), *Ayırt Etme Gücünden Yoksunun "Haksız Fiil" Sorumluluğu*, Ankara, <www.acikarsiv.ankara.edu.tr> s.e.t. 17.10.2015.

46 Oftinger/Stark, s. 19.

47 Hatemi/Gökyayla, s. 149; Oğuzman/Öz, s. 135; Antalya, s. 546; Kılıçoğlu, s. 307-310.

48 Oftinger, Karl & Stark, Emil W. (1987), *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band: II/1, Zürich, s. 127.

49 Schwenger'e göre esasında olağan sebep sorumluluğu halinde kusursuz sorumluluktan söz etmek doğru değildir; burada yalnızca ispat yükünün yer değiştirdiği bir kusurlu sorumluluk hali söz konusudur. Schwenger, s. 149, 351. Aynı yönde bkz. Honsell/Isenring/Kessler, s. 8-9; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 95-96. Bu nedenle yazarlar, olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu ayrımının hatalı olduğunu ve terk edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu kusursuz sorumluluk başlığı altında olağan sebep

Üçüncü durumda ise, katı sebep sorumluluğundan söz edilir. Katı sebep sorumluluğunun bir türü olan tehlike sorumluluğunda, somut olayla doğrudan irtibat kurulmaksızın gerçekleştirilen faaliyet ve zararın yüksekliği (ya günlük yaşamda çok sık karşılaşılabilmesi sebebiyle yüksek veyahut karşılaşıma olasılığı düşük olmasına rağmen miktar olarak yükseklik) sebebiyle kişinin zararı öngörebileceği ve bu nedenle sorumlu olduğu kabul edilir⁵⁰. Keza İsviçre hukukunda da devletin kamu görevlilerinin fiilleri sebebiyle sorumluluğu, kamu görevlilerinin kullandığı egemenlik yetkisi ve hukuk devleti ilkesi uyarınca katı sebep sorumluluğunun bir şekli olarak kabul edilmektedir⁵¹. Her iki türde de, yasa koyucu, yalnızca zarar ile fiil arasındaki uygun illiyet bağına dikkate alarak sorumlu süjeyi tespit etmektedir⁵². Katı sebep sorumluluğunun olağan/basit sebep sorumluluğundan en önemli farkı, burada kurtuluş kanıtı getirme imkânının olmamasıdır⁵³.

Dolayısıyla, noterlerin hukukî sorumluluğu düzenlenirken açıkça kusurdan söz edilmemesi, kendiliğinden sorumluluğun kusura dayanmadığı sonucunu doğurmaz. Bilakis, farklı bir unsur ve gerekçe ilave edilememekte ise, sorumluluğun kusura dayandığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle, 162'nci madde lafzında kusurdan söz edilmemesi nedeniyle, noterlerin sorumluluğunun kusura dayanmadığı hipotezi doğrulanamamıştır.

Şu halde ikinci hipotezimiz, 162'nci maddenin salt lafzı yeterli olmasa bile, ruhuyla birlikte yorumlandığında noterlerin sorumluluğu için kusur aranmaz denilebilmesinin mümkün olup olmadığı hususudur. Şayet bu hipotez doğrulanırsa, bu defa kusur ilkesinden vazgeçilmesine ilişkin yukarıda zikredilen üç durumdan hangisinin noterler için geçerli olacağı sorusu gündeme gelecektir.

Yukarıda noterlerin hukukî statüsü açıklanırken de belirtildiği üzere, noterlerin bir kamu hizmeti gördüğü şüpheden uzaktır. Noterlerin işlemlere resmîyet kazandırma konusunda bir tekel haklarının olduğu da yine Kanun'un 1'inci maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla, hazırlanması-

sorumluluğu hallerini düzenlediğinden, hukukumuz açısından bunları birer kusursuz sorumluluk hali olarak inceledik. Widmer de bu belirsizliği anlatmak maksadıyla, olağan sebep sorumluluğunu weder Fisch noch Vogel (ne balık ne kuş) olarak tanımlamaktadır. Fellmann/Kottmann, s. 233'ten naklen.

50 Oftinger/Stark, s. 20.

51 Oftinger/Stark, s. 20.

52 Oftinger, Karl & Stark, Emil W. (1989), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band: II/2, Züri-
ch, s. 2.

53 Oftinger/Stark, II/2, s. 6.

na noterin de katıldığı senet, resmî belge niteliğini haiz olur ve Türk Medeni Kanunu'nun 7'nci maddesi çerçevesinde aksi ispatlanıncaya kadar bu senet içeriğinin doğru olduğu kabul edilir. Bu manada, noterlerin hukukî güvenliği de sağladığı yukarıda belirtildi. Ayrıca göreve başlamaları, görevlerinin **sona ermesi**, hak ve yükümlülükleri de 1512 sayılı Kanun ile kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Keza noterler tarafından düzenleme şeklinde hazırlanan senetlerin para alacağına ilişkin olması durumunda ilâm mahiyetinde belge sayılacağı İcra ve İflâs Kanunu'nun 38'inci maddesinde açıkça öngörülmüştür. Yine 2011 yılında 6217 sayılı Kanun ile yapılan bir ilave ile noterlerin mirasçılık belgesi vermesine imkân tanınmıştır. Noterlerin söz konusu konuları dikkate alındığında, birer kamusal güven kurumu oldukları⁵⁴ ve sorumluluklarının özel ve daha ağır olarak düzenlenmesinin gerektiği şüpheden uzaktır⁵⁵. Zira noterlere tanınan bu statü, onların işlemlerini gerçekleştirirken normalden daha ağır bir sorumluluk rejimine tâbi olmalarını haklı kılmaktadır. **Nart**'ın savunduğu gibi, 162'nci maddenin lafzında *bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlar* ifadesine yer verilmiş olmasının da sorumluluğun tespitinde kusurun arandığı şeklinde yorumlanacağı görüşüne katılmıyoruz. Zira kusursuz sorumluluğun öngörülmüş olduğu hallerde dahi objektif bir özen ve tedbir yükümlülüğünün getirilebileceği kabul edilmektedir⁵⁶. Mevcut ifade de bu şekilde, illiyet bağı çerçevesinde yorumlanmalıdır. Keza kusursuz sorumluluk hallerinin, kusur sorumluluklarından önemli bir farkı da, kusurlu sorumluluk hallerinde, *sorumlu* kınanırken, kusursuz sorumluluk hallerinde *durumun kendisi* hedef alınmaktadır⁵⁷. Noterlerin sorumlu kılındığı 162'nci madde hükmünde de hedef alınan ve kınanan noter değil, kendisine güven duyulan belgedeki aksaklık sebebiyle ortaya çıkan durumdur. Noterin sübjektif bir iradesine dayanarak ona yüklenen bir tazminat sorumluluğu söz konusu değildir. Sorumlu kişi olarak tespit edilen notere, objektif olarak yüklenmiş, objektif bir duruma dayanan sorumluluk mevcuttur. Şu halde noterlerin hukukî sorumluluğunun, kusura dayanmadığının kabul edilmesi yerindedir. Bu noktada cevaplanması gereken soru şudur: Noterlerin sorumluluğunu, kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu hangi hâl içerisinde mütalaa etmek gerekir?

54 Noterlerin hukukî güvenlik kurumu olmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver, s. 2599 vd.

55 Ulukapı/Atalı, s. 220-221; Kartal, s. 352-353; Doğu, s. 22; Tandoğan, s. 84. Aksi yönde bkz. Nart, s. 429; Ünal, s. 50.

56 Koçhisarlıoğlu, Cengiz (1984), "Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 176.

57 Koçhisarlıoğlu, s. 176.

Noterlerin kusursuz sorumluluğunun dayanağının hakkaniyet sorumluluğu olmayacağı şüpheden uzaktır. Zira hakkaniyet sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğunun bütün koşulları gerçekleşmemiş olmasına rağmen⁵⁸, mevcut fiilin sonuçlarına zarar görenin değil, zarar verenin katlanmasının daha hakça ve âdil olacağı düşüncesine dayanmaktadır. Oysa pek çok olayda, noterlerin, zarar görenlere nazaran ekonomik bakımdan daha güçlü olduklarından söz etmek ve daha hakça ve âdildir düşüncesiyle zarardan sorumlu kılmak mümkün değildir.

Bu noktada tartışma, noterlerin hukukî sorumluluğunun, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesine dayanan olağan sebep sorumluluğu olarak mı veya gerçekleştirilen faaliyetin doğası gereği kaçınılmaz olarak zarar tehlikesi yarattığı düşüncesiyle tehlike sorumluluğu içerisinde mi mütalaa edileceği hususunda yapılmalıdır. Söz konusu tartışmanın neticesinde verilen cevap, noterlerin sorumluluktan kurtulabilmek için kurtuluş kanıtı getirebilmelerinin mümkün olup olmadığı sorusunu da etkiler. Şayet olağan sebep sorumluluğu kabul edilirse, noterler kurtuluş kanıtı getirebilirken⁵⁹, tehlike sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması halinde bu imkândan yararlanılamaz. Noterlerin kamu görevlisi olmadıklarına ilişkin tespitimiz ve devletin birinci derecede sorumluluğunun düzenlenmemiş olması, katı sebep sorumluluğunun ikinci türü olan devletin kusursuz sorumluluğuna ilişkin tartışmayı anlamsız kılmaktadır. Bu kısımda olağan sebep sorumluluğu halleri ile tehlike sorumluluğu hallerinin varlık sebeplerinin üzerinde durulması, belirlemeyi kolaylaştıracaktır.

Tehlike sorumluluğunun hukuk politikası bakımından izahı **Oftinger/Stark** tarafından şu şekilde yapılmaktadır⁶⁰: Tehlike sorumluluğu, genel olarak ve sürekli tekrarlanan şekilde tehlikeli durumlara sebebiyet veren faaliyetlerle ilgilidir. Buradaki tehlike, kaçınılmaz biçimde faaliyetin doğasında vardır. Azami bir dikkat gösterilse dahi zarardan kaçınılması mümkün olmayabilir⁶¹.

58 Hiç şüphesiz burada maksadımız kusur unsurunun gerçekleşmemiş olduğu hususudur. Bunun dışında kalan unsurların gerçekleşmesi yine aranır.

59 Bu durumda Kanun'da açıkça kurtuluş kanıtı düzenlenmediği için diğer olağan sebep sorumluluklarında söz konusu olan kurtuluş kanıtlarının kıyasen uygulanması gibi bir durum ortaya çıkar.

60 Oftinger/Stark, II/2, s. 7-11.

61 Hukukumuz açısından Türk Borçlar Kanunu'nun 71'inci maddesinin birinci fıkrasında da aynı esasın kabul edildiği savunulmaktadır. Bkz. Nomer, s. 150. Tehlikeli bir faaliyet ile başkasına zarar ıka eden kimsenin, hiç kusuru olmasa da bu zararı tazmin etmesi gerektiği hakkında bkz. Koçhisarlıoğlu, s. 183.

Bu bağlamda, farklı faaliyetlerin gösterdiği yüksek riskten söz edilmektedir. Normal şartlarda, tehlike doğurabilecek bir davranış sergileyen kimse, zararın ortaya çıkmaması için gerekli önlemleri almalıdır. Yeterli önlem alınabilmesi mümkün değilse, o faaliyetten vazgeçmelidir. Ancak sürekli⁶² tehlike yaratan bazı davranışların gerçekleştirilmesi ekonomik hayat ve genel olarak toplumun refahı için ihtiyaç teşkil eder. Bu noktada, genel sorumluluk hukuku ile toplumun ihtiyaçları çatışmaktadır. İşte hukuk sistemi, söz konusu faaliyetlerin gerçekleştirilmesine, tehlikelerine rağmen müsaade eder; fakat ortaya çıkacak zararı da faaliyeti gerçekleştirene yükler⁶³. Toplumsal menfaat ile bireysel zarar tehlikesi arasındaki çatışma, tehlike sorumluluğuna ilişkin hükümle çözülmektedir⁶⁴.

Hülasa, tehlike sorumluluğundan söz edebilmek için toplumsal menfaat gereği gerçekleştirilen ve kaçınılmaz olarak zarar riski barındıran bir faaliyet mevcut olmalıdır.

Olağan/basit sebep sorumluluğu halleri de şu şekilde izah edilmektedir⁶⁵: Olağan sebep sorumluluğu hallerinde tehlikeli bir işletme yahut faaliyete ihtiyaç yoktur. Yasa koyucu, kusurlu sorumluluktan daha katı bir ölçüt getirerek, zarar veren kimsenin sorumlu olacağını düzenledikten sonra, sorumluluktan kurtulmayı gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi şartına bağlamıştır⁶⁶.

Bu çerçevede olağan sebep sorumluluğu halleri ile tehlike sorumluluğu hallerinin farkı iki esas üzerine belirlenmiştir. Birincisi, olağan sebep sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde tehlikeli bir işletme veya faaliyet koşulu aranmaz. İkincisi, olağan sebep sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde, failin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı vardır.

62 Faaliyetin tekrarlanmasının şart olmadığı hakkında bkz. Yücel, s. 116.

63 Yasa koyucunun teknik gelişmeler sebebiyle ortaya çıkan zarar tehlikesine bir reaksiyonu olduğu hakkında bkz. Honsell/Isenring/Kessler, s. 195. Tehlike sorumluluğunu izahı için ileri sürülen ve kanaatimizce birbirinden türetilen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Jaun, Manuel (2007), Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Bern, s. 261-307; Yücel, s. 46-51.

64 Latince ifade edilen cuius commodum eius periculum ilkesinin gereği olarak fayda - menfaat prensibinin sonucu olduğu hakkında bkz. Honsell/Isenring/Kessler, s. 195. Yine meselelerin riskli duruma hâkimiyet gereği olduğu, sorumluluğun, riski en iyi taşıyana yükleme gereğinin bir sonucu olduğunu da belirtmiştir. Honsell/Isenring/Kessler, s. 195.

65 Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 94; Fellmann/Kottmann, s. 234.

66 Bu sebeple aslında yalnızca bir sınırlı kusurlu sorumluluk hali olduğu yönünde bkz. yuk. dn. 47. Olağan sebep sorumluluğunun tehlike sorumluluğu ile kusurlu sorumluluk arasında kalmış, evrimin bir fosili (Evolutionsfossilien) olduğu hakkında bkz. Fellmann/Kottmann, s. 233.

Noterlerin işlemleri gerçekleştirirken uymakla yükümlü olduğu kural- lar ve göstermeleri gereken özen, 1512 sayılı Kanun'da ve ilgili yönetmelikte düzenlenmiştir. Noterlerin gerçekleştirdikleri faaliyetin niteliği ve yukarıda belirtildiği üzere⁶⁷, onların hukuki güvenlik kurumu olmaları ise dikkate alma- mız gereken bir diğer vaki'dir. Bu noktada, acaba noterlerin kusursuz sorumlu olmaları göstermiş oldukları faaliyetin niteliği ve statüleri gereği mi yoksa gös- termeleri gereken dikkat ve özenle mi ilgilidir sorusu akla gelir.

Tehlike sorumluluğunun hukukî temeli dikkate alındığında, noterle- rin faaliyetlerinin çok sık veya yüksek miktarda zarar tehlikesi içeren ve fakat topluma faydalı olduğu için yasa koyucu tarafından müsaade edilen bir tür faaliyet olması şartıyla noterlerin sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olduğu sonucuna varılabilir. Aksi takdirde, kusursuz sorumlu olmasını kabul ettiğimiz noterlerin sorumluluğunun, bir olağan sebep sorumluluğu olduğunu kabul etmek gerekir.

Hazırlanmasına noterlerin katılmış olduğu senetlere tanınan kudret, bunlarda rastlanabilecek bir gerçeğe aykırılık durumunda çok ciddi zararların ortaya çıkmasına sebebiyet verir. Her gün binlerce işlem yapan noterlerin bu faaliyeti neticesinde hem çok sık hem de yüksek miktarlarda zarar tehlikesi vardır⁶⁸. Nitekim bu sebeple noterler açısından yaygın şekilde meslekî sorum- luluk sigortası uygulamasına rastlanılmaktadır. Zarar tehlikesi sebebiyle Tür- kiye Noterler Birliği tarafından *Hukukî Sorumluluk Fonu* adı altında bir fon da tesis edilmiştir⁶⁹. Gerçekten noterin işlemi sebebiyle ortaya çıkabilecek zararın üst sınırını tespit edebilmek mümkün değildir. Örneğin, noter tarafından ha- zırlanmış bir vekâletnameye dayanarak belki milyonlarca lirayı bir taşınmazı satın almak için ifa eden bir kimse, söz konusu belgenin sahte çıkması halinde hem taşınmazın mülkiyetini kazanamaz⁷⁰ hem de muhtemelen sahte belgenin hazırlanmasına katılan kimselere bir daha ulaşamayacağı için parasını kaybe- der. Üstelik her bir noter işlemi benzer tehlikeyi barındırır. Ancak hukukî gü- venlik ihtiyacı sebebiyle, noterlerin bu işlemleri yapmasından vazgeçilmesi de düşünülemez. Noterlerin hazırlanmasına katılmış oldukları belgeye tanınan güvenden ötürü, gerçeğe aykırı belgelerden doğan tehlike de 162'nci madde ile noterlere yüklemiştir.

67 Bkz. yuk. B.1.

68 Tandoğan, s. 85.

69 Aslan Düzgün, s. 501.

70 Burada tapu siciline değil noterin hazırlamış olduğu belgeye güvenileceği için Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde iyi niyetle mülkiyetin kazanılması da mümkün değildir. Bu konuda bkz. Oğuzman, Kemal & Seliçi, Özer & Oktay-Özdemir, Saibe (2006), Eşya Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, s. 196 vd.

Her ne kadar tehlike sorumluluğunu genel olarak düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 71'inci maddesi önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinden⁷¹ söz ettiği için zikredilen genel tehlike sorumluluğu hükmünün uygulanabilmesine imkân yoksa da, bu husus noterlerin sorumluluğunun, tehlike sorumluluğunun özel bir hâli olduğunu kabul etmeye bir engel de teşkil etmez.

Kanaatimizce, hazırlanmasına noterin katılmış olduğu işlemlere tanınan kudret ve bu işlemlerde mevcut hatalar sebebiyle ortaya çıkabilen ciddi zararlar, noterlerin faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyet kapsamında değerlendirilmesine imkân tanımakta ve tehlike sorumluluğunun hukukî temeli olarak izâh edilen görüş ile örtüşmektedir. Öte yandan, taşınmaz satımına dair yukarıda incelediğimiz örnek tam da bu noktada iki güven kurumunun ortaya çıkan zararlar karşısında konumunu ortaya koymakta ve sorumluluğun tespiti için yol göstermektedir. Şöyle ki, tapuda gerçekleştirilen söz konusu işlem sebebiyle zarar görenler, uygun illiyet bağı konusunda bir sorun olmadığı durumda, tapu siciline güven ilkesi çerçevesinde Türk Medeni Kanunu'nun 1007'nci maddesi uyarınca devletin sorumluluğu yoluna gider. Sahte vekâletname sebebiyle uygun illiyet bağının kesildiği hallerde ise, bu defa güven duyulan husus, söz konusu vekâletnameyi hazırlayan noterdir ve onun sorumluluğu yoluna gidilir. Şu halde, bu iki grubun farklı bir sorumluluk rejimine tâbi tutulmaması gerekir. Başka bir anlatımla, illiyet bağının kesilmediği hallerde tapu siciline duyduğu güven sebebiyle devletin sorumluluğuna giden taraf, bağın kesilmiş olduğu halde, bağın kesilmesine sebep olan ve kamunun verdiği kudret yüzünden doğruluğuna güvendiği noter senedi sebebiyle zarara uğramakta ve belgeyi hazırlayan noterin sorumluluğu yoluna gitmektedir. Tapu memurlarının sorumluluğunun niteliği hususu ise, tartışmalı olmakla beraber⁷², geniş anlamda tehlike sorumluluğu içerisinde değerlendirilmektedir⁷³. Şu halde noterlerin sorumluluğu açısından da aynı çözüm

71 Oğuzman/Öz, s. 191; Akkayan-Yıldırım, s. 208. Söz konusu hükmün, tasarıdaki halinde olduğu gibi önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyet şeklinde anlaşılması gerektiği hususunda bkz. Ulsan, İlhan (2014), Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denk-leştirilmesi Sorunu, Journal of Yaşar University, Sayı: Özel, Cilt: 8, s. 2899; Yücel, s. 114.

72 Tartışma hakkında bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 129 ve dn. 389'daki yazarlar.

73 Sirmen, Lale (1976), Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara, s. 37 ve s. 39. Aynı yönde bkz. Nomer, s. 129. "Türk Özel Hukukunda kusura dayanmayan sorumluluk hallerinden birisi de Tapu sicilinin tutulmasından Devletin sorumluluğudur. Bu sorumluluğun niteliği ve somut olay yönünden değerlendirilmesine gelince; Devletin "tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğuna" ilişkin olarak, kusura dayanmayan sorumluluk/ağırlaştırılmış sebep/ağırlaştırılmış objektif sorumluluk/tehlike sorumluluğuna ilişkin kurallar uygulanır." HGK, 11.07.2007, 4-422/536 <www.kazanci.com.tr> s.e.t. 9.12.2015.

kabul etmek yerinde olur. Noterlerin sorumluluğunu düzenleyen 162'nci maddenin sorumluluktan kurtuluşa dair bir hüküm içermemesi de, sorumluluğun bir olağan sebep sorumluluğu şeklinde ele alınmasına engeldir.

Hülasa, noterlerin hem kendileriyle işlem yapan kimseler hem de yapılan işlemde zarar görenlere karşı sorumluluğu, tehlike esasına dayanan kusursuz bir haksız fiil sorumluluğudur⁷⁴. Bu çerçevede, noterlerin sorumluluklarının, kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle de ortadan kaldırılması mümkün değildir⁷⁵. Ancak haksız fiilin diğer unsurları olan zararın, fiilin, uygun illiyet bağının ve hukuka aykırılığın gerçekleştiği ortaya konulmalıdır.

E. NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU HUSUSUNDA YARGITAY UYGULAMASI

Yukarıda ifade edildiği üzere, Yargıtay'ın görüşü, noterlerin sorumluluğunun dayanağının haksız fiil hükümleri çerçevesinde kusursuz sorumluluk olacağı yönündedir. Ancak kararlar incelendiğinde, meselenin, yüksek mahkeme tarafından açıkça zikredilmese ve kurtuluş kanıtı getirme imkânının olmadığı belirtilse de olağan sebep sorumluluğu şeklinde ele alındığı sonucunu doğuran bir içtihat ile karşılaşılmaktadır.

Kararlarda temel tartışma, noterin fiili –senedin düzenlenmesi– ile zarar arasında uygun illiyet bağının mevcut olup olmadığı noktasında yapılmaktadır⁷⁶.

Uygun illiyet bağı, mücbir sebep, zarar görenin fiili veya üçüncü kişinin fiili ile kesilebilir⁷⁷. Yargıtay uygulamasında illiyet bağının kesilmesi noktasında üçüncü kişilerin fiilleri değerlendirilirken **aldatma kabiliyeti** dikkate alınmaktadır. Nitekim Hukuk Genel Kurulu 2013 yılında verdiği bir kararında⁷⁸,

74 Nomer de gerekçesini tartışmaksızın tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu halleri örnek olarak saymış ve noterlerin sorumluluğuna da bu listede yer vermiştir. Bkz. Nomer, s. 131.

75 Aksi yönde, noterlerin kurtuluş kanıtı getirebilmeleri hakkında bkz. Aslan Düzgün, s. 494; Nart, s. 432; Ünal, s. 50 ve Özbek, 2013, s. 107, dn. 146'da yer alan yazarlar.

76 “Teoride ve uygulamada mücbir sebep, zarar görenin tam veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile illiyet bağı kesilir, bu üç olgudan birinin bulunması hâlinde kusursuz sorumlu kimse de sorumluluktan kurtulacaktır.” HGK, 06.12.2013, 4-335/1654; Aynı yönde HGK, 06.03.2013, E. 2012/4-800, K. 2013/322; 3. HD, 29.01.2013, E. 2012/18267, K. 2013/1297; 11. HD, 21.12.2006, 12186/13739; 4. HD, 03.04.2006, 1956/3585; 4. CD, 28.06.2006, 4237/13244 <www.kazanci.com.tr> s.e.t. 17.11.2015.

77 Oğuzman/Öz, s. 48 vd.; Kılıçoğlu, s. 299-300.

78 HGK, 06.12.2013, 4-335/1654 <www.kazanci.com.tr> s.e.t. 17.11.2015.

“zarar doğuran işlem veya eylemde **aldatma (iğfal) kabiliyetine** sahip bir kimlik veya belgenin kullanılması hâlinde noterin sorumluluğunun doğmayacağı”nı belirtmiştir. 4. Hukuk Dairesi⁷⁹ de benzer şekilde, **somut olayda iğfal kabiliyeti bulunan** “nüfus cüzdanı kullanan üçüncü kişinin bu eylemi ile illiyet bağı kesilmiştir” şeklinde karar vermiştir⁸⁰.

Yargıtay’ın yukarıda ifade edilen kararları dikkate alındığında, yüksek mahkeme tarafından noterlerin sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu şeklinde kabul edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Zira aldatma kabiliyetini arayan mahkeme, her ne kadar illiyet bağının kesilmesinden söz etse de, esasen noterlere bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı da tanımaktadır. Zikredilen kararlar dikkate alındığında, noter, gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ortaya koyacak olursa, ortaya çıkan zararlar açısından artık noterlerin

79 4. HD, 03.04.2006, 1956/3585 <www.kazanci.com.tr> s.e.t. 17.11.2015.

80 Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. “Yerleşmiş Yargıtay uygulamalarına göre, (Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 2009/186 E-2010/1935 K, 2010/11189 E-2011/13731 K. sayılı ilamları) belgenin sahteliği noteri sorumluluktan kurtarmayacağı açıktır. Ancak, bu sahte belgenin iğfal kabiliyeti bulunduğu takdirde noterin sorumluluktan kurtulacağı bilinmelidir.” 3. HD, 16.01.2013, E. 2012/19303, K. 2013/372; “belgelerin asılları getirtilip, bilirkişi incelemesi yaptırılarak, belgelerin iğfal kabiliyeti olup olmadığı konusunda rapor alınarak, oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” 3. HD, 15.01.2013, E. 2012/22069, K. 2013/194; “dolandırıcılık suçundan yapılan soruşturmanın dosyasından da yararlanılarak notere sunulan belgelerin aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir.” 3. HD, 03.12.2012, 20157/24792; “dava konusu olayda, davalı Mudanya Noterliğinde düzenlenen vekaletnamenin sahte olduğu zira, M. Ö. ait sürücü belgesi kullanılarak adına vekaletname düzenlenip dava dışı T.D. isimli şahsın vekil olarak atandığı, akabinde T.D.’nin bu vekaletnameyle Bursa 14. Noterliği tarafından düzenlenen kafi araç satış sözleşmesiyle aracı davacıya sattığı, satıştan sonra aracın gerçek sahibine teslim edilmesiyle davacının zararının doğduğu belirlenmiştir. Vekaletname düzenlenmesinde kullanılan ve ne şekilde ele geçirildiği anlaşılamayan sürücü belgesinin M.Ö. adına kullanıldığının sabit olmasına, M.Ö.’ye ait kimlikteki imzayla vekaletnamedeki imza arasında farklılık bulunmasına göre, davalılarca da vekaletname düzenlenmesi sırasındaki işlemlerin yasayla genelgelere uygun gerçekleştirildiği ve davaya konu vekaletnamenin gerçeğe aykırılığı belirlenmeyen ve üçüncü kişi tarafından sürücü belgesi kullanılarak gerçekleştirildiğinin savunulması karşısında, davalıların zararla nedensellik bağının kesildiğine dair savunması denetime elverişli bir şekilde yeterince değerlendirip tartışılarak, davalı noterlerin sorumlu oldukları sonucuna varılırsa davalı sigorta şirketinin de hukuki mali mesuliyet sigorta poliçesi gereği sorumlu olabileceği dikkate alınarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle hüküm kurulması doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.” 11. HD, 21.05.2012, 4425/8488; “üzerine düşen gerekli özeni gösterdiğini kanıtlayan, onun kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıracı bir delil de bulunmamaktadır.” 4. HD, 22.12.2011, 14720/13945; “Bu belgelerden aldatma yeteneğinin bulunması durumunda, 3. kişinin suç oluşturan bu eylemi nedensellik bağına keseceğinden, işlemi yapan noter kusursuz olarak da sorumlu tutulamaz.” 4. HD, 09.02.2010, E. 2009/7021, K. 2010/1034 <www.kazanci.com.tr> s.e.t. 17.11.2015.

aldatıldığından söz edilir ve sorumlulukları gündeme gelmez. Bu somut olayın özelliğine göre, kurtuluş kanıtı şeklinde de illiyet bağının kesilmesi şeklinde de tezahür edebilir. Bu noktada kararlarda hem noterin yalnızca gerekli dikkat ve özeni göstermesinin yettiği –kurtuluş kanıtı– hem de göstermiş olsaydı dahi yine de zararın doğacak olması –illiyet bağının kesilmesi–, açıkça zikredilmese bile sorumluluktan kurtulunabilmesi için kabul edilmektedir. Başka bir anlamla, yüksek mahkeme, yalnızca objektif özen yükümlüğünün ihlali ile zarar arasındaki illiyet bağının kesilmesini değil, gerekli özenin gösterilmesini de sorumluluktan kurtulma gerekçesi olarak ifade etmektedir ki ilki gerçekten illiyet bağının kesilmesi ile ilgiliyken, ikincisi kurtuluş kanıtı getirilmesi suretiyle sorumluluktan kurtulmak manasına gelir. Hatta Yargıtay 2015 tarihli bir kararında⁸¹ “*noter işlemi gözle görülebilecek bir sahteliğe rağmen devam ettirmişse*” şeklinde bir ifadeye yer vermiştir ki, söz konusu tanımlama noterlerin adeta sadece ağır kusurlarının olması durumunda sorumlu olabilecekleri şeklinde anlaşılmaya müsaittir.

Kanaatimizce, illiyet bağının kesildiği hallerde noterlerin sorumlu olmayacağı hususu şüpheden uzaktır. Nitekim haksız fiilin diğer unsurlarının aranması gerektiği de yukarıda belirtildi. Dolayısıyla sorumluluğuna gidilen noter, zararın her halükarda ortaya çıkacağını ispatlayabilmekte ise sorumluluktan kurtulmalıdır. Ancak, gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen sunulan belgelerin aldatma kabiliyetinden hareket edilmesi hali, esasen kurtuluş kanıtı getirilmesine imkân tanınması anlamına gelir. Noterlerin sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olduğunun kabulü karşısında, söz konusu netice kabul edilemez. Örneğin, noterle işlem yapmayan üçüncü kişinin noterin sorumluluğuna gittiği olaylarda, noterin, kendisi ile işlem yapan kimsenin aldatıcı fiili sebebiyle sahte senedin ortaya çıktığı gerekçesine dayanabilmesi halinde, noterlerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna dair 1512 sayılı Kanun’un 162’nci maddesi neredeyse uygulanamaz hale gelir. Zira olayların pek çoğunda, zikredilen aldatıcı faaliyete girişilmiş olacaktır. Bu ise noterlerin hukukî statüsü ve onlar hakkında öngörülen sorumluluk rejimi ile bağdaşmaz. Bu sebeple, Yargıtay’ın zikredilen kararlarına konu gerekçelerinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

81 3. HD, 26.05.2015, 3587/9501 <www.kazanci.com.tr> s.e.t. 9.12.2015.

III. SONUÇ

Noterlerin, gerçekleştirmiş oldukları faaliyetler sebebiyle zarar gören üçüncü kimselere karşı sorumluluğunun incelendiği bu çalışmada şu sonuçlara ulaşılmıştır:

Noterler, yalnızca kendileri ile işlem yapan kimselere karşı değil, yapmış oldukları işlemlerden zarar gören herkese karşı sorumludur.

Noterlerin sorumluluğu açısından, onların hukukî statüsü de dikkate alındığında, haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerekir.

Noterlerin hizmet ettikleri amaç, sahip oldukları hak ve yetkiler ile hukukî statüleri dikkate alındığında, 1512 sayılı Kanun'un 162'nci maddesinin ifadesinden bağımsız olarak kusur aranmaksızın sorumlu olduklarının kabul edilmesi gerekir.

Noterlerin kusursuz sorumluluğu, önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyet gerçekleştirmeleri ve uygulama dikkate alındığında, tapu memurlarının sorumluluğuna ilişkin "güven duygusu" ile aynı temele dayanmaktadır. Bu nedenle bir tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilmelidir. Bunun neticesi olarak kurtuluş kanıtı getirebilmeleri mümkün olmamalıdır.

Noterlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, her ne kadar yüksek mahkemece illiyet bağının kesileceği hallerden bahsedilerek noterin işlemi yapmasına sebep olan belge ve fiillerin aldatma kabiliyetinden söz edilmekte ise de, objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin öte, adeta gerekli özenin gösterilmesini yeterli kabul ederek kurtuluş kanıtı getirilmesine imkân tanındığı görülmektedir. Aldatma kabiliyetine ilişkin ölçüt, adeta üçüncü kişilerin noterlere müracaatını olanaksız kılmaktadır ki, esas itibarıyla durumu hedef alan ve kınayan söz konusu sorumluluk rejimi içerisinde, bu sonucun kabul edilebilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Akkayan-Yıldırım, Ayça (2012), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı:1, Cilt: LXX, s. 203-220.

Antalya, Gökhan O. (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I, İstanbul.

Aslan Düzgün, Ülgen (2013), Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1-2, Cilt: XVII, s. 491-512.

Doğu, Engin (1979), Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence, Yargıtay Dergisi (1979), s. 586, < <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/yrgergi/Temmuz1979/Temmuz1979/assets/basic-html/page165.html> > s.e.t. 7.10.2015.

Eren, Fikret (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara.

Evren, Çınar Can (2011), Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 95, s. 175-196.

Fellmann, Walter & Kottmann, Andrea (2012), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band: I, Bern.

Gözübüyük, Şeref & Tan, Turgut (2014), İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt: 1, 10. Baskı, Ankara.

Günday, Metin (2011), İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara.

Hatemi, Hüseyin & Gökyayla, Emre (2015), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul.

Hogl, Peter (2015), Notarhaftung, Waldner, Wolfram (2015), Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Baskı, München.

Honsell, Heinrich & Isenring, Bernhard & Kessler, Martin A. (2013), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich.

Jaun, Manuel (2007), Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Bern.

Kapsa, Bernhard (2015), Haftung für Amtspflichtverletzungen, Haag, Kurt (2015), Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts, 27. Baskı, München.

Kartal, Bilal (1998), Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk, Yargıtay Dergisi, <<http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/yrgdergi/Temmuz1998/Temmuz1998/assets/basic-html/page120.html>> s.e.t. 7.10.2015.

Keller, Alfred (2002), Haftpflicht im Privatrecht, Band: I, Bern.

Kılıçoğlu, Ahmet (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz (1984), Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 175-305.

Kurt, Leyla Müjde (2014), Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Cilt: XVIII, s. 85-118.

Meriç, Nihat (1994), 1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi İle İlgili Düşünceler, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 83, s. 39-42.

Nart, Serdar (2009), Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: Özel, Cilt: 11, s. 425-452.

Nomer, Haluk N. (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, İstanbul.

Oftinger, Karl & Stark, Emil W. (1995), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band: I, Zürich.

Oftinger, Karl & Stark, Emil W. (1987), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band: II/1, Zürich.

Oftinger, Karl & Stark, Emil W. (1989), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band: II/2, Zürich.

Oktay-Özdemir, Saibe (2007), Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, s. 693-714.

Oğuzman, Kemal & Öz M. Turgut (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 10. Baskı, İstanbul.

Oğuzman, Kemal & Seliçi, Özer & Oktay-Özdemir, Saibe (2006), Eşya Hukuku, 11. Baskı, İstanbul.

Ozanemre, Hatice Tolunay (2004), Ayırt Etme Gücünden Yoksunun “Haksız Fiil” Sorumluluğu, Ankara, <www.acikarsiv.ankara.edu.tr> s.e.t. 17.10.2015.

Özbek, Mustafa Serdar (2013), Noter Senetlerinde Sahtelik, İkinci Baskı, Ankara.

Özbek, Mustafa Serdar (2002), Noter Senetlerinde Sahtelik Halinde Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Yargıtay Dergisi, <<http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/dergi/yrgergi/Ekim2002/Ekim2002/assets/basic-html/page168.html>> s.e.t. 7.10.2015.

Özüarı, Ruhi (1987), Açıklamalı Noterlik Kanunu, Üçüncü Baskı, Ankara.

Peters-Lange, Susanne (1997), Notarhaftung für Unterhaltspflichten nach Ehescheidung?, Deutsche Notar-Zeitschrift, Sayı: 8, s. 595-615.

Pletter, Andrej (2009), Verschulden als Grundlage der Haftung, <<https://play.google.com/books/reader?id=A04AWn9Gj9AC&printsec=frontcover&output=reader&hl=tr&pg=GBS.PA1.w.0.0.0.3>> s.e.t. 17.10.2015.

Pulaşlı, Hasan (1983), Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 39, s. 10-16.

Schnyder, Anton K. & Portmann, Wolfgang & Müller-Chen, Markus (2013), Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich.

Schramm, Sabine (2011), Amtspflichtverletzung, Bracker, Ulrich (2011), Bundesnotarordnung, 9. Baskı, Münih.

Schwenzer, Ingeborg (2009), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern.

Serozan, Rona (1968), Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı:3, Cilt:2, s. 108-129.

Sirmen, Lale (1976), Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, Ankara.

Tandoğan, Haluk (1981), Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara.

Tanrıver, Süha (2013), Bir Hukuki Güvenlik Kurumu Olarak Noterlik ve Noterlerin Denetimi Üzerine Bazı Düşünceler, Journal of Yaşar University, Sayı: Özel, Cilt: 8, s. 2599-2606.

Tanrıver, Süha (2011), Noterlerin İşlevleri Alanında Yeni Gelişmeler, Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler, Ankara.

Tanrıver, Süha (2005), Avrupa Birliği Ülkelerinde Noterlik ve Noterlik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın Getirdikleri, Makalelerim – I, Ankara.

Ulukapı, Ömer & Atalı, Murat (2013), Noterlik Hukuku, Üçüncü Baskı, Konya.

Ulukapı, Ömer (1997), Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Noterlik Hukuku Sempozyumu I-II, Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları No: 1, Ankara, s. 65-85.

Uluslan, İlhan (2014), Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu, Journal of Yaşar University, Sayı: Özel, Cilt: 8, s. 2897-2905.

Ünal, Mehmet (1999), 1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi (Noterlerin Hukuki Sorumluluğu), Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 101, s. 48-53.

Yücel, Özge (2014), Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara.

REKABET KURALLARININ YER BAKIMINDAN UYGULANMASI

Yrd. Doç. Dr. Agâh Kürşat KARAUZ*
Arş. Gör. Halil Alperen IŞIK**

ÖZET

Ülkelerin koyduğu hukuk kurallarının öncelikle kendi sınırları içerisinde gerçekleşen olaylara uygulanması temel kuraldır. Ancak bazı fiiller her ne kadar ülke sınırları dışında gerçekleşmiş olsa da etkilerinin ülke sınırları içerisinde gerçekleşmesi mümkündür. İşte, rekabet hukuku kurallarının da bu sebeple ülke sınırları dışarısında gerçekleşen rekabet ihlallerine uygulanması mümkündür. Özellikle günümüzde ticaretin küreselleşmesi, çok uluslu şirketlerin varlığı ve iletişim araçlarının da etkisi ile ülke dışında gerçekleşen fiillerin ticari etkileri ülke sınırları içerisinde de görünmektedir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet hukuku kuralları, ülke dışı uygulama, etki prensibi.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı.

TERRITORIAL SCOPE OF APPLICATION OF COMPETITION RULES

ABSTRACT

Legal rules which regulated by states firstly apply the events within their borders. But although some acts have occurred outside the country though, their effects occur within national boundaries. Therefore, competition rules can be apply breaches of competition which occurred outside crossing country borders. Especially nowadays, commercial impacts of the occurred breaches of competition outside the country have also revealed because of the globalization of trade, multinational companies and communication tools.

Keywords: Competition law rules, extraterritorial application, effect principle.

I. GİRİŞ

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da¹ (RKHK), mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış olarak ifade edilen rekabet kavramı, rekabet ihlalleri karşısında etkin bir korumaya ihtiyaç duymaktadır. Bu koruma sağlanırken belirlenmesi gereken ilk husus kanunun 2. maddesinde de belirtildiği üzere korumanın yer, konu ve kişi bakımından kapsamının belirlenmesidir. Bu açıdan sağlıklı bir rekabet ortamının hüküm sürebilmesi için öncelikle dikkate alınması gereken nokta, koruyucu düzenlemelerin yer bakımından kapsamının tayin edilmesidir. Rekabet kanunlarının uygulanmasında ana kural, her ne kadar bu kanunların, etki doğurması istenen alanlarda yani kanunları ihdas eden kurumların hukuki egemenlik sahalarında uygulanması ise de, bu kural- ların ilgili alanlar dışında da uygulanma imkânı bulabileceği açıktır.

Bu çalışmada öncelikle rekabet kanunlarının yer bakımından uygulan- masında kural olarak kanunların mülkiliği prensibi ele alınacaktır. Bu bağlam- da rekabet kanunlarının yer bakımından uygulanmasında iç hukukumuzun öngördüğü prensipler incelenecek, ardından bunun istisnasını oluşturan, ka- nunların ülke dışı uygulanması, Türk, Avrupa Birliği (AB) ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukuklarındaki yasal düzenlemeler ve ilgili rekabet otorite- lerinin uygulamaları bakımından değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

II. REKABET KURALLARININ YER BAKIMINDAN UYGULAN- MASINDA BAŞVURULAN PRENSİPLER

A. MÜLKİLİK PRENSİBİ

Devlet kavramının olmazsa olmazlarından olan ülke, egemenlik ve yar- gı arasında üçayaklı bir ilişki vardır. Devlet olmak için belirli bir coğrafi bölge, egemenlik yetkisi ve bu yetki anlamında kendi sınırları içerisinde kişiler ve olay- lar üzerinde yargılama yetkisi gerekir². Özellikle davranış ile belirli bölgedeki olgusal etkiler ve bağlantılar, devletin hukuk yapma yetkisini belirler. Günü- müzde ise bir ülkenin yargılama yetkisinin belirlenmesinin bölgesel faktörlere bağımlı olması sorgulanmaya başlamıştır³. Bunun sebebi, dünya ekonomisin- de oldukça kısa bir sürede meydana gelen dramatik değişikliklerdir.

1 07/12/1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun için bkz. RG. 13/12/1994-22140.

2 Buxbaum, Hannah L (2009), "Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict", The American Journal of Comparative Law, Number 3, Volume 57, s. 631-675, s. 632.

3 Buxbaum, s. 632.

Devlet kontrollü ekonomilerin ortaya çıkardığı pazar şartları, yasal tekel şirketleri azalttı veya tamamen ortadan kaldırdı, yerine ülkelerin iç pazarında yabancı şirketler ve yatırımcıların sayısı arttı⁴. Günümüzde dünya çapında faaliyet gösteren çok uluslu şirketlerin sayısı oldukça fazladır. Bu gelişmeler, uluslararası ticaretin gelişmesine katkı sağladığı gibi; rekabet hukuku sistemi-ne de önemli bir meydana okuma anlamına geliyordu. Günümüzde, karteller ve rekabete aykırı davranışlar, milli sınırlar içerisinde kısıtlanmış değildir. Mesela, birkaç üretici bir araya gelerek dünyada önemli etkiler doğurabilmektedir. OPEC petrol birliği, bunun tipik göstergesidir⁵. Bunun haricinde, Google arama motoru gibi küresel nitelikte olduğu tartışmasız bir firma, rekabet hukuku kapsamında birçok ülke mahkemesine (ABD, AB, Hindistan gibi) konu olmuştur⁶.

Devletler mülklik prensibini uygularken iki türlü yaklaşım içerisindedirler. Bunlardan ilki subjektif bölge prensibine göre, fiilin gerçekleştiği yerde devletin yargılaması yetkisi söz konusudur⁷. Ancak objektif bölge prensibinde, fiilin yapıldığı yer değil onun tamamlandığı yani sonuçlarını doğurduğu yer önemlidir⁸. Bu prensip sonucunda, her ne kadar fiilin unsurları ülke dışında gerçekleşmiş olsa da ülke içinde ortaya çıkan sonuçlardan dolayı devletin yargılama yetkisi söz konusudur.

1. Türk Hukuku

RKHK, sistematik açıdan bu kanunun yer bakımından uygulanmasında, kapsam başlıklı 2. maddesinde “ Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren...” ifadesini kullanmakla uygulamada asıl hedeflenen amacın, iç piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu açıdan kanunun asıl uygulama alanı, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarıdır⁹.

4 Whish, Richard&Bailey, David(2012), *Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, s. 518.

5 Whish&Bailey, sh. 519.

6 Whish&Bailey, sh. 519.

7 Guzman, Andrew T (ed.) (2010), *Cooperation, Comity and Competition Policy*, Oxford, Oxford University Press, s. 100.

8 Guzman, s. 100; Bu prensip tartışmalı olmakla beraber, ekonomi hukuku alanında bu prensibin uygulanması rekabet dışı uygulamaların ve fiillerin diğer devletlere etkisinden dolayı meşrudur. Bkz. Whish&Bailey, s. 250.

9 İnan, Nurkut &Piker, Mehmet B (2007), *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 3. ; Aslan/İ. Yılmaz (2007), *Rekabet Hukuku (Teori, Uygulama ve Mevzuat)*, 4. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, s. 97.

Mülkilik prensibi uyarınca Rekabet Kurulu, RKHK m. 2’de belirtildiği üzere “rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar ” üzerinde işlem ve takip yapmaya yetkilidir. Bu açıdan RKHK uyarınca, Rekabet Kurulu, rekabetin korunması için ülke sınırları içerisinde faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin faaliyetlerini, bu kanun kapsamında değerlendirmeye alabilecektir.

2. AB Hukuku

AB hukuku açısından rekabet kanunlarının uygulama alanı, Lizbon Antlaşması olarak adlandırılan Avrupa Birliği’nin İşleyişine İlişkin Antlaşma’nın (Consolidated Version Of The Treaty on the Functioning of the European Union¹⁰) 101. maddesine göre belirlenmektedir. İlgili madde “Üye devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır.” ifadesine yer vermektedir. Bu açıdan Lizbon Antlaşması’nın 101. maddesinin kapsam açısından iç pazar olarak adlandırılan Avrupa Ekonomik Bölgesi’nde (European Economic Area) uygulanacağı ifade edilmektedir¹¹.

Avrupa Birliği her ne kadar kavramsal olarak bir ülkenin özelliklerini taşımasa da adı geçen mülkilik (ülkesellik) prensibi, birliğin üyeleri arasındaki rekabet kurallarını ihdas eden düzenlemeleri¹² gereğince mülkilik prensibinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanı sıra ortak pazardaki rekabetin bozulmaması için alınan tedbirlerin, birlik çapında birlik kurumları, üye ülkeler açısından da kendi yargı organları tarafından uygulanabilme kabiliyetine sahip olması, birlik hukuku açısından mülkilik prensibinin başka bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır¹³.

10 Avrupa Birliği’nin İşleyişine İlişkin Antlaşma için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:en:PDF>> e.s.t. 29.10.2015.

11 Tekinalp, Gülören&Tekinalp, Ünal (2000), Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul, Beta, s. 383; Jones, Alison& Sufrin, Brenda (2011), EU Competition Law (Text, Cases, and Materials) , 4th. Ed., Oxford, Oxford University Press, s.115; Lenaerts, Koen& Van Nuffel, Piet (2011), European Union Law, 3rd. Ed., London, Sweet&Maxwell, s. 357; Can, Hacı (2008), Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku, Ankara, Adalet, s. 378.

12 Lizbon Antlaşması’nın 101-106 ncı maddeleri.

13 Ateş, Mustafa (2003), “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Normlarının Üye Ülkeler Düzeyinde Uygulanması”, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt 3, Sayı 3, s.11-42, s. 14; Sproul, Gillian, “AB Rekabet Hukuku”, Editör Belirtilmemiş (2006), Avrupa Birliği Hukuku ve Mevzuatında Önemli Noktalar Sempozyumu, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, s. 232-254, s. 234.

3. ABD Hukuku

ABD hukukunda, Sherman yasasının 1. ve 3. maddelerinde aynı prensip kabul edilmiştir. Buna göre, birden fazla teşebbüs arasında yapılmış olan ve eyaletlerin arasındaki ya da Amerika Birleşik Devletleri ile yabancı devletlerarasındaki ticareti kısıtlayıcı her türlü anlaşma, birleşme (ya da birlikte hareket etme) veya gizli işbirliğinin yasak olduğu belirtilmiş, yani ABD rekabet hukukunda da kanunların öncelikle mülkîlik esasına göre uygulanacağı belirlenmiştir¹⁴.

B. ETKİ PRENSİBİ

1. Kavram

Rekabet hukuku ile ilgili kanuni düzenlemelerin yer bakımından kapsamı konusunda, üzerinde durulması gereken bir diğer husus da etki prensibi (doktrini) dir. Etki prensibinden kastedilen rekabet kanunlarının, bu kanunları ihdas eden kanun koyucuların hâkimiyet alanlarında bulunmayan işletmeleri kapsamları içine almasıdır¹⁵.

Etki doktrini (*effect doctrine*) olarak adlandırılan bu prensip, yabancı ülkelerdeki işadamlarının faaliyetleri ve anlaşmaları hakkındaki yargı kararlarında itici güç niteliğindedir¹⁶. Etki doktrinini, yargısal olarak bir kategoriye koymak mümkün değildir; ancak bunu mülkîlik prensibinin genişletilmiş hali olarak kabul etmek gerekir¹⁷. Etki doktrini kapsamında, devletler, kendi ülkeleri dışında gerçekleşen eylemleri, önemli sonuçlarının kendi ülkesi içerisinde ortaya çıkmasından dolayı yargılama yetkisine sahip olurlar. Bu prensip, modern dünya düzeni ve küresel ekonomik işlemler açısından göz önüne alındığında oldukça gereklidir.

2. Türk Hukuku

Bu prensip, Türk rekabet hukukunda da RKHK ve Rekabet Kurumu tarafından kabul edilmiştir. Zira RKHK m.2’de “ Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları et-

14 <<http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>> s.e.t. 29.10.2015

15 İnan&Piker, s.3; Güven, Pelin (2008), Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 43; Aslan, s. 97.

16 Herdegen, Matthias (2013), Principles Of International Economic Law, Oxford, Oxford University Press, s. 89. Objektif bölge prensibi ile aynı olduğu hakkında bkz. Guzmán, s. 90.

17 Herdegen, s. 90.

kileyen” ifadesi kullanılarak, Türkiye’de faaliyet göstermeyen ancak yaptıkları işlemlerle rekabeti ihlal eden durumlara sebebiyet veren teşebbüslerin de kanunun kapsamı içerisinde olduğu hüküm altına alınmıştır¹⁸. Buna göre, Türkiye’deki mal ve hizmet piyasaları açısından¹⁹ rekabeti ihlal edici davranışlarda bulunan teşebbüsün yurt içinde veya yurtdışında yerleşik olması yahut idare merkezinin Türkiye’de olmaması kanunun uygulanması açısından herhangi bir önem arz etmez. Bu husus madde gerekçesinde de belirtilmiştir²⁰.

Bu bağlamda, rekabetin ihlal edilmesi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin yabancı teşebbüsün Türkiye’de iştiraklerinin ya da distribütörlerinin bulunması yahut teşebbüs şirketler topluluğu şeklinde örgütlenmişse, Türkiye’deki yavru şirketi²¹ tarafından gerçekleştirilecek faaliyetler, teşebbüsü, RKHK’nın 2. maddesi kapsamına sokacaktır. Yine yukarıda belirtildiği şekilde, teşebbüsün Türkiye’de iştiraki, distribütörü olmasa bile, ilgili teşebbüsün mal ve hizmetlerinin Türkiye’deki alıcılar tarafından, yurtdışından alınarak Türkiye’ye getirilmesi yoluyla rekabet ihlali gerçekleşiyorsa (rekabetin engellenmesinden doğrudan etkilenen piyasa kriteri²²) bu durum Rekabet Kurulu tarafından inceleme altına alınabilecektir²³. Bu durum Türkiye’ye bir malı ihraç eden yabancı üreticilerin ihraç fiyatını belirleyerek bir ihracat karteli oluşturmaları şeklinde de karşımıza çıkabilir²⁴.

Rekabet Kurulu’nun konuya ilişkin birçok kararı da etki prensibi ile ilgili tespitler yapmaktadır. Örneğin, Rekabet Kurulu, 12.08.2004 tarih ve 04-52/690-174 sayılı kararında, karara konu devralma işleminin, tarafların Türkiye’de üretim merkezine sahip olmamalarına rağmen ihracat yoluyla

18 Tiryakioğlu, Bilgin, Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk, Editör Belirtilmemiş (2010), Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul, Legal, s. 216.

19 Çelikel, Aysel& Erdem, B. Bahadır (2012), Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Baskı, İstanbul, Beta, s. 420-421; Nomer, Ergin (2011), Devletler Hususi Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta, s. 357.; Doğan, Vahit (2010), Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, Seçkin, s. 333.

20 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un madde gerekçeleri için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=74&detId=100&ustId=74&Lang=TR>> s.e.t. 29.10.2015.

21 Tekinalp, Gülören (2009), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 10. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 452.

22 Ekşi, Nuray (2010), 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a ilişkin Yargıtay Kararları, İstanbul, Beta, s. 197.

23 Tekinalp, Gülören& Tekinalp, Ünal (2006), “Türk Rekabet Hukukunda Etki İlkesi”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, Turhan, s. 333.

24 Erol, Kemal (2000), Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Ankara, Rekabet Kurumu, s. 162.

Türkiye pazarını etkileyebileceğinden bahisle işlemin 4054 sayılı kanun kapsamında değerlendirmeye tabi tutmuştur²⁵. Aynı şekilde, Rekabet Kurulu'nun 21.12.2011 tarih ve 11-62/1640-577 sayılı bir başka kararında da Türkiye'de yerleşik olmayan bir şirketin, yine Türkiye'de yerleşik olmayan başka bir şirketin %50 hissesini ve ortaklık kontrolünü devralmasıyla ilgili olarak işlemin Türkiye'deki ilgili piyasayı etkilediğinden bahisle RKHK değerlendirmede bulunmuş ve devralmaya izin vermiştir²⁶.

Rekabet Kurulu, Türkiye'de düzenlenen bir kömür ihalesine temsilci vasıtasıyla teklif veren, yabancı menşeli iki firmanın bu tekliflerini etki doktrini kapsamında değerlendirmiş, firmaların ilgili faaliyetlerinin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁷. Rekabet Kurulu'nun Oxeno Olefinchemie GmbH ve Celanese Chemicals Europe GmbH arasında kurulacak ortak girişime izin verilmesi talebine ilişkin 19.6.2003 tarih ve 03-44/500-220 sayılı kararında, teşebbüsler kendileri Türkiye'de faaliyet göstermese de ürünlerinin bağımsız satıcılar tarafından tüm ülkeye getirilmekte olması nedeniyle Türkiye pazarını etkileyeceği kanaatine varılmış, bu nedenle konu RKHK'nın 2. maddesi kapsamında değerlendirmeye tabi tutulmuş ve ortak girişime kurul tarafından izin verilmiştir²⁸. Kurulun, Türkiye'deki hizmet piyasalarını etkileyebileceğinden bahisle müdahalede bulunduğu bankacılık sektörüyle ilgili iki kararında da tamamen yabancı olan tarafların gerçekleştirmek istediği birleşme ve devir işlemleriyle ilgili verdiği iki kararında işlemlerin yine etki doktrinine atıf yapılarak RKHK'nın 2. maddesi çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir²⁹.

RKHK 2. maddesi, Rekabet Kurulu tarafından tümüyle yabancılık unsuru taşıyan olaylara uygulanmakla birlikte, esas olarak Türkiye'de faaliyet gösteren bir teşebbüsün hisselerinin bir kısmının, merkezi yurt dışında bulunan bir şirket tarafından devralınması işlemine de uygulanmıştır³⁰.

3. AB Hukuku

Rekabete ilişkin kuralların ülke dışı uygulanması, Avrupa Birliği açısından birlik dışı uygulama olarak değerlendirmek gerekir. Birlik dışı uygulama açısından başvurulun etki prensibi, AB'deki rekabet kurallarının istisnaen de

25 Karar için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar187.pdf>> s.e.t 29.10.2015.

26 Karar için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar4545.pdf>> s.e.t 29.10.2015.

27 Karar için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar33.pdf>> s.e.t 29.10.2015.

28 Karar için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar733.pdf>> s.e.t 29.10.2015.

29 Karar için bkz. <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar203.pdf>> s.e.t 29.10.2015; <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar249.pdf>> s.e.t 29.10.2015.

30 <<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar160.pdf>> s.e.t 29.10.2015.

olsa AB'nin hâkimiyeti altında bulunmayan ancak birliğin rekabet kurallarını ihlal eden teşebbüslere de uygulanabilmesi için kullanılmaktadır³¹.

Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, bu kuralların birlik dışı uygulanması açısından Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin, şirketler topluluğuna ilişkin benimsediği görüştür. Mahkemeye göre, birliğin rekabet kurallarını ihlal eden ve herhangi bir birlik üyesi ülkede bulunan bir teşebbüs, eğer birlik dışındaki bir şirketler topluluğunun bağlı işletmesi olup da, bu bağlı işletmenin sevk ve idaresi eğer ilgili şirketler topluluğu tarafından yürütülüyorsa, birlik rekabet kurallarının bu şirketler topluluğuna (ana ortaklık) da uygulanır. Bu prensip³² doktrinde de geniş bir kabul görmektedir³³.

Birlik rekabet hukukunda etki prensibine geçerlilik tanınmasında ise şüphesiz “Dyestuffs” ve “Commercial Solvents” kararlarının büyük önemi bulunmaktadır³⁴. Avrupa Komisyonu, Birleşik Krallık'ın henüz birliğe üye olmadığı 1972 yılında verdiği “Dyestuffs” kararında merkezi İngiltere olan ICI adlı şirketin, birlik içerisindeki yavru ortaklıkları aracılığıyla renklendirici bir boyar madde olan “dyestuffs” maddesinin fiyatını uyumlu eylemde bulunarak sürekli yükselttiğini ve bunun da fiyat karteli oluşturduğundan bahisle ICI' ya ve birlik içerisindeki yavru ortaklıklarına ceza uygulamıştır. Bu karar üzerine ICI, komisyonun kendisine ceza verme yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle Avrupa Toplulukları Mahkemesi'ne başvurmuş, ancak ATM bu uyumlu eylem neticesinde ortaya çıkan fiyat kartelinin (yıkıcı fiyatlandırma) birliğin rekabet politikasına aykırı bir durum teşkil ettiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir³⁵. Yine “Commercial Solvents” kararında da benzer bir durum ortaya çıkmış, ABD'de yerleşik “Commercial Solvents Corporation” adlı şirket ve birlik içerisinde mukim “ Instituto” adlı yavru ortaklığına, pazarladıkları ilaç hammaddesinin arzını kısıtladıkları belirlenmiştir. Bu durum da hâkim durumun kötüye kullanılması olduğu için, birlik rekabet politikasına aykırılık oluşturması sebebiyle mahkeme, ceza verilmesi yoluna gidilmiştir³⁶.

31 Landolt, Phillip Louis (2006), *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, s. 167.

32 Tekinalp&Tekinalp, s. 383; Can, s. 387.

33 Arnall, Anthony& Dashwood, Alan/&Dougan, Michael& Ross, Malcolm&Spaventa, Elenaor&Derrick Wyatt, Q.C. (2006), *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, London, Hart Publishing, s. 981; Kapteyn, P.J.G.& van Themaat, VerLoren (2008), *The Law of the European Union and the European Communities*, London, Kluwer, s. 804.

34 Rodger, Barry&Angus, MacCulloch (2008), *Competition Law and Policy in the EC and UK*, London, Routledge, s. 131.

35 Rodger&Angus, s. 131.

36 Whish&Bailey, s. 217.

Dikey anlaşmalara ilişkin kararlarının yanı sıra birleşme ve devralmalara ilişkin anlaşmalarda da birlik rekabet kurallarının birlik dışı uygulandığı gözlenmektedir. Komisyon, her ikisi de Birlik içerisinde mukim olmayan Boeing ve McDonnell Douglas firmalarının birleşmelerine ilişkin kararında, birleşmenin etkilerinin birlik içerisinde de hissedilebileceği gerekçesiyle, anlaşmayı birlik rekabet hukuku kuralları çerçevesinde ele almıştır³⁷. Yine başka kararlarda da bu ilkenin benimsendiği rahatlıkla görülebilir³⁸.

4. ABD Hukuku

Yukarıda anılan etki prensibinin, rekabet kurallarının ülke dışı uygulanmasında başvurulmuş bir yol olmasında şüphesiz en büyük katkı, ABD hukukuna aittir. Zira etki prensibi/doktrini kavramını rekabet hukukunda kullanan ilk hukuk sistemi ABD hukukudur³⁹. Ancak, ABD mahkemeleri etki prensibinin kabul edildiği 1945 yılına kadar, uygulanacak hukukun tespitinde farklı yaklaşımlar benimsemiştir.

Etki prensibinin kabulünden önceki dönemde Amerikan mahkemeleri ve rekabet hukuku otoriteleri, esas olarak rekabeti kısıtlayıcı eylemler açısından ika yeri hukukunun uygulanması gerektiği hususunda görüş birliği içindeydiler. Bu durum özellikle “American Banana” kararına da yansımıştır. Karara konu olayda, ABD merkezli bir meyve şirketi olan “United Fruit” şirketi, yine başka bir Amerikan şirketi olan “American Banana” tarafından, Kosta Rika’ daki rekabeti kısıtlayıcı (aykırı) eylemleri nedeniyle dava edilmiştir. Kararda, rekabete aykırı eylemlere uygulanacak hukuk belirlenirken, bu eylemlerin Kosta Rika’ da yapıldığı ve bu nedenle de olayın esasına uygulanacak olan hukukun Kosta Rika hukuku olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, mahke-

37 Tekinalp&Tekinalp, s. 384; Güven, s. 44.

38 Arnall & Dashwood & Dougan & Ross & Spaventa & Derrick Wyatt, s.984; Erol, s. 79; Lenaerts&van Nuffel, s. 359. Benzer kararlar için bkz. Laker Airways v. Sabena Belgian World Airlines 731.F.2d.909 (D.C.Cir.1984) karar için bkz. Levy, David J. (2003), International Litigation: Defending and Suing Foreign Parties in U.S. Federal Courts, Yayın Yeri Belirtilmemiş, American Bar Association, s. 169; Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp., 595 F.2d 1287, 1294 (C.A.N.J. 1979) karar için bkz. Dabbah, Maher M.(2010), International and Comparative Competition Law, Cambridge, Cambridge University Press, s. 437; Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, N.T., 549 F.2d 597, 609 (C.A. Cal. 1976) karar için bkz. Born, Gary (1997), International Civil Litigation in US Courts:Commentary and Materials, The Hague, Kluwer, s. 588.

39 Guzmán, s. 169; Whish&Bailey, sh. 523, U.S. v. Aluminum Co. of America 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) kararı. Ancak rekabet hukuku kararlarından önce ülkelerin kendi toprakları dışında olan olayları yargılamaya yetkisi ilk defa meşhur BOZKURT/LOTUS davasında kabul edilmiştir. P.C.I.J. (1927) Ser.A.No:10; Bkz. Buxbaum, sh. 644.

me kararda, uygulanacak hukuku belirlerken, “sadece rekabete aykırı eylemlerin ika edildiği yer” prensibinden hareket etmiştir⁴⁰.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, “American Banana” kararından yaklaşık 20 yıl sonra, 1926 yılındaki “Sisal Sales” kararında ise tamamen farklı bir yaklaşım benimsemiş ve yavaş yavaş etki prensibine doğru yaklaşmıştır. Karara konu olan olayda, aralarında Amerikan şirketlerinin de bulunduğu davalılar, bir Meksika şirketi ile işbirliği yoluna giderek, ABD’ye yapılan kenevir ihracatını kontrol altına almak amacıyla bir kartel kurmuşlardır. Kartel, Meksika’da bu kartele hukuki dayanak sağlaması amacıyla çıkarılmış özel bir kanun sayesinde de hukuki bir zeminde faaliyet göstermektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, davada söz konusu olan eylemin önemli bir kısmı yabancı bir ülkede yapılmış olmasına karşın, tarafların asıl amacının ABD’nin iç ve dış ticaretini tamamen tekelleştirmek ve Amerika’ya kenevir satışını ve ithalatını denetim altına almak olduğunu tespit etmiştir. Bu gerekçelerin yanı sıra, tarafların sözleşmeyi ABD’de yapmaları, birlikte suç işleme taahhüdünün ABD’de gerçekleşmesi ve kenevir satışının tekelleştirilmesi sebebiyle, olayda Amerikan hukukunu uygulamış ve “American Banana” kararındaki yaklaşımını terk etmiştir⁴¹.

Bu prensibin ilk ortaya çıktığı yer ise ALCOA davası olmuştur. Adı geçen ABD merkezli şirketin Kanada’da mukim yavru ortaklığının İsviçre’de, başka ülkelerden alüminyum şirketleri ile birlikte dünya pazarlarında alüminyum üretimini ve satışını sınırlamak amacıyla kurmuş bulunduğu alüminyum kartelinin işlemlerinden dolayı Ana ortaklık olan ALCOA şirketinin sorumlu tutulamayacağına, ilk derece mahkemesi tarafından hükmedilmiştir. Ancak temyiz mahkemesi, bu sınırlayıcı kartelin Amerika’ya yönelik ihracata etkili olduğunu yani diğer bir deyişle ABD’nin Alüminyum ithalatını etkilemeye yönelik olduğunu ve bu etkinin meydana gelmiş olması sebebiyle ABD rekabet hukuku kurallarının bu davada uygulanacağı hususunu hüküm altına almıştır⁴².

ABD mahkemelerinin aşırı yetkili olması (exorbitant jurisdiction) olarak da adlandırılan ve milletlerarası usul hukukunda da sıkça karşılaşılan eği-

40 Amerikan Mahkemelerinin etki prensibini kabul etmeleri kolay olmamıştır. Zira daha önce Amerikan Yüksek Mahkemesi, Birleşik Devletler dışında gerçekleşene olaylara Sherman Kanunlarının uygulanamayacağına ilişkin kararlar vermekteydi. Bkz. American Banana Co. v. United Fruit Co. 213 US 347 (1909); karar için bkz. Whish&Bailey, s. 523.

41 Tiryakioğlu, Bilgin (1997), Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 61.

42 Erol, s. 21.

limi, rekabet hukukunda da etkisini göstermiş, ABD mahkemeleri burada da niyete dayalı eylemin gerçekleştiği varsayımından hareketle kendini yetkili saymış ve yasalarını uygulamıştır.

Bu eğilim “Incandescent Lamp” davasında da etkisini göstermiş, davalılardan General Electrics şirketinin ABD pazarında, N.V. Philips şirketinin Hollanda pazarında hâkim durumda olmasını sağlamak için yapılan yatay anlaşmanın ABD rekabet kurallarına aykırı olduğuna ve bunun ABD piyasalarına etki edeceğine mahkeme tarafından kanaat getirilmiştir⁴³.

Yine “Swiss Watchmakers” davasında ise mahkeme İsviçre Saat Yapımcıları Federasyonu’ndan üyelerini, ABD rekabet hukukuna aykırı ancak İsviçre hukukuna göre yasal olan bazı anlaşmaları yapmaktan men etmesini emretmiş, bu durum da doğal olarak iki ülke arasında İsviçre’nin diplomatik tepkisine sebep olan bir duruma sebebiyet vermiştir. Bu davayla ilgili ABD temyiz mahkemesi benzer nitelikte bir dava olan “Continental Ore” davasında, mahkemenin yabancı eylem ve sözleşmeler üzerindeki yargı yetkisini, Amerikan dış ve iç ticaretinde “önemli ve maddi bir etki” yarattığı için kullandığını belirtmiştir⁴⁴.

Her ne kadar ABD mahkemelerinde, rekabet hukuku açısından etki prensibine öncelik tanıma eğilimi olsa da mahkemeler bu yargılamaların, yargılama yetkisinin makullüğüne (jurisdiction rule of reason)⁴⁵ dayanan, ayrıca ulusal ve uluslararası çıkarların dengelenmesini de gözetken ölçülü bir dengeyi sağlanması gerektiğini de belirtmişlerdir. Örneğin, Federal Temyiz Mahkemesi, 9. Dairesi “Timberlane I” davası olarak bilinen davada bir Amerikan Mahkemesinin yargılama yetkisinin doğabilmesi için gerekli şartları şöyle sıralamıştır:

-Amerikan dış ticareti üzerinde gerçekleşmiş ya da gerçekleşmesi istenmiş bir etki olmalıdır.

-Bu etki, davacıya görülebilir bir zarar verebilecek büyüklükte olmalıdır.

-Amerika Birleşik Devletlerinin çıkarları ve diğer devletlerle karşılıklı bağlantıları böyle bir ülke dışı yetkinin kullanılmasının makul kılmaya yetecek kadar kuvvetli olmalıdır⁴⁶.

43 U.S v. General Electric Co, 82, F.Supp. 753. (DNJ) 1949. karar için bkz. Fugate, Wilbur L. (1997), Foreign Commerce and the Antitrust Laws, 5th Ed., London, Wolters Kluwer, s. 375.

44 U.S. v. Watchmakers of Switzerland Information Center Inc. Trade Cases. 70, 600 (S.D.N.Y.) 1969. karar için bkz. Fugate, s. 127.

45 Tiryakioğlu, s.132-133.

46 Buxbaum, s. 646; Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, N.T., 549 F.2d 597, 609 (C.A. Cal. 1976).

Mahkeme sağlıklı bir yetki tesisi açısından yukarıdaki şartların aranması gerektiğini ifade etmiş, salt etki prensibinden hareketle tesis edilecek bir yetkinin, makullük prensibine uygun düşmeyeceği ifade edilmiştir⁴⁷. Ayrıca bu şartlar oluşmadan tesis edilecek bir yetkinin milletlerarası usûl hukuku bağlamında da aşırı yetki olarak nitelendirileceği aşikârdır⁴⁸. Bank Of America firması ile bir Honduras kereste şirketi arasında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma yapıldığı ve böylece Honduras'da kurulu bir kereste fabrikasını satın alıp işletmek isteyen Timberlane firmasının Honduras'tan Amerika Birleşik Devletlerine kereste satmasının önlenmek istediği ve satın alınmak istenilen kereste fabrikasının zarar edip piyasadan çekilmek zorunda kaldığı iddiasıyla açılan “Timberlane I” davasında, ilk derece mahkemesi, şikayeti, Amerika Birleşik Devletleri'nin ticareti üzerinde doğrudan doğruya ve önemli bir etkisi bulunmadığı için geri çevirmiştir. Temyiz mahkemesi ise yukarıda sayılan sebeplerden dolayı geri çevirme kararını kaldırmış, dosyayı yargı yetkisine girdiğini kabul ettiği bölge mahkemesine göndermiştir⁴⁹. Ancak burada üzerinde durulması gereken ve farklılık arz eden nokta ABD mahkemelerinin yetki tesisinde, etki prensibinin yanı sıra diğer bazı prensipleri de göz önünde bulundurarak karar vermesidir.

Amerikan mahkemeleri söz konusu yaklaşımı “Mannington Mills”⁵⁰ davasında da devam ettirmiş, ancak “Uranium Litigation”⁵¹ ve “Laker” kararlarında tekrar etki prensibine dönmüştür.

III. SONUÇ

Rekabet kanunlarının uygulanmasında açısından öncelikle amaçlanan nokta olan mülkîlik prensibi hala ülke içi rekabetin korunması olmasıdır. Buna karşın, dünyadaki ticari ilişkilerin devletlerin münhasır egemenlik hakları dışındaki hemen hemen tüm alanlarda sınırları ortadan kaldırması, uluslararası piyasalarda günün her saatinde işlem yapılabilmesi sonucunda uluslararası ticari rekabetin de her daim canlı ve sıcak bir kavram olduğu düşünülürse re-

47 Erol, s. 25.

48 Ekşi, Nuray (2000), Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul, Beta, s. 50.

49 Erol, s. 25.

50 Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp., 595 F.2d 1287, 1294 (C.A.N.J. 1979).

51 Westinghouse firmasının uranyum fiyatlarındaki artış üzerine, uranyum üreten yerli ve yabancı 29 şirket aleyhine Illinois eyaletinde açtığı antitröst tazminat davasının arkasında Avustralya, Kanada, Birleşik Krallık ve Güney Afrikanın olduğu bir yapı ortaya çıktı. Bkz. Guzmán, sh. 170.

kabet kanunlarının mülkîlik prensibine istisna getirerek ülke dışında da uygulanabilme kabiliyetine sahip olması bu kanunların ayakta kalabilmesi için bir yaşam şartı olduğu gibi aynı zamanda günümüz iktisadi hayatının da vazgeçilmez bir gereğidir.

Ancak burada üzerinde durulması gereken husus, rekabet kanunlarına ülke dışında da uygulanma imkânı bahşeden etki prensibinin sınırlarının fazla zorlanmadan, makul ölçüler çerçevesinde uygulanmasıdır. Aksi bir durum devletlerin ve uluslararası kuruluşların rekabet otoritelerinin, egemen ülkelerin münhasır hak ve yetkilerine tecavüzüne sebebiyet verebilir. Bu gibi durumların yaşanmadan serbest ve bozulmamış bir rekabetin piyasalarda mevcudiyeti tüm piyasa aktörlerinin ortak temennisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

Arnall, Anthony&Dashwood, Alan& Dougan, Michael& Ross, Malcolm &Spaventa, Elenaor&Derrick Wyatt (2006), Q.C., Wyatt and Dashwood's European Union Law, London, Hart Publishing.

Aslan, İ. Yılmaz (2007), Rekabet Hukuku (Teori, Uygulama ve Mevzuat), 4. Baskı, Bursa, Ekin.

Ateş, Mustafa, "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Normlarının Üye Ülkeler Düzeyinde Uygulanması (2003), Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 3, S. 3, s. 232-254.

Born, Gary (1997), International Civil Litigation in US Courts:Commentary and Materials, The Hague, Kluwer.

Buxbaum, Hannah L. (2009), Territory, Territoriality and the Resolution of Jurisdictional Conflict, The American Journal of Comparative Law, Number 3, Volume 57, s. 631-675.

Can, Hacı (2008), Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku, Yetkin, Ankara.

Çelikel, Aysel / Erdem, B. Bahadır (2012), Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Baskı, İstanbul, Beta.

Dabbah, Maher M. (2010), International and Comparative Competition Law, Cambridge, Cambridge University Press.

Doğan, Vahit (2010), Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, Seçkin.

Ekşi, Nuray (2010), 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a ilişkin Yargıtay Kararları, İstanbul, Beta.

Ekşi, Nuray (2000), Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı, İstanbul, Beta.

Erol, Kemal (2000), Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Ankara, Rekabet Kurumu.

Fugate, Wilbur L. (1997), Foreign Commerce and the Antitrust Laws, 5th Ed., London, Wolters Kluwer.

Guzman, Andrew T. (2010), Cooperation, Comity and Competition Policy, Oxford, Oxford University Press.

Güven, Pelin (2008), Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.

Herdegen (2013), Matthias. Principles Of International Economic Law, Oxford, Oxford University Press.

İnan, Nurkut / Piker, Mehmet B. (2007), Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Jones, Alison / Sufrin, Brenda (2011), EU Competition Law (Text, Cases, and Materials), 4th. Ed., Oxford, Oxford University Press.

Kapteyn, P.J.G. / Van Themaat, VerLoren (2008), The Law of the European Union and the European Communities, London, Kluwer.

Landolt, Phillip Louis (2006), Modernised EC Competition Law in International Arbitration, The Hague, Kluwer Law International.

Lenaerts, Koen / Van Nuffel, Piet (2011), European Union Law, 3rd. Ed., London, Sweet & Maxwell.

Levy, David J. (2003), International Litigation: Defending and Suing Foreign Parties in U.S. Federal Courts, Yayın Yeri Belirtilmemiş, American Bar Association.

Nomer, Ergin (2011), Devletler Hususi Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta.

Rodger, Barry & Angus, MacCulloch (2008), Competition Law and Policy in the EC and UK, London, Routledge.

Sproul, Gillian (2006), AB Rekabet Hukuku, Avrupa Birliği Hukuku ve Mevzuatında Önemli Noktalar Sempozyumu, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, S. 232-254.

Tekinalp, Gülören (2009), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 10. Baskı, İstanbul, Beta.

Tekinalp, Gülören & Tekinalp, Ünal (2000), Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul, Beta.

Tekinalp, Gülören & Tekinalp, Ünal (2006), Türk Rekabet Hukukunda Etki İlkesi, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, Turhan.

Tiryakioğlu, Bilgin (2010), "Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk", Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul, Legal.

Tiryakioğlu, Bilgin (1997), Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Whish, Richard & Bailey, David (2012), Competition Law, Oxford, Oxford University Press.

KARAYOLUYLA GERÇEKLEŞTİRİLEN TAŞIMALARDA TTK’NİN TAŞIMA İŞLERİ KİTABI’NDA İHDAS EDİLEN HÜKÜMLERİN UYGULANMASI AÇISINDAN TAŞIT KAVRAMININ ETKİSİ

Arş. Gör. Süleyman KIRAN*

ÖZET

Taşıma işinin taşıt ile gerçekleştirilmesi taşıma hukukunun odak noktasını oluşturmaktadır. Denizyolu, havayolu, demiryoluyla yapılan ve multi-modal taşımalarda taşıma işinin taşıt ile gerçekleştirileceği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak karayoluyla yapılan taşımalarda taşıma işinin taşıt ile gerçekleştirilmemesi halinde TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanı kapsamında kabul edilip kabul edilemeyeceği hususu değerlendirilmelidir. Zira TTK taşıma işleri kitabı bu konuda suskun kalmıştır. Bu halde mehz kanunlardan hareketle taşıma işinin taşıt ile gerçekleştirilmesi halinde söz konusu taşıma işinin TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanı kapsamında kaldığı kabul edilmelidir. Ancak her türlü taşıtın değil, sadece motorlu taşıtların bu kapsamda yer aldığı kabul edilmelidir. Bu değerlendirme ise; herhangi bir taşıma işinde hangi kanun hükümlerinin uygulanacağını göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Taşıma işinin taşıt ile gerçekleştirilmesi gerektiği tespitinden sonra, taşıma işinin herhangi bir taşıt ile gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği değerlendirmeye değer diğer bir konudur. Taşıma işi her zaman herhangi bir taşıt ile gerçekleştirilemeyecektir. Bazı taşımalarda, taşıma işinin belli özellikleri haiz taşıt ile gerçekleştirilmesi zorunludur.

Anahtar Kelimeler: Türk Ticaret Kanunu (TTK), taşıma, karayoluyla taşıma, taşıt, motorlu taşıt.

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.
slymnkrn17@gmail.com

**EFFECT OF THE CONCEPT OF VEHICLE IN TRANSPORTATIONS
CARRIED BY ROAD IN TERMS OF IMPLEMENTATION OF PROVISIONS
REGULATED IN THE TRANSPORTATION BUSINESS BOOK OF THE TCC**

ABSTRACT

The core point of transport law is performing transportation business by vehicle. There is no doubt that transportation business in carriages by air, rail, sea and multimodal carriages is performed by vehicle. However, in case transportation business is not performed by vehicle in carriages by road, it should be examined that whether this case can be considered within the scope of the transportation business book of the TCC or not. This is because the transportation business book of the TCC is silent about the issue. Therefore, considering the referenced codes it should be accepted that transportation business should be considered within the scope of transportation business book of the TCC, only if it is performed by vehicle. However, it should be accepted that rather than all kinds of vehicles, only motor vehicles should be considered within this scope. This evaluation is important in terms of indicating applicable legal provisions in any kinds of transportation business.is applicable in any transportation business. After determining that transportation business must be performed by vehicle, another topic to discuss is whether transportation business can be performed by any vehicle or not. Transportation business can not be performed by any vehicle in every situation. In some cases, transportations business must be performed with vehicles having some special qualities.

Keywords: Turkish Commercial code (TCC), carriage, carriage by road, vehicle transport business, motor vehicle.

I. GİRİŞ

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (eTTK) yürürlüğü döneminde bu kanunun taşımaya ilişkin hükümlerinin uygulanması için taşıma işinin ücret karşılığında üstlenilmesi gerekli ve yeterliydi. Örneğin; bir bina içinde ücret karşılığı bir kattan diğer hamal aracılığıyla yapılan bir taşıma, TTK'nın uygulama alanı kapsamındaydı. Bu hükümlerin uygulanması için, eşyanın ayrıca taşıt aracılığıyla taşınması şartına TTK'da açıkça yer verilmemekteydi. Doktrinde ise; böyle bir şartın aranması gerektiği görüşünü ileri sürenler sayıca son derece azdı^{1,2}. Bu halde, genel kabule göre; TTK'nın uygulama alanı bakımından taşıma işi, motorlu taşıtlarla gerçekleştirilebileceği gibi insan sırtında veya hayvan sırtında³; bunların itme ya da çekme gücüyle hareket eden bir motorsuz taşıt vasıtasıyla dahi gerçekleştirilebilirdi⁴.

1956 tarihli TTK'nın taşıt kullanma konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiş olması yürürlüğe girdiği dönem için makul görülebilir. Zira Türkiye'de taşıt ile taşıma, o zaman için günümüzdeki kadar yaygın değildi⁵. Ancak 1980'li yıllardan sonraki yıllarda, Türkiye'de taşıt kullanımının artmış olması ile birlikte karayollarının sayısı da artmıştır. Özellikle, 2000'li yıllardan günümüze kadar karayollarının durumunun iyileştiği ve çok şeritli yolların arttığı da aşîkârdır. Günümüzde; hayvan aracılığıyla veya insan gücüyle, ücret karşılığı gerçekleştirilen taşıma neredeyse yok denilebilecek kadar azdır.

- 1 Ülgen'e TTK'nın yürürlüğü döneminde taşıma işleri bakımından bir taşıt kullanmanın zorunlu olduğunu ifade etmekteydi, Ülgen, Hüseyin (1988) Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, İstanbul, s.4. Zeyneloğlu ise; taşımının eşya veya yolcu taşımaya elverişli bir taşıt ile yapılmasının taşıma sözleşmesinin bir unsuru olduğunu ifade etmekle birlikte böyle bir değerlendirmeyi eTTK'dan değil, Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Trafik Yönetmeliği'nden hareketle yapmaktaydı, Zeyneloğlu, Ahmet (1980) Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara, s.75-77.
- 2 Arkan, Sabih (1982) Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s.12-13.
- 3 Hatta güvercinle mektup taşımının eşya taşıma olduğu ve taşıma sözleşmesine ilişkin hükümlerin güvercinle mektup taşımalara dahi uygulanacağı ifade edilmekteydi, Atabek, Reşat (1960) Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul, s.27.
- 4 Atabek, s.27.
- 5 Türkiye'de Karayolu Genel Müdürlüğü 01.03.1950 tarihinde kurulmuştur, Türkiye karayolu taşımacılığının tarihçesi için bkz. Keçeci, Adnan, "Türkiye'de Karayolu Taşımacılığı", <http://www.mfa.gov.tr/turkiye_de-karayolu-tasimaciligi-tr.mfa> s.e.t. 23.05.2015. Ayrıca bkz. <<http://www.kgm.gov.tr/Sayfalar/KGM/SiteTr/Kurumsal/Tarihce.aspx>> s.e.t. 23.05.2015.

2011 tarihli 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile taşıma hükümleri ayrı bir kitap olarak “Taşıma İşleri” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu kitap içinde, eşya taşımaya ilişkin hükümlere 850 ilâ 905. maddeler arasında yer verilmektedir. Bu kitabın birinci ile eşya taşımaya ilişkin ikinci kısım hükümleri, Türk taşıma hukukunun genel hükümleri olarak kabul edilmektedir⁶.

Söz konusu genel hükümlerin uygulama alanı TTK m.852'deki “*Deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ile posta idaresine⁷ ilişkin özel hükümler saklıdır.*” hükmü ile sınırlandırılmıştır⁸. Deniz taşımalarında taşımanın gemi⁹, yani bir taşıt ile yapılacağından şüphe bulunmamaktadır¹⁰. Demiryolu taşımalarında, demiryolu hatları üzerinde taşımaya elverişli lokomotif, vagon ve tender gibi taşıtlar ile taşıma fiili gerçekleştirilmektedir¹¹. Hava taşımalarında ise; uçak¹², balon ve zeplin gibi bir taşıt kullanımı hava taşımalarının¹³ olmazsa olmazıdır¹⁴. Görüldüğü üzere taşıt kavramı, sayılan taşıma hukukunun alt dallarının odak noktasını oluşturmaktadır¹⁵.

6 TTK'nın dördüncü kitap birinci kısmı olan “genel hükümler” gerekçesinde bu husus “... Ancak, mehz Alman Kanunu doğrultusunda yapılan değişiklik ve düzenlemeler, Tasarının Dördüncü Kitabının özellikle birinci ve ikinci kısımlarını, Türk taşıma hukukunun genel hükümleri haline dönüştürmüştür. Bu düzenleme çerçevesinde, karayoluyla ve demiryoluyla yapılan ve ilgili milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanına girmeyen eşya taşımaları, yolcu taşımaları, taşıma eşyası taşıması, değişik tür araçlar ile yapılan (karma, kombine) taşımalar ve taşıma işleri yüklenicileri hakkında uygulanacak ortak kurallar tespit edilmiştir...” şeklinde ifade edilmektedir.

7 Hüküm “posta idaresi”ne ilişkin değil, “posta taşımaları”na ilişkin olarak düzenlenmeliydi, Özdemir, Turkey (2014) Taşıma Hukuku ve Sigortaları Toplantı Notları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s.186. Posta idaresine ilişkin hükümler değil, “posta taşımaları”na ilişkin hükümler taşıma hukukunun ilgi alanındadır.

8 Esasen özel hüküm-genel hüküm ilişkisi çerçevesinde bu düzenleme bulunmasa dahi aynı sonuca ulaşılabilirdi. Buna rağmen kanun koyucu eTTK m.764 hükmünün dilini sadeleştirerek, hükmü aynen almak suretiyle TTK'da açıkça düzenleme yolunu tercih etmiştir.

9 TTK m.931/1 hükmünde gemi “Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzmeye özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından ‘gemi’ sayılır.” şeklinde açıkça tanımlanmaktadır.

10 Bkz. TTK m.1138 vd.

11 Arkan, Sabih (1987) Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s.31-32.

12 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda (TSHK) “uçak” yerine “hava aracı” terimi kullanılmakta, TSHK m.3/1-b'de bu husus “havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyetine sahip her türlü aracı” ifade ettiği belirtilmektedir, 2920 sayılı TSHK, RG, T. 19.10.1983, S.18196. Bunun sebebi; “uçak” kavramının “hava aracı” kavramına göre dar kalması, belirli hava taşıtlarını kapsam dışında bırakmasıdır, Özdemir, Turkey (2006) Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Ziya ve/ veya Hasar Sorumluluğu), İstanbul, s.38.

13 Hava taşıtlarından bahsedebilmek için taşıtın havalanabilme ve havada seyredebilme imkânını haiz olması gerekir, Orbay Ortaç, Nurdan (2014) Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Ankara, Turhan Yayınevi, s.8-9.

14 Bkz. 2920 sayılı TSHK m.121.

15 Sözer, Bülent (2014) Deniz Ticareti Hukuku - I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.13.

Multimodal taşımalar¹⁶ açısından, birden fazla taşıma moduyla birlikte, bu taşıma modlarına uygun birden fazla taşıt kullanılmalıdır¹⁷. Kombine taşımalarda ise; eşyanın tek bir taşıt ile bir yerden başka bir yere taşınması söz konusudur¹⁸.

Ulusal karayolu taşımalarına, TTK taşıma işleri kitabı uygulanacaktır. Karayolu taşımalarında, diğer taşıma modlarında olduğu gibi TTK taşıma işleri kitabının uygulanması için taşıt kullanma şartının aranıp aranmayacağı değerlendirilmeye değer bir konudur. Taşıma işleri kitabının gerek metni gerekse de gerekçesi incelendiğinde bu kitapta büyük oranda Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşımaya İlişkin Sözleşme (CMR- Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road¹⁹) ile Alman Ticaret Kanunu (HGB- Handelsgesetzbuch) hükümlerinin etkisi görülmektedir²⁰. Bu sebeple çalışmamızda, TTK taşıma işleri kitabı hükümleri, mehz CMR ve HGB hükümleri ile birlikte değerlendirilecektir.

II. “TAŞIT” VE “ARAÇ” KAVRAMLARI

TTK’da, karayolu ile gerçekleştirilen taşımalarda taşıma işine ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından, eşyanın taşıt ile taşınması şartından lafız itibariyle doğrudan bahsedilmemektedir. Bununla birlikte taşıma işleri kitabında yer alan hükümlerin bir kısmında doğrudan veya dolaylı olarak taşımanın “taşıt” veya “araç” ile gerçekleştirilmesine işaret edilmektedir.

TTK taşıma işleri kitabı hükümlerinde, genellikle “taşıt” kavramından ziyade “araç” kavramı tercih edilmiştir. Şöyle ki; TTK m.857/1-n²¹, m.863/1²², m.878/1-a²³ hükümleriyle dördüncü kitabın dördüncü kısmı olan “Değişik Tür

16 Multimodal taşımalar, TTK taşıma işleri kitabının dördüncü kısmını oluşturan 902 ilâ 905. maddeleri arasında ve “Değişik Tür Araçlar ile Taşıma Başlığı” altında düzenlenmektedir. TTK m.902/1-b hükmünde değişik tür taşıt kullanımının, bu kısmın uygulanma şartlarından biri olduğu ifade edilmektedir.

17 Bkz. Adıgüzel, Burak (2015) Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, s.30-32.

18 Adıgüzel, s.33-35.

19 3939 sayılı Kanun, RG, T.14.12.1993, S.21788.

20 Bu konuda bkz. TTK m.850-905 hükümlerinin gerekçeleri.

21 TTK m.857/1-n hükmü “Varsa taşımanın üstü açık ya da örtülmemiş bir araçta veya güvertede yapılabileceğine ilişkin sözleşme” şeklindedir.

22 TTK m.863/1 c.1 hükmü “Sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır.” şeklindedir.

23 TTK m.878/1-a hükmü “Sözleşme veya teamüle uygun olarak üstü açık bir *aracın* kullanılmış olması yahut güverteye yükleme yapılması” şeklindedir.

Araçlar ile Taşıma” hükümlerinde “araç” kavramı yer almaktadır. Ayrıca aynı hükümde “araç” kavramının yanında “taşıt” kavramının kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin; TTK m.877 hükmünde; “araç” kavramı “taşıt” kavramıyla birlikte kullanılmaktadır²⁴. Bu sebeple, TTK’da “araç” ile “taşıt” kavramlarına farklı anlamlar yüklenip yüklenmediği hususu değerlendirmelidir.

Araç ve taşıt kavramlarına ilişkin tanımlamalar Karayolu Trafik Kanunu (KTK)²⁵ m.3’te yer almaktadır. Söz konusu bu hükümde “araç” kavramı; “*Karayolunda kullanılabilen motorlu, motorsuz ve özel amaçlı taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörlerin genel adı*” olarak tanımlanmıştır. Bu hükümde “taşıt” ise; “*Karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan araçlar.*”dır. Yine bu hükümde, taşıtlardan makine gücü ile yürütülenler “motorlu taşıt”; insan ve hayvan gücü ile yürütülenler “motorsuz taşıt” olarak kabul edilmektedir. Karayolu Trafik Yönetmeliği (KTY)²⁶ m.3’te de aynı tanımlar yer almaktadır. KTK m.3 ve KTY m.3’te yer alan bu tanımda esas itibariyle “araç” kavramının “taşıt” kavramıyla, “taşıt” kavramının ise “araç” kavramıyla tanımlanmaya çalışmış olması karşısında, bu düzenlemelerin “araç” ile “taşıt” kavramı ayrımı için yeterince yol gösterici olmaktan uzak olduğu söylenebilir²⁷.

Araç, esas itibariyle bir işi yapmakta veya neticelendirmekte kullanılan nesnenin genel adıdır²⁸. Aracın taşıma işinde kullanılması halinde ise, taşıttan söz edilir. O halde araç ile taşıt kavramları eşya veya yolcu taşıması için eş anlamlıdır. Bu sebeple, kanunlaşma sürecinde TTK’nın taşıma işleri kitabında, bu iki kavramdan biri tercih edilmiş olsaydı, kavram birliği açısından dahi isabetli olurdu. Nitekim CMR’nin uygulama alanı itibariyle fiilen eşya taşımasında kullanılan taşıma araçları “taşıt” kavramı içinde değerlendirilmektedir²⁹. Bu anlamda otobüs, motosiklet, traktör gibi araçlar 1949 tarihli Karayolları Trafik Kanunu anlamında “taşıt” kavramı içinde yer alsa da; fiilen eşya taşımasında kullanılmadığı sürece CMR’nin uygulama alanı dışında kalmaktadır³⁰.

24 “Araç arızası ve kiraya verenin kusuru” başlıklı TTK m.877 hükmü “Taşıyıcı, taşıma aracındaki arızaya, taşıtı kiraladığı kişinin onun temsilcilerinin veya çalışanlarının kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulamaz.” şeklindedir. Hükümde “taşıma aracı” kavramı kullanılmaktadır. Bununla birlikte “taşıma aracı” kavramı da taşıtla aynı kavrama karşılık gelmektedir. “Araç” kavramı için ifade ettiklerimiz “taşıma aracı” kavramı için de geçerlidir.

25 2918 sayılı KTK, RG. T.13.10.1983, S.18195.

26 RG. T.18.07.1997, S.23053.

27 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ile Karayolu Taşıma Yönetmeliği’nde ise “araç” ile “taşıt” kavramları tanımlanmamıştır.

28 Bkz. www.tdk.gov.tr, s.e.t. 28.07.2015.

29 Karan, Hakan (2011) CMR Şerhi, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.32.

30 Karan, s.32; Aydın, Alihan (2002) CMR’ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul, Arıkan Yayınevi, s.17.

Gerçekten de TTK'nın 877. maddesindeki “*Taşıyıcı, taşıma aracındaki arızaya, taşıtı kiraladığı kişinin onun temsilcilerinin veya çalışanlarının kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulamaz.*” şeklindeki hükmüne bakıldığında “araç” ile “taşıt” kavramının farklı kavramlara işaret etmediği görülmektedir. Bu hükmün mehzasını CMR m.17/3 hükmü oluşturmaktadır. Nitekim CMR m.17/3’de; “araç” veya “taşıt” gibi farklı kavramlar değil, tek kavram olarak “vehicle³¹” kullanılmaktadır³². CMR’nin Almanca metninde ise, bu hüküm yine tek kavram olan “Fahrzeug” ile ifade edilmektedir³³. Bu hususlar da göz önünde tutulduğunda, bu iki kavramın eş anlamlı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Biz de bu sonuçlardan hareketle, “araç” ile “taşıt” kavramlarından sadece taşımadaki araca işaret etmesi sebebiyle “taşıt” kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

III. TAŞIT KULLANIMI BAĞLAMINDA CMR VE HGB İLE TTK İLİŞKİSİ

A. CMR’DE TAŞIT KULLANIMI DÜZENLEMESİ

CMR’nin, TTK’nın mehzası olduğu yukarıda belirtilmiştir. CMR’nin uygulama alanının sınırlarını çizen 1. maddesine bakıldığında, bu sınırlardan birinin de taşımanın taşıt ile yapılması olduğu görülmektedir. Bu çerçevede CMR, taşıma işinin ancak bir taşıt ile yapılması halinde uygulama alanı bulabilir.

CMR’de taşıt kavramından ne anlaşılması gerektiği de düzenleme altına alınmıştır. CMR bakımından taşıtın ne anlama geldiği hususu CMR’de yer almaktadır (m.1/2). Bu hükümde taşıt kavramı için 19 Eylül 1949 tarihli Karayolu Trafığı Anlaşması (KTA)³⁴ m.4’e atıf yapılmaktadır. Bu anlamda CMR’nin

31 Hükümde yer alan kelime “means” değil, “vehicle”dir. “Means” kelimesi Türkçe’ye bir şeyi neticelendirmekte kullanılan nesnenin genel adı olarak çevrilebilirken; “vehicle” kelimesi taşımada kullanılan araç, yani taşıt olarak çevrilebilir.

32 CMR m.17/3 hükmünün İngilizce metni “The carrier shall not be relieved of liability by reason of the defective condition of the vehicle used by him in order to perform the carriage, or by reason of the wrongful act or neglect of the person from whom he may have hired the vehicle or of the agents or servants of the latter.” şeklindedir. CMR m.51 gereğince CMR’nin İngilizce ve Fransızca metinleri CMR’nin resmi dilidir ve her iki dildeki metin eşit olarak geçerlidir.

33 CMR m.17/3 hükmünün Almanca metni “Um sich von seiner Haftung zu befreien, kann sich der Frachtführer weder auf Mängel des für die Beförderung verwendeten Fahrzeuges noch gegebenenfalls auf ein Verschulden des Vermieters des Fahrzeuges oder der Bediensteten des Vermieters berufen.” şeklindedir.

34 6547 sayılı Kanun, T.02.06.1955. Karayolları Trafığı Anlaşması resmi çevirisi için bkz. RG, T.11.05.1955, S.9003.

uygulama alanı itibariyle taşıt kapsamına; motorlu taşıtlar, mafsallı taşıtlar³⁵, römorklar ve yarı römorklar girmektedir³⁶. Dört kategori olarak sayılan bu sayım sınırlayıcıdır³⁷. Buna karşın, 1949 tarihli olmasına rağmen bu anlaşma, sadece 1956 tarihli CMR'nin değil, günümüzde ortaya çıkan, hatta gelecekte teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkacak olan taşıtları dahi kapsayıcı nite-liktedir³⁸. O halde kategorik olarak sınırlayıcı bir düzenleme söz konusu olsa da içerik itibariyle düzenlemenin sınırlayıcı olmadığı söylenebilir³⁹.

Konteynerin taşıt olarak kabul edilip kabul edilemeyeceği hususu da değerlendirilmelidir. Doktrinde yer alan bir görüşe göre; konteyner bir eşya olduğundan CMR'nin uygulama alanı bakımından bir taşıt olarak değerlendirilemez⁴⁰. Diğer bir görüşe göre ise; temel kullanılış amacı ve taşımaya etkisinden hareketle konteyner; taşımaya yardımcı teknik bir vasıta olarak kabul edilmelidir⁴¹. Oysa doktrindeki bu değerlendirmelerin peşin hükümlülük olacağı konusunda bizim de katıldığımız bir görüş bulunmaktadır⁴². Bu görüşe göre; konteyner, işlevleri itibariyle yorumlanmalı, konteynerin kimin tarafından tedarik edildiği irdelenmelidir. Konteynerin gönderen tarafından temin edildiği durumlarda konteyner, taşıma süresini ve masrafları azaltmak için kullanıl-

35 Resmi Türkçe çevirisinde “dizi halinde taşıt” kavramıyla çevirilmiş “articulated vehicle” ifadesi orijinal CMR metne ve uygulama açısından daha uygun olan “mafsallı taşıt” kavramını tam olarak karşılamamaktadır, Karan, s.31, dn.31. Arkan ise; “dizi halinde taşıt” kavramı yerine “bağlı taşıt” kavramını kullanmaktadır, Arkan, Sabih (1979) ‘Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri’ (Uygulanma Koşulları), BATİDER, Cilt:X, s.403. Doktrinde Aydın ise; “dizi halinde taşıt” kavramının ikiden fazla taşıtı çağrıştırması sebebiyle çeviri için uygun bir tercih olmadığını belirtmiş ve “bağlı taşıt” kavramını kullanmıştır. Bununla birlikte Aydın “dizi halinde taşıt” kavramının, motorlu araç kısmı dışında arkada yer alan bağlanmış kısmı ifade ettiği özeleştirisinde de bulunmuştur, Aydın, s.16, dn.38; Özdemir de “bağlı taşıt” kavramını tercih etmektedir, Özdemir, Turkey (2006) Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu), İstanbul, s.23.

36 KTA m.4’e göre motorlu taşıt; “demiryolu üzerinde hareket edenlerle, elektrikle işleyenler haricinde kalıp, bir yol üzerinde normal olarak insan ve eşya naklinde kullanılan kendi kendine müteharrik herhangi bir nakil vasıtası” olarak ifade edilir. Dizi halindeki taşıtlar ise; “römorkun bir kısmı motorlu vasıtaya bindirilmiş ve bu römork ile taşıdığı yükün ağırlıklarının hissedilir bir kısmı motorlu vasıtaya dayanacak şekilde birbirine bağlı bir motorlu vasıta ile ön dingili olmayan bir römork” olarak tanımlanır. Römork ise; “motorlu bir vasıta tarafından çekilmek üzere kullanılan herhangi bir vasıta” anlamına gelmektedir.

37 Aydın, s.17; Özdemir, s.23; Özdemir, Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu, s.22.

38 Karan, s.32.

39 Arkan, Uygulanma Koşulları, s.404.

40 Aydın, s.17; Erdil, Engin (2015) Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.11.

41 Adıgüzel, s.13.

42 Yeşilova, Ecehan (2004) Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara, s.25; Karan, s.36.

maktadır. Bu kullanımda konteyner, taşıtın bir parçası olan taşıtın kasasından farklı değildir. Konteynerin gönderen tarafından temin edildiği durumlarda, konteyner dış risklere karşı koruma işlevine sahip olduğu için ambalaj olarak değerlendirilmelidir⁴³. Konteynerin boş olarak taşımaya konu olması halinde ise, konteyner bizatihi eşyadır. Böyle bir durumda konteyner taşıt olarak kabul edilemez. Ancak konteynerin taşıyıcı tarafından temin edildiği durumlarda taşıtın bir parçası olarak değerlendirilmelidir. CMR için yapılan bu değerlendirme, TTK için de geçerlidir.

CMR m.2'de taşıyıcının karayolu taşımasının yanında taşımanın başka taşıma modları ve taşıtlar ile taşıma gerçekleştirmesi durumu düzenlenmektedir. CMR'nin başka bir hükmünde ise, taşıyıcının taşıtı kiraladığı kişinin yardımcıların fiil ve ihmalleri durumu düzenleme konusu yapılmıştır (m.17/3). Mezkur düzenlemelere bakıldığında, CMR'nin uygulama alanına giren taşımaların taşıt ile yapılması gerektiğinden şüphe yoktur.

B. CMR VE HGB'NİN TAŞIT KULLANIMI BAĞLAMINDA TTK'YA ETKİSİ

TTK taşıma işleri kitabı TTK için bir yenilik olarak ayrı bir kitap olarak düzenlenmiştir. Böylece taşıma hukukunun ayrı bir hukuk dalı olduğu TTK ile de teyit edilmektedir. Bu düzenleme esnasında birçok CMR ve HGB hükmüne büyük ölçüde TTK hükmü olarak yer verilmiş veya bu hükümler kanun koyucuya düzenleme esnasında yol gösterici olmuştur.

TTK taşıma işleri kitabı hükümleri olarak alınan CMR hükümleri, TTK'nın lafzına etki etmenin yanı sıra özüne de etki etmiştir. Günlük hayatta taşıma faaliyeti, taşıyıcının sahip olduğu bir taşıt ile gerçekleştirilebilir. Ancak bu durum zorunlu olmadığından, taşıyıcının başka bir kişinin mülkiyetinde bulunan taşıtı kiralamak veya malikinden ödünç almak suretiyle⁴⁴ de taşımayı gerçekleştirebilmesi mümkündür⁴⁵. Taşıt arızası ve taşıtı kiraya verenin kusu-

43 Hepgürler de denizyoluyla yapılan taşımalarda işlevden hareket eden görüşü benimsemekle birlikte konteynerin kullanış amacına değil, mahiyet ve yapısına göre değerlendirme yapılması gerektiği, bu şekilde yapılan bir değerlendirmede ise eşyayı koruma amacının bulunmadığı dolayısıyla dolayısıyla ambalaj olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir, Hepgürler, Ezgi (2011) Deniz Yoluyla Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığında Görev Alanların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.28

44 Taşıma işleri kitabında taşıtın ödünç alınmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Taşıtın ödünç alınması haline de kıyasen TTK m.877 hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

45 Arkan, s.13; Topsoy, Fevzi (2014) 'Taşınma Eşyaları Taşınmalarında Taşıyıcının Özel Yükümlülükleri', Ankara Barosu Dergisi, S.72, s.29. Taşıma işi gönderen tarafından temin edilmiş bir taşıtla dahi gerçekleştirilebilir, Ülgen, s.1988.

runu düzenleyen TTK m.877 hükmü, taşımada taşıt kullanılıp kullanılmadığı ayırımına gidilmeksizin düzenlenmiştir. Mehz CMR m.17/3'te de böyle bir ayırma gidilmemekte ise de, CMR m.1 hükmü sebebiyle, taşımanın taşıt kullanımı şartıyla uygulama alanına dâhil edilebilmesinden dolayı böyle bir ayırma esasen ihtiyaç yoktur. Ancak TTK için aynı hususu söyleyebilmek mümkün değildir. Zira TTK'da taşıma işleri kitabının uygulama alanı için taşıt kullanımı konusunda bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Diğer taraftan, taşımanın taşıtın varlığı şartıyla taşıma işleri kitabına dâhil olabileceğinden hareketle böyle bir ayırma gerek duyulmadığı düşüncesi de kayda değerdir. Ancak bu hükmün CMR m.17/3 hükmünden neredeyse aynen alınmış olması ve CMR m.1'de taşımanın taşıt ile gerçekleştirilmesinin şart olması sebebiyle TTK taşıma işleri kitabının bünyesine taşıt ile taşımanın gerçekleştirilmesi hükmünün girdiği göz ardı edilmemelidir. Bu halde, TTK taşıma işleri kitabının özüne uygulama alanı itibarıyla taşıt kullanma şartının girdiği söylenebilir⁴⁶.

HGB §412'den alınan yükleme ve boşaltmaya ilişkin TTK m.863/1 hükmüne göre; kural olarak gönderen taşıma güvenliğine uygun olarak taşıta koymalı, istiflemeli, sabitleyerek yüklemeli ve aynı şekilde boşaltmalıdır⁴⁷. Bu hüküm taşıt kullanımı açısından değerlendirilmelidir. Bu hüküm iki farklı şekilde düşünülebilir. Bunlardan ilki; “taşıma işi taşıt kullanılarak ifa edilecek ise” taşımanın taşıt aracılığıyla yapılması durumunda taşıma güvenliğine uygun şekilde yükleme ve boşaltma faaliyetinin gerçekleştirilmesi gerektirir. Diğeri ise; TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanı itibarıyla taşımanın taşıt aracılığıyla gerçekleştirileceğinden bahisle bu faaliyetlerin taşıma güvenliğine uygun olması gerektirir. Kanaatimizce ikinci değerlendirme daha isabetlidir. Zira taşıta yükleme ve boşaltmanın faaliyetinin TTK'da yer alan bu hükümde “yükleme taşıt aracılığıyla yapılacaktır” gibi bir ifadeye rastlanılmamaktadır. Oysaki hüküm; sözleşme, durumun gereği veya ticari teamülün aksine işaret etmesi durumunda gönderenin yükleme ve boşaltmayla yükümlü olmadığı düzenlemesine yer vermektedir. Kanun koyucu benzer şekilde taşımanın taşıt ile ifa edilmesi durumu için böyle bir ayırma gidebilecek iken gitmeme yolunu tercih ettiği söylenebilir.

46 Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.1 hükmü gereğince; “*Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.*” O halde, sadece kanunun ve bu arada TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanının sınırlarının tespiti için sadece maddelerin sözüne değil, aynı zaman da özüne de bakılmalıdır.

47 TTK m.863/1 c.1 hükmü “Sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır.” şeklindedir.

TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanı bakımından açıkça taşıtın kullanılmasının şart olduğu ifade edilmese de bu husus, taşıma işleri kitabı taşıtın bir şart olarak aranmadığı anlamına gelmemelidir. Özü itibarıyla taşıt kullanımı, CMR ile birlikte taşıma işleri kitabına girmiştir. Ancak kanaatimizce herhangi bir tereddüde yol açmaması açısından yapılacak olan bir kanuni düzenleme ile açıkça bu hususa yer verilmesi isabetli olacaktır. Böyle bir düzenlemeye taşıma işleri kitabının genel hükümleri içinde “hükümlerin uygulama alanı” başlıklı TTK m.851 hükmünde yer verilebilir.

IV. TAŞIMA HERHANGİ BİR TAŞIT İLE GERÇEKLEŞTİRİLEBİLİR Mİ?

TTK taşıma işleri kitabında, CMR m.1’de yer verildiği gibi taşımanın sadece belli nitelikler taşıyan veya belli taşıtlarla gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin açıkça bir hükme yer verilmemektedir⁴⁸. Ancak taşımanın herhangi bir taşıt ile gerçekleştirilmesi, gönderenin menfaati olan, eşyanın taşıyıcıya teslim edildiği gibi teslim yerine ulaştırılması amacına uygun olduğu söylenebilir. Bazı hallerde taşıma için belli nitelikleri haiz olmayan taşıtın kullanılması birtakım hassas eşyalar için taşıyıcının eşyayı koruma borcuna aykırılık teşkil edebilir. Bu hassas eşyalar; doğal niteliği gereği bozulmaya müsait hassas eşyalar⁴⁹ olabileceği gibi genel emniyet ve düzeni, yani insanlar ile diğer canlıların hayatını ve beden bütünlüğünü, taşınan eşya dışındaki eşyaların varlığını veya çevreyi tehdit eden tehlikeli eşyalar⁵⁰ da olabilir.

Taşımanın taşıt ile gerçekleştirileceği taşıma sözleşmesinde kararlaştırılmış olmasıyla birlikte ne tür bir taşıt ile taşımanın gerçekleştirileceği kararlaştırılmamış ise; bu halde şöyle bir değerlendirme yapılmalıdır. TTK m.850/3 hükmü gereğince, taşıma işleri ticari işletme faaliyeti ve bu sebeple de bu faaliyeti yürüten taşıyıcı tacir olduğundan⁵¹ taşıyıcının basiretli bir taşıyıcı gibi davranması gerekir⁵² (TTK m.18/2). Bu halde taşıyıcı, taşıtın seçiminde özenli

48 Kiran, Süleyman (2015) Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması, Ankara, Adalet Yayınevi, s.27.

49 Bu eşyalara ilişkin bir düzenlemeye CMR m.17/4-d’de yer verildiği gibi TTK m.878/1-d’de de yer verilmektedir.

50 Karayoluyla eşya taşınmasında taşıt kullanılması şartının arandığı konusunda bkz. Kiran, s.26-29.

51 TTK m.12/1 hükmü gereği ticari işletmeyi kendi adına işleten kişiye tacir denildiğinden, TTK m.850/3 hükmü gereği ticari işletme işi faaliyetini yürüten taşıyıcı tacirdir. Aynı yöndeki görüş için bkz. Özdemir, s.184.

52 Tedbirli bir taşıyıcının göstermesi gereken özen için TTK m.876 hükmünün gerekçesinde “...‘Tedbirli taşıyıcının özeni’ ibaresi kaynak Alm TK 426 ncı paragrafında ‘büyük bir özen gösterilmesi’ şeklinde ifade edilmiştir. Bu ölçünün kanunumuzdaki ölçüden daha sert olduğu söylenebilir. ‘Büyük özen’ hukukumuzda da kullanılmayan, hatta bilinmeyen

davranmalıdır⁵³. Taşıyıcı, taşınacak eşyanın niteliğini ve izlenecek yolun durumunu dikkate almak suretiyle taşımaya en uygun taşıt türünü kullanmayı tercih etmelidir⁵⁴. Böyle bir taşıta taşıyıcının sahip olmaması ve taşıyıcı tarafından böyle bir taşıtın temin edilemiyor olması durumunda ise taşıyıcı yola çıkmamalıdır.

Taşıyıcı, eşyaların teslim alındığı gibi teslim yerine ulaştırılması amacıyla hizmet eden bir taşıt tercih etmelidir. Ancak bu zorunlu bir husus olarak algılanmamalıdır. TTK m.878'de *"Taşıyıcı, sözleşme uyarınca eşyayı sıcağa, soğuğa, ısı değişikliklerine, neme, sarsıntılara ya da benzer etkilere karşı özel olarak koruma yükümlülüğü altında ise, birinci fıkranın (d) bendine ancak, hâl ve şartlara göre, özellikle de gerekli donanımın seçimi, bakımı ve kullanımına ilişkin kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış bulunması hâlinde dayanabilir."* hükmüne yer verilmektedir. Hükümden anlaşılacağı üzere taşıyıcı, doğal niteliği itibariyle bozulmaya müsait olan eşyalar için ancak kendisine düşen tüm önlemleri almış ise sorumluluktan kurtulabilir. Dolayısıyla taşıyıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için öncelikle hâl ve şartların gerekli kıldığı donanımı haiz taşıtı seçmek zorundadır. Yine bu hükümden, özel donanımlı taşıt kullanımının herhalde değil, taşıma sözleşmesi taraflarınca sözleşmeyle kararlaştırılması halinde şart olduğu anlaşılmaktadır⁵⁵. Buna karşın, et gibi doğal niteliği itibariyle sadece özel donanımlı taşıtlar ile taşınması gerekli olan eşyanın teslimi halinde zımni olarak böyle bir sözleşmenin bulunduğu kabul edilmelidir⁵⁶. Dolayısıyla taşıyıcı, bu gibi doğal nitelikleri gereğince bozulmaya müsait eşyaların taşınmasında meydana gelen zarardan kaynaklanan sorumluluktan kurtulabilmesi için taşımanın herhangi bir taşıt ile değil, somut taşıma için gerekli olan donanımı haiz bir taşıt ile taşınması ve bu durumu ispat etmesi halinde sorumlu tutulmayacaktır.

Tehlikeli eşya taşımalarının da bir taşıt aracılığıyla yapılması gerekmektedir. Tehlikeli Maddelerin Karayoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik m.4 f.1 "t" bendi tehlikeli eşya taşınması için taşıtın; *"Karayolunda tehlikeli madde*

bir ölçüdür. Bu sebeple anılan ölçünün kanunumuza yansıtılması uygun görülmemiştir. 'Tedbirli' yerine 'çok tedbirli' ibaresi kullanılabilirdi..." şeklinde ziya, hasar ve gecikme halinde basiretli davranma ölçüsünün üzerinde bir tedbirli davranma arandığı görülmektedir.

53 Taşıyıcı, TTK m.877 hükmü gereğince taşıt arızasına dayanarak bile sorumluluktan kurtulamaz. Bu sebeple, taşıtın seçiminde özenli davranmak zorundadır.

54 Arkan, s.13.

55 Nitekim bu hususa TTK m.877 hükmünde de "...Sözleşmede öngörülmemişse veya taşımanın niteliği doğal olarak 878 inci maddenin birinci fıkrasının (d) bendi hükmü dolayısıyla gerektirmiyorsa, soğutma, ısıtma ile ısıya ve neme karşı özel tesisatlar hükmün uygulama alanı içinde değildir. İspat yükü taşıyıcıdadır..." şeklinde yer verilmektedir.

56 Aydın, s.89-90.

taşımacılığı yapılması amacıyla ilgili mevzuata uygun olarak imal edilen en az dört tekerlekli ve azami tasarım hızı 25 km/s'den fazla olan kamyon, kamyonet, tanker ve bunlar tarafından çekilmesine izin verilen römorklar ile çekici türündeki taşıtlarla çekilen yarı römork veya römork türündeki taşıtlar ile bu amaçla özel donanımı bulunan diğer taşıtları" ifade ettiğine yer verilmektedir⁵⁷. Tehlikeli eşya taşımalarını konu alan taşımaların bu belirtilen özellikleri haiz olması gerekmektedir. Bu özellikleri haiz taşıtlar, tehlikeli eşya taşımalarında kullanılmadığı takdirde taşıtın seçiminde özenli davranıldığından ve dolayısıyla taşıyıcının basiretli hareket ettiğinden bahsedilemeyecektir.

Doğal nitelikleri gereği hassas eşya taşınmalarında, özel donanımlı taşıtın kullanılmasının sözleşmeyle kararlaştırılmaları halinde bu taşıtlarla taşınmaları zorunlu olmakla birlikte, tehlikeli eşya taşımalarında durum farklıdır. Tehlikeli eşya taşımalarında, herhalde taşımanın belli nitelikleri haiz taşıt ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Tehlikeli eşyaların taşınmalarında, tıpkı yukarıda ifade edilen doğal nitelikleri itibarıyla bozulmaya müsait ve sadece özel donanımlı taşıtlar ile taşınması gerekli olan hassas eşyalarda olduğu gibi bu eşyaların tesliminde taşıma sözleşmesinin tarafları arasında taşıt ile taşıma konusunda zımni bir sözleşmenin bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak tehlikeli eşyaların taşınmalarında taşıtın seçimi "*hâl ve şartlara göre*" yapılmasının yanında, mevzuat hükümlerine de uygun olmalıdır. O halde örneğin; azami tasarım hızı 20 km/s'den kamyon, Tehlikeli Maddelerin Karayoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik m.4 f.1 "t" bendine uygun bir taşıt olmadığından "*hâl ve şartlara göre*" uygun olsa da genel olarak tehlikeli eşya taşımaya uygun kabul edilemez.

Taşıma için kullanılacak taşıt sadece taşıma konusu eşyaya değil, taşıma konusu yola da uygun olması gerekmektedir. Taşımanın söz konusu olacak taşımaya uygun bir taşıt ile gerçekleştirilmesi "taşıma güvenliği ilkesi"nin bir sonucudur⁵⁸. Bu halde taşıyıcı tarafından müstakbel taşıma işi için tercih

57 Ayrıca tehlikeli eşya taşımaları faaliyetini gerçekleştirecek olan taşıtların Tehlikeli Maddelerin Karayoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik m.7 f.2 bendindeki "ADR Bölüm 3.2 Tablo A'da yer alan bir kısım tehlikeli maddelerin taşınmasında kullanılacak taşıtlar (EX/II, EX/III, FL, OX, AT ve MEMU) ADR Bölüm 9'da belirtilen hükümlere uygun olması gerekir. Söz konusu taşıtların, Türkiye'deki ilk muayenesinde, Bakanlık veya Bakanlığın yetkilendirdiği kurum/kuruluşa verilmiş Taşıt Uygunluk Belgesi (ADR Uygunluk Belgesi) ile belgelendirilmesi zorunludur." hükmüne uygun olması gerekmektedir.

58 TTK m.877 hükmünün gerekçesi "...Bunun sebebi 863 üncü maddede yer alan taşıyıcılık işletmesinin sahip olması gerekli ve önlemlerini almakla yükümlü bulunduğu taşıma güvenliği ('işletme güvenliği') ilkesidir. Güvenli taşımaya elverişli bir araçla taşımayı gerçekleştirmek, taşıyıcının yükümlülüğüdür. Bu güvenlik, taşıtın sadece kendisine özgülenez. Tüm teknik tesisatlar, yağ pompası, amortisör, araç kutusu gibi bütünleyici parçalar (TMK m. 684) ile eklentiler (TMK m. 686) de kavrama dahildir..." şeklinde bu hususa yer verilmektedir.

edilecek taşıt tüm aksamıyla taşıma konusu eşyaya ve izlenecek yola uygun olmalıdır.

Diğer taraftan, sözleşme veya teamüle uygun olarak üstü açık bir taşıtla veya güverteye yükleme yapmak suretyle bir taşıtla gerçekleştirilen bir taşımada; hasar, zıya veya teslimde gecikme halinde taşıyıcı açısından bir sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmaktadır (TTK m.878/1-a). Ancak bu sorumluluktan kurtulma sebebine dayanabilmek için zararın üstü açık bir taşıtla veya güverteye yükleme yapmak suretyle bir taşıtla taşımadan kaynaklanmış olduğunu ispat etmek gereklidir⁵⁹. Bununla birlikte, üstü açık taşıtla gerçekleştirilen taşımının sözleşme veya teamül gereği yapılmış olması da ispat edilmesi gereken diğer bir husustur⁶⁰. Üstü açık taşıttan anlaşılması gereken; eşyanın taşınması için tamamen kapalı bir ortama sahip olmayan taşıttır. Bu anlamda her ne kadar hükümdeki ifade “üstü açık” olsa da kanaatimizce hüküm amaçsal yorumlanmalı, üstü kapalı olmakla birlikte taşıtın yanlarının dış etkilere yeterince koruma sağlamayacak şekilde kısmen ya da tamamen açık olması halinde bu hükmün kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca tenteli taşıt dahi üstü açık taşıt olarak kabul edilmelidir⁶¹.

V. TAŞIT İLE GERÇEKLEŞTİRİLMİYEN TAŞIMALARIN HUKUKİ DURUMU

Taşıma işi günlük hayatta -her ne kadar günümüzde sayıca az da olsa- insan gücüyle ifa edilebilir. Taşıma işi hamal taşımada olduğu gibi insan gücüyle taşıtsız veya el arabasıyla taşımada olduğu gibi insan gücüyle bir motorsuz taşıtla gerçekleştirilebilir. Bunun yanında taşıma işi hayvan sırtında, at arabasıyla olduğu gibi -yine günümüzde sayıca az da olsa- bir hayvanın itme veya çekme gücüyle de ifa edilebilir. Günümüzde ise daha çok; kamyon, kam-

59 Adıgüzel, Burak (2012) Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu (Karayolu), 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.185-186.

60 TTK m.878/1-âda CMR m.17/4-âdan farklı olarak, HGB §427/1'de olduğu gibi sözleşmenin yanında teamülden de üstü açık taşıtla taşımının bir sorumluluktan kurtulma sebebi olduğuna yer verilmektedir, Adıgüzel, Karayolu, s.184. Ayrıca CMR m. m.17/4-âda sözleşmenin yanında taşıma senedine de bu nitelikteki bir taşıma için anlaşıldığı konusuna yer verilmesi aranmaktadır. Bu şart TTK m. m.878/1-a için aranmamaktadır. TTK'da bahsi geçen teamül, TTK m.2/1 hükmünde “kanunda aksine bir hüküm yoksa...” ifadesine karşılık gelen ticari teamüldür. Bu sebeple mahkemenin yargısına esas alınmalıdır.

61 TTK m.878 hükmünün gerekçesinde “...Üstü açık araç, yükün taşınmasına müsait kapalı yeri bulunmayan araçtır. Tenteli araç tente sabit olsa da kapalı sayılamaz...” şeklinde bu husus ifade edilmektedir. CMR açısından farklı yöndeki görüş için bkz. Aydın, s.72.

yonet ve tır gibi bir motor gücüyle hareket eden taşıt aracılığıyla taşıma işinin ifa edilmesi tercih edilmektedir.

CMR'nin uygulama alanı itibariyle taşıma işi ancak CMR m.1'de sayılan bir taşıt vasıtasıyla yapılabilir. TTK taşıma işleri kitabında ise, yukarıda da değindiğimiz üzere, taşımanın bir taşıt ile yapılması şartı kanun metninde açıkça böyle bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bununla birlikte, TTK kanunlaşırken CMR'nin taşıta ilişkin hükümleri, TTK taşıma işleri kitabının bünyesine sirayet etmiştir. Bu halde taşıma işinde taşıt kullanılması şartının TTK taşıma işleri kitabına, sözüyle olmasa bile dolaylı olarak özü itibariyle girdiği söylenebilir.

TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanı için özü itibariyle taşıt kullanımını şart koştuğu tespitinden sonra, hangi taşıtların TTK taşıma işleri kitabı kapsamına gireceği değerlendirilmelidir. TTK taşıma işleri kitabında lafız itibariyle herhangi bir taşıt türü zikredilmemektedir. Bu ise, hamallık gibi insan gücüyle ya da el arabası veya bisiklet gibi motorsuz taşıtlar ile yapılan taşımaların dahi TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanı kapsamında yer aldığı gibi bir değerlendirmeye müsaittir. Ancak kanaatimizce bu durumun hakkaniyete uygun olduğunu söyleyebilmek son derece zordur. Zira TTK m.876'da olduğu gibi taşıyıcının sorumluktan kurtulabilmesi için “en yüksek özeni” gösterdiğinin ispat edilmesi gibi ağır sorumluluk hükümlerine tabi tutulması hakkaniyete uygun düşmemektedir.

Diğer taraftan, sadece belli taşıtların kullanılması halinde uygulama alanı bulan CMR hükümlerini alarak, bu hükümleri hamallık taşımalarına veya motorsuz taşıtla taşımalara uygulamak kanun koyucunun amacıyla bağdaşamamaktadır⁶². Bu halde, TTK taşıma işleri kitabının, uygulama alanı itibariy-

62 Kanun koyucu, TTK taşıma işleri kitabı ile CMR hükümlerine uyum sağlamayı amaçlamıştır. Bu hususa TTK Genel Gerekçesi m.158'de “Taşımaya ilişkin hükümlerin büyük çoğunluğu 1926 yılında kabul edilen Türk Ticaret Kanunundan geliyordu. Bunlara da birçok ülkenin bugün yürürlükten kalkmış hükümleri kaynaklık etmişti. Söz konusu hükümler hem Türkiye'yi uluslararası piyasaların dışında tutuyor hem taşıma sektörünün gereksinimlerine cevap veremiyor hem de yorum güçlükleri doğuruyordu. Bu sebeple esas itibarıyla sınır aşan taşımalar hakkında öngörülmüş olmakla beraber hem iç hem de dış kara taşımacılığında, uluslararası uygulamada geniş kabul gören CMR kısaltmasıyla anılan Karayollarında Eşya Taşınmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşme hükümlerinin Tasarıya yansıtılması bir gereklilik olarak ortaya çıkıyordu. Çünkü CMR sınır içi taşımacılığa ilişkin maddi hukuk ve kanunlar ihtilafı kuralları da içermektedir. Bu düşünce Komisyonu da hakim olmuştur. Gerçi Türkiye 1977 yılında CMR'yi kabul etmişti, ancak 6762 sayılı Kanundaki hükümlerin bu uluslararası sözleşme ile, çoğu kez, çelişmesi sorunlar çıkarıyordu. Bu nedenle, çelişkinin ortadan kaldırılabilmesi için Tasarıda taşımanın CMR

le KTA ve CMR’de olduğu gibi motorlu taşıtlar ile gerçekleştirilen taşımaları kapsadığı; motorsuz taşıt yani, insan ya da hayvan gücüyle yapılan taşımaları kapsam dışında bıraktığı kabul edilmelidir.

TTK’da hangi taşıtların uygulama alanı kapsamında kabul edilmesi gerektiğine ilişkin açıkça bir sayıma gidilmekte, CMR’de olduğu gibi KTA’ya herhangi bir atıf yapılmakta ve hatta bu konuya dolaylı olarak işaret eden bir hüküm de bulunmamaktadır. TTK’nın bu suskunluğu karşısında, kanaatimizce eşya taşımaya herhangi bir şekilde elverişli olan bütün motorlu taşıtların TTK’nın uygulama alanı kapsamında yer aldığını kabul etmek uygun olacaktır. Zira motorlu taşıtlar arasında TTK’nın uygulama alanı kapsamına dâhil etme bakımından bir ayrıma gitmenin haklı bir gerekçesi bulunmadığı gibi bütün motorlu taşıtları bu kapsamda kabul etmek, ileride teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkabilecek yeni motorlu taşıt türlerini de TTK’nın uygulama alanı dışında bırakılmaması açısından da isabetli olacaktır.

Kanaatimize uygun olarak, TTK taşıma işleri kitabının, motorlu taşıt ile gerçekleştirilen taşıma dışındaki taşımaları uygulama alanı itibariyle kapsamadığının kabul edilmesi halinde; bu taşımalara hangi mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hususu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Bu halde, özel hüküm olan TTK taşıma işleri kitabı hükümlerinde düzenleme bulunmaması sebebiyle bu hükümlerin uygulanamayacak olması karşısında, bu taşımalara genel hükümleri uygulamak gerektiği ifade edilmelidir. Taşıma işi; eşyanın teslim alındığı gibi hak sahibine teslimi amacını güden bir işgörme sözleşmesidir⁶³. 6098 sayılı TBK vekâlet sözleşmesine ilişkin m.504/2’de “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*” hükmüne yer verilmektedir. Bu hükümden hareketle, taşımanın motorlu taşıt aracılığıyla yapılan bir taşıma dışında bir taşıma olması halinde vekâlet hükümlerinin taşıma işinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını söyleyebilmek mümkündür. Gerçekten de bu halde motorsuz taşıt ile gerçekleştirilen taşıma işine uygulanacak olan hükümler, TBK’da düzenlenen vekâlet hükümler olmalıdır.

hükümlerine uygun bir tarzda kaleme alınması yoluna gidilmiştir.” şeklinde yer verilmektedir.

63 Tüzüner, Özlem (2012) ‘Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.101, s.171; Arkan, s.29.

SONUÇ

TTK’da “taşıt” ve “araç” kavramlarının her ikisi de kullanılmakla birlikte, bu iki kavram kanun metninde aynı anlamı ifade etmektedir. Yapılacak herhangi bir kanuni düzenlemede, bu iki kavramdan birinin tercih edilmesi isabetli olacaktır. Bu halde, CMR’de yer alan “vehicle” ifadesinden hareketle, kanaatimizce “taşıt” kavramı tercih edilebilir.

TTK taşıma işleri kitabında, CMR’de olduğu gibi taşıt kullanımının zorunlu olduğuna ilişkin açıkça bir hükme yer verilmemektedir. Bununla birlikte, taşıma işleri kitabı düzenlenirken CMR’de yer alan taşıt ile ilgili bir takım hükümlere yer verilmiştir. Böylece taşıma işleri kitabında açıkça şart koşulmasa bile, uygulama alanı itibariyle taşıt kullanma şartı TTK taşıma işleri kitabına özü itibariyle sirayet etmiştir.

Karayolu taşımaları dışındaki taşıma modlarında taşımanın taşıt vasıtasıyla yapılacağına ilişkin bir şüphe bulunmamaktadır. Karayolu taşımalarında da taşımanın taşıt aracılığıyla gerçekleştirilmesi durumunda TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanı kapsamında yer aldığı kabul edilmelidir. Ancak bu durumun her türlü taşıt ile yapılan taşımaları değil, sadece motorlu taşıt ile gerçekleştirilen taşımaları kapsadığı kanaatindeyiz.

Sadece motorlu taşıtla gerçekleştirilen taşımalar, TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanı kapsamında kabul edilmelidir. Bununla birlikte, motorlu taşıtların arasında herhangi bir ayırım yapılarak, herhangi bir kısmının kapsam dışında bırakılmaması gerekmektedir. Böyle bir ayrıma gitmenin haklı bir gerekçesinin bulunmadığı ve teknolojik gelişmeler sonucu yeni ortaya çıkacak taşıt türlerini kapsam dışında bırakabilecek nitelikte olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu sebeple, tüm motorlu taşıtların TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanı kapsamında yer aldığı kabul edilmelidir.

Motorlu taşıt dışındaki taşıtların kullanıldığı taşımaların, TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanı dışında değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Aynı şekilde, herhangi bir taşıt kullanmaksızın gerçekleştirilen taşımaların da TTK taşıma işleri kitabının uygulama alanı dışında yer aldığı kabul edilmelidir. Aksi takdirde, bu taşımalara TTK taşıma işleri kitabının ağır sorumlulukları hükümleri uygulanmış olacaktır ki; bu durum hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacaktır.

Motorlu taşıtlar dışındaki taşıtlarla veya taşıtsız olarak gerçekleştirilen taşımalara TTK taşıma işleri kitabı hükümleri uygulanmamalıdır. Bu halde uygulanması gereken hükümler; genel hüküm olan TBK vekâlet hükümleridir. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde bu taşımalara uygulanmalıdır.

Kural olarak, sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça, taşımanın belli nitelikleri haiz bir taşıt ile yapılması şart değildir. Durum böyle olmakla birlikte, doğal niteliği gereği bozulmaya müsait olan hassas eşyaların taşınmalarının açıkça kararlaştırıldığı hallerde, zımni olarak bir sözleşmenin kurulduğu kabul edilmelidir. Tehlikeli eşya taşımada ise; taşımanın herhalde belli nitelikleri haiz taşıt ile gerçekleştirilmesi şarttır.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, Burak (2012), Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi (Karayolu).

Adıgüzel, Burak (2015), Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi.

Arkan, Sabih (1979), 'Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri', BATİDER, Cilt:X (Uygulanma Koşulları).

Arkan, Sabih (1987), Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını.

Arkan, Sabih (1982), Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını.

Atabek, Reşat (1960), Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul.

Aydın, Alihan (2002), CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul, Arıkan Yayınevi.

Erdil, Engin (2015), Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Hepgürler, Ezgi (2011), Deniz Yoluyla Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığında Görev Alanların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Keçeci, Adnan, Türkiye'de Karayolu Taşımacılığı <http://www.mfa.gov.tr/turkiye_de-karayolu-tasimaciligi-.tr.mfa> s.e.t. 23.05.2015.

Karan, Hakan (2011), CMR Şerhi, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Kıran, Süleyman (2015), Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşınması, Ankara, Adalet Yayınevi.

Orbay Ortaç, Nurdan (2014), Havayolu ile Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Ankara, Turhan Yayınevi.

Özdemir, Turkay (2014), Taşıma Hukuku ve Sigortaları Toplantı Notları, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları.

Özdemir, Turkay (2006), Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu), İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Sözer, Bülent (2014), Deniz Ticareti Hukuku - I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Topsoy, Fevzi (2014), ‘Taşınma Eşyaları Taşınmalarında Taşıyıcının Özel Yükümlülükleri’, Ankara Barosu Dergisi, S.72.

Tüzüner, Özlem (2012), ‘Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.101.

Ülgen, Hüseyin (1988), Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yayını.

Yeşilova, Ecehan (2004), Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Doğan Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Zeyneloğlu, Ahmet (1980), Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara.

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU'NA GÖRE GENEL HİZMET SÖZLEŞMESİNDE İŞVERENİN İŞÇİYİ KORUMA BORCU

Prof. Dr. Mustafa TİFTİK*
Öğr. Gör. Ayşe ADIGÜZEL**

ÖZET

Türk Borçlar Kanunu (TBK), işverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamını işçinin kişiliğinin korunması, işçinin tacize karşı korunması ve işçinin çalıştığı işyeri ve yaptığı işten kaynaklanan tehlikelere karşı korunması şeklinde belirlemiştir. TBK'nın konuyla ilgili m. 417 hükmü, insanın yaşam ve sağlık hakkını ön plana çıkaran, zararı gidermekten öte önlemeyi hedefleyen bir tarzda meseleyi ele almıştır. Aynı bakış açısını İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda (İSGK) da görmek mümkündür.

TBK, işçinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin genel bir hüküm koymuştur; İSGK ise, işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirme adına yapması gerekenlerin neler olduğunu ayrıntılı olarak düzenlemiştir. İSGK Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçileri, çırak ve stajyerleri, memur, sözleşmeli personel ve diğer kamu görevlilerini içine almaktadır.

İSGK, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla çıkarılmış ilk kandır. Bu Kanun'dan yararlanacak olanların ve sorumluluk yüklenenlerin çok geniş ele alınması, iş sağlığı ve güvenliği sorunlarının çözümünde doğru bir adım olarak değerlendirilmektedir. Gerçekten, sorunu sadece hasar giderme yoluyla değil de daha da öncelikli olarak önleme yoluyla çözme arayışı, insana ve onun kişisel bütünlüğüne atfedilen değeri gösteren bir yaklaşımdır.

Anahtar Kelimeler: Genel hizmet sözleşmesi, işverenin işçiyi koruma borcu, iş sağlığı ve güvenliği, çalışanın hakları, işverenin hukuki sorumluluğu.

* Ondokuzmayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Öğretim Görevlisi.

ACCORDING TO CODE OF OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY LIABILITY OF EMPLOYER TO PROTECT WORKER IN THE GENERAL SERVICES CONTRACT

ABSTRACT

Turkish Code of Obligation defines the scope of the worker's regardless liability of the employer's as the protection of worker's personality, the protection of worker's harassment, the protection of worker's against the dangers that arising from the works and workplace. The article 417 of the Turkish Code of Obligation examines the issue that brings to the fore the rights of human life and health, aims to prevent dangers instead of the other expenses. It is possible to see the same perspective in the Code of Occupational Health and Safety.

Turkish Code of Obligation includes a general article regarding the occupational health and safety of worker. The Code of Occupational Health and Safety arranges the things which the employer must to do to fulfill that obligation in detail. The Code of Occupational Health and Safety contains the workers, apprentices and trainees, civil servants, contracted personnel and other public officials who work under the Code of Maritime Labour Law, Press Labour Law and Turkish Code of Obligation.

The Code of Occupational Health and Safety is the first law in order to ensure occupational health and safety. Dealing widely of people who will benefit from the code and responsables is considered as a step for the solution of problems about the occupational health and safety. Truly, the searching for solution by the preventing firstly not only to troubleshooting damages is an approach that the value to people and their personal integrity.

Keywords: General services contract, liability of the employer to protect worker, occupational health and safety, the rights of employee, legal responsibilities of employers.

GİRİŞ

Genel hizmet sözleşmesi, ivazlı bir sözleşme olması sebebiyle sözleşmenin her iki tarafına da birtakım borçlar yüklemektedir. İşçi ve işverenin hizmet sözleşmesinden doğan borçları incelendiğinde, bunların birbirine karşılık geldiği görülmektedir; ücret ödeme ile işgörme, işçiyi gözetme ile sadakat borçlarında olduğu gibi.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹, işverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamını işçinin kişiliğinin korunması, işçinin tacize karşı korunması ve işçinin çalıştığı işyeri ve yaptığı işten kaynaklanan tehlikelere karşı korunması şeklinde belirlemiştir. TBK'nın konuyla ilgili m. 417 hükmü, insanın yaşam ve sağlık hakkını ön plana çıkaran, zarar gidermekten öte zararı önlemeyi hedefleyen bir tarzda meseleyi ele almıştır. Aynı bakış açısını 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda² da görmek mümkündür.

TBK işçinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin genel bir hüküm koyarken, İSGK'nın ise, işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirme adına yapması gerekenlerin neler olduğunu ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

İş sağlığı ve güvenliği herkesin hakkıdır. Münferit kanunlarda bununla alakalı yapılan düzenlemeler yalnız söz konusu kanunun kapsamına girenleri bağlamakta, meselenin bu şekilde çözülmeye çalışılması durumunda ister istemez bazı kişiler çalışma hayatının getirdiği sağlık ve güvenlik risklerine karşı korumasız kalabilmektedir. İSGK'nın 30.06.2012 tarihinden itibaren kademe- li olarak yürürlüğe girmesi ile iş sağlığı ve güvenliği sorunu tüm çalışanları kapsayacak ortak düzenlemelere tabi tutulmuş; sorumluluk çalışan, işveren ve devlet arasında paylaştırılmıştır. Kanun iş sağlığı ve güvenliği konusunda özel kanun olma özelliğini haiz olup çalışanların tamamını, yani genel hizmet sözleşmesi ile çalışanları da kapsadığından bu sözleşmeye dayalı iş ilişkileri de İSGK'nın uygulanma alanına girmektedir.

Çalışmamızda, genel hizmet sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcunun İSGK çerçevesinde değerlendirmesi amaçlandığından, çalışmanın Birinci Bölümünde öncelikle genel hizmet sözleşmesi ile ilgili genel açıklamalara yer verilmiştir. İkinci Bölümde ise İSGK'nın işverene getirdiği yükümlülükler ele alınmış ve son olarak da Üçüncü Bölümde iş sağlığı ve güvenliği bakımından işverenin yükümlülüklerini ihlal etmesinin yaptırımları incelenmiştir.

1 RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

2 RG. T. 30.06.2012, S. 28339.

I- GENEL HİZMET SÖZLEŞMESİ

A. TANIMI VE UNSURLARI

Genel hizmet sözleşmesi, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda iş-görme sözleşmeleri arasında yer verilmiş bir sözleşme türüdür. TBK m. 393'e göre; hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Görüldüğü gibi hizmet sözleşmesi iki tarafa da borç yükleyen, ivazlı bir sözleşmedir. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda, yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, tanımda "bağımlılık" unsuruna yer verilmiş olması, hizmet sözleşmesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nda³ tanımlanan iş sözleşmesi arasındaki tanım farklılığını ortadan kaldırmıştır⁴. Ayrıca yeni düzenleme, hizmet sözleşmesinin sadece işyeri organizasyonuna dâhil olmakla kurulabilecek bir sözleşme niteliğinde olmadığını açıkça ifade edilmesi açısından da isabetli olmuştur⁵. Kanuni tanımdan yola çıkarak hizmet sözleşmesinin unsurlarını işgörme, bağımlılık, süreklilik, ücret ve anlaşma şeklinde sıralamak mümkündür:

1. İşgörme Unsuru

Hizmet sözleşmesine konu iş bedensel ya da fikri, aktif ya da pasif bir davranış olabilir. Önemli olan işçinin mutlaka bir güç sarf etmesi değil; işverenin iktisadi olarak istifade edebileceği, onun bir ihtiyacının giderilmesi sonucunu doğuracak bir faaliyetin yerine getirilmesidir⁶. Ancak belirtmek gerekir ki; hiçbir şey yapmama ya da bir şeyi yapmaktan kaçınma işgörme olarak nitelendirilemez⁷. Bununla birlikte söz konusu faaliyetin yerine getirilmesi bu unsurun varlığı için zorunlu olmayıp işçinin bu yöndeki taahhüdü de yeterlidir⁸.

3 RG. T.10.06.2003, S. 25134.

4 Eren, Fikret (2014), Borçlar Hukuku Özel hükümler, Ankara, Yetkin, s. 535, 536; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak (2014) Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, Beta, s. 871; Soyer, M. Polat (2008) "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 'Genel Hizmet Sözleşmesi' ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, Legal, s. 151; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim (2014), Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul, s. 52; Güneş, Başak/Mutlay, Faruk Barış (2011), "Yeni Borçlar Kanununun 'Genel Hizmet Sözleşmesi' ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, C. 3, S. 30, s. 235.

5 Soyer, TBK Tasarısı, s. 151.

6 Sümer, Haluk Hadi (2015) İş Hukuku, 20. Tıpkı Baskı, Konya, Mimoza, s. 37; Guhl/Koller/Druey/Schnyder (2000), Das Schweizerische Obligationenrecht, 9.Auflage, Zürich, s. 477; Yavuz/Acar/Özen, s. 873; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 53; Eren, s. 530.

7 Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre (2013) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, Turhan, s. 419; Eren, s. 530.

8 Yavuz/Acar/Özen, s. 873.

2. Bağımlılık Unsuru

Bağımlılık unsuru, hizmet sözleşmesi ile diğer işgörmeye sözleşmeleri arasındaki en temel farktır. İşçi işgörmeye borcunu işverenine bağımlı olarak, yani onun emir ve talimatları doğrultusunda yerine getirmekle yükümlüdür⁹. Bağımlılık, bir anlamda, işçi ile işveren arasındaki hiyerarşik ilişkinin ifadesidir. Ancak bu kavramı sadece emretme-emri uygulama ile sınırlı anlamamak gerekir. Zira bağımlılık, hizmet sözleşmesinin yapılması ile birlikte işçiyi işverenin egemenliği altına sokan ve doğrudan işçinin kişiliğine etki eden bir hukuki bağımlılıktır¹⁰. Sözü edilen bağımlılık, aynı zamanda işçinin işverenin sağladığı imkânları kullanarak işini görmesi ile iktisadi açıdan işverenine bağımlı olmasını da kapsamaktadır¹¹.

3. Süreklilik Unsuru

Hizmet sözleşmesi, süreklilik arz eden bir sözleşmedir. Bu özellik, hizmet sözleşmesinin belirli bir sonucu gerçekleştirme amacına yönelik olarak yapılamayacağı; ancak o sonucu gerçekleştirmeye yönelik fiillerin sözleşmenin devamı süresince yapılmasını esas alabileceği anlamına gelmektedir¹². Tarafların hizmet sözleşmesini belirli bir süre ile sınırlı olarak ya da süre belirlemeksizin yapmaları süreklilik unsuru açısından önem taşımaz. Burada önemli olan işçinin sözleşmede üstlenmiş olduğu sürenin tamamını ona bağımlı olacak surette işverenin emrine arz etmesidir¹³.

4. Ücret Unsuru

Bir işgörmeye borcunun hizmet sözleşmesi çerçevesinde ele alınabilmesi için, işin mutlaka ücret karşılığında görülmesi gerekmektedir. Şayet ücret olmaksızın bir başkasının işini görme söz konusu ise vekâlet ilişkisinden söz edilebilecektir¹⁴. Bununla birlikte ücretin uzun süredir ödenmiyor olması ya da ücretin ve miktarının açıkça kararlaştırılmaması hizmet sözleşmesinin var-

9 Süzek, Sarper (2014), İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta, s. 220; Aktay, A. Nizamettin / Arıcı, Kadir / Senyen-Kaplan, E. Tuncay (2011), İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 47; Yavuz/Acar/Özen, s. 874; Eren, s. 531.

10 Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş (2014), İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), 6. Bası, Ankara, Turhan, s. 303; Guhl/Koller, §46, N.7, s. 470; Eren, s. 531.

11 Eren, s. 531.

12 Sümer, s. 37; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 293; Guhl/Koller, §46, N.4 s. 469.

13 Yavuz/Acar/Özen, s. 873; Eren, s. 532.

14 Süzek (2014), s. 219; Yavuz/Acar/Özen, s. 874; Eren, s. 533.

lığını etkilemez¹⁵. Zira hayatın olağan akışı içinde, ücret olmaksızın yapılması yacağı herkesçe bilinen işlerde tarafların ücret ödeneceği hususunu görüşmemiş olmaları halinde de ücretin varlığı kabul edilir¹⁶. Önemli olan, tarafların, aralarındaki iş ilişkisinden doğan işin bir bedelinin olduğu hususunda mutabık olmalarıdır¹⁷. Taraflar arasında ücretin nakdi ya da aynı olarak ödeneceği kararlaştırılabileceği gibi, işçiye kazanç elde etme imkânı verme şeklinde de kararlaştırılabilir¹⁸.

5. Anlaşma Unsuru

Tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları, hizmet sözleşmesinin anlaşma unsurunu oluşturur: Hizmet sözleşmesi, bir işin belirli veya belirli olmayan bir süre için ücret karşılığında, bağımlı olarak görülmesi hususunda işçi ve işverenin karşılıklı ve birbirine mutabık irade beyanlarıyla kurulur. Sözleşmeyi kuracak irade beyanlarının açık ya da örtülü olması mümkündür¹⁹. Bu husus hizmet sözleşmesi için de geçerlidir²⁰.

Hizmet sözleşmesinin geçerliliği özel bir şekil kuralına bağlanmamıştır²¹. Sözleşmenin TBK m. 27'de belirtilen geçerlilik unsurlarını haiz olması; yani sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmaması gerekir. Aksi halde sözleşme, kesin olarak hükümsüzdür ve baştan itibaren geçersizdir. Bununla birlikte, TBK m. 27/f.II gereğince, kural olarak, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez²².

15 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat (2015), İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28. Bası, İstanbul, Beta, s.115.

16 Yavuz/Acar/Özen, s. 875; Süzek, İş Hukuku, s. 218.

17 Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut (2013) İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul, Beta, s. 71.

18 Yavuz/Acar/Özen, s. 875; Tunçomağ ve Centel, s. 71.

19 Oğuzman, M. Kemal/Öz M. Turgut (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 67; Antalya, Gökhan (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 2. Baskı, İstanbul, Beta, s. 66; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir (2014), Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 6. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz, s. 143; İnan, Ali Naim/Yücel, Özge (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 169, 173; Reisoğlu, Safa (2013) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul, Turhan, s. 63.

20 Eren, s. 533; Soyer, TBK Tasarısı, s. 151; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 100; Zevkliler/Gökayla, s. 423.

21 Guhl/Koller, §46, N.48-49, s. 479; Eren, s. 534; Süzek (2014), s. 293; Yavuz/Acar/Özen, s. 878.

22 Kılıçoğlu, Ahmet (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 41; Antalya, s. 284; İnan/Yücel, s. 234.

Ancak TBK m. 394/f.III hizmet sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin özel bir hükme yer vermiştir. Buna göre; geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılınca kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Böylece işçi, geçersiz bir sözleşmeye dayalı olarak çalışma ihtimaline karşı korunmuş olmakta, çalışmasının karşılığı olan haklarını talep edebilmektedir²³.

TBK m. 394/f.III'teki sonradan anlaşılan geçersizlikten söz edilmesi üzerinde de durmakta fayda vardır. Bu hüküm, işçinin geçersizliği baştan itibaren biliyor olduğu hallerde yani işçinin geçersizlik konusunda iyiniyetli olmadığı durumlarda işçinin aleyhine sonuçların ortaya çıkmasına yol açabilecek mahiyette midir? Doktrinde işçinin iyiniyetli olmasının TBK m. 394/f.III'ün uygulanması bakımından şart olduğunu kabul eden görüşün²⁴ yanı sıra, böyle bir yorumun işçinin korunması ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden hareketle iyiniyetin bir şart olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunan bir görüş²⁵ de söz konusudur ve kanaatimizce ikinci görüş, iş seçme şansına sahip olmayan işçinin korunması bakımından daha isabetlidir.

B. HİZMET SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN BORÇLAR

1. İşçinin Borçları

a. Bizzat Çalışma Borcu

TBK m. 395 uyarınca; sözleşmeden veya durumun gereklerinden aksi anlaşılmadıkça işçi, işgörme borcunu bizzat ifa etmelidir. İşin bizzat yapılması emredici nitelikte olmamakla beraber işçi, borcunu kusurlu olarak yerine getirmemekten sorumludur. Bu hüküm bir işgörme sözleşmesi olan hizmet sözleşmesinde, işin görülmesinde işçinin kişisel nitelikleri ve haiz olduğu özellikleri önem taşıdığı cihetle isabetli görülmektedir²⁶.

23 Narmanlıoğlu, Ünal (2014) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Beta, s. 247; Guhl/Koller, s. 479; Eren, s. 534.

24 Ekmekçi, Ömer (2005), “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hizmet Sözleşmesi Taraflarının Karşılıklı Hak ve Borçları ve İşçinin Kişiliğinin Korunmasına İlişki Hükümler”, Legal Hukuk Dergisi, s. 3707; Yavuz/Acar/Özen, s. 880.

25 Soyer, M. Polat (2012) “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15. Yıl Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 168; Süzek, İş Hukuku, s. 321; Soyer, TBK Tasarısı, s. 152.

26 Guhl/Koller, §46, N.51, s. 480; Eren, s. 537; Gümüş, M. Alper (2013), Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, İstanbul, Vedat, s. 398; Yavuz/Acar/Özen, s. 894, 895; Yavuz/Acar/Özen, aynı yerde “durumun gereği” meselesini işçinin tüzel kişi olması hali ile örneklemiş ise de işçinin gerçek kişi olması gerektiği İş K. m. 2/f.I'de düzenlenmiş olduğundan örneğe katılmak mümkün değildir.

b. Özen Borcu

TBK m. 396 uyarınca; işçi, yüklendiği işi özenle yapmak zorundadır. İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür. İşçinin özen borcu, işini yaparken göstermesi gerekli olan azami dikkati ifade eder. İşçi, işini sözleşmeye ve işin niteliğine uygun şekilde yerine getirebilmek için bedeni ve fikri olarak elinden gelen gayreti göstermelidir²⁷.

İşçinin özen borcunu ihlali bakımından, kusurun türü ve derecesi önemli değildir. İşçi hafif ihmal de dâhil her tür kusurundan sorumlu tutulmaktadır. TBK m. 400/f.İ'e göre; işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur²⁸. İşçinin sorumluluğunun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur. Bu hükümden yola çıkarak, doktrinde işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde iki kriter dikkate alınmaktadır. Bunlardan biri işin niteliği ile ilgili olarak tehlikeli olup olmamasını, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesini ifade eden objektif kriter; diğeri ise işçinin yetenek ve niteliklerini ifade eden sübjektif kriterdir²⁹. Sorumluluğun zarar şartına bağlı olduğunu belirtmekte fayda var. İşçinin kusurlu davranışı bir zarara sebep olmadıkça işçiyi sırf kusurlu hareketi nedeniyle sorumlu tutmak söz konusu değildir³⁰.

İşçinin özen borcunu ihlalden doğan sorumluluğunu sözleşme ile sınırlamak mümkündür³¹. Ancak bunun, sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen TBK m. 115/f.I hükmü uyarınca sadece hafif kusura ilişkin olabileceği, kast ve ağır ihmal şeklinde ortaya çıkan ağır kusura dayalı sorumluluğu etkilemeyeceği kanaatindeyiz³². Özen borcunu ihlal, borca aykırılıktan doğan tazminat yükümlülüğünün yanında sözleşmenin işveren tarafından haklı nedenle feshine de imkân tanımaktadır³³.

27 Eren, s. 537.

28 Soyer, TBK Tasarısı, s. 154; Soyer aynı yerde, düzenlemenin hafif ihmali de kapsamasını işçinin sorumluluğunu çokça genişlettiği ve ara sıra meydana gelen hataların da işçiye yükletilmesi sonucunu doğuracağından eleştirmiştir.

29 Yavuz/Acar/Özen, s. 896; Eren, s. 538.

30 Eren, s. 540.

31 Yavuz/Acar/Özen, s. 898.

32 Süzek (2014), s. 339.

33 Yavuz/Acar/Özen, s. 898; Süzek, İş Hukuku, s. 339; Tunçomağ/Centel, s. 98; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 105.

c. Sadakat Borcu

TBK m. 396 uyarınca; işçi, işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. Bu borç, işçinin işverenin menfaatlerine aykırı davranışlardan kaçınmasını, onun menfaatlerine uygun davranışları gerçekleştirmekte de gayretli olmasını ifade etmektedir³⁴. Hangi davranışların sadakat borcuna uygun ya da aykırı olduğunu sayarak sınırlamak mümkün değilse de hırsızlık, işverenin itibarını düşürecek davranışlarda bulunmak, işyerindeki aksaklıkları işverene bildirmemek, işverenin zararını önleyecek tedbirleri almamak gibi hallerin sadakat borcunu ihlal ettiği söylenebilir³⁵.

Bununla birlikte m. 396/f.II ve f.III'te sadakat borcunun kapsamına giren hususlar belirtilmiştir. Buna göre; işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girilemez, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz³⁶. Hatta işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür³⁷. İşçinin sadakat borcu, işverenin işçiyi koruma borcunun karşı edimini teşkil etmektedir³⁸.

d. Teslim ve Hesap Verme Borcu

TBK m. 397 uyarınca; işçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyler ile hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri ve özellikle paraları derhal ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür³⁹.

e. Fazla Çalışma Borcu

TBK m. 398 uyarınca; işyerinde işçinin normal çalışma süresini aşan bir çalışma yapılmasını gerektiren bir halin ortaya çıkması durumunda, işçinin bunu yapmasına engel bir durumunun bulunmaması ve söz konusu işi yapmaktan kaçınmasının dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiği hallerde,

34 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 202; Eren, s. 537-538.

35 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 530; Yavuz/Acar/Özen, s. 900.

36 Guhl/Koller, §46, N.60, s. 482.

37 Eren, s. 539; Yavuz/Acar/Özen, s. 901.

38 Eren, s.538; Guhl/Koller, §46, N.60, s. 482.

39 Eren, s. 539; Yavuz/Acar/Özen, s. 901.

karşılığı verilmek şartıyla, işçi fazla çalışmaya katılmakla yükümlüdür⁴⁰. Anlaşıldığı üzere; işçinin sağlık, ailevi yükümlülükler ya da işin işçi tarafından yapılmasında zaruret bulunmayan hallerde işçi fazla çalışma yapma borcu altında olmayacaktır. İşveren, fazla çalışma için işçiye normal çalışma ücretinin en az yüzde elli fazlasıyla ücret ödemek ya da işçinin rızasıyla uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak izin vermekle yükümlüdür⁴¹. Esasen fazla çalışma borcu, işçinin işverene sadakat (bağlılık) borcunun bir uzantısıdır⁴²

f. Düzenlemelere ve Talimata Uyma Borcu

İşçi işverenin yönetim, gözetim ve denetimi altındadır. Bu, bağımlılığın bir sonucudur. TBK m. 399, yönetim hakkına sahip işverene, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilmek ve onlara özel talimat verebilme yetkisi tanırken; işçiye de dürüstlük kuralı çerçevesinde bu düzenleme ve talimatlara uyma zorunluluğu yüklemiştir⁴³.

2. İşverenin Borçları

a. Ücret Ödeme Borcu

Hizmet sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı bir sözleşmedir. Bu nedenle işveren işçinin işgörmeye borcunun karşılığı olarak bir ücret ödeme yükümlülüğü altındadır. Ücret ödeme, işverenin asli edimini oluşturur. TBK m. 401’de işveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücreti yahut sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlü tutulmuştur⁴⁴.

İşçinin işverenin kusurlu olarak işin görülmesini engellemesi nedeniyle ya da uzun süreli bir hizmet ilişkisinde hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın işgörmeye edimini ifa edememesi hallerinde de işverenin ücret ödeme yükümü devam eder⁴⁵.

b. İş Verme Borcu

İşçi, sözleşme gereğince yalnız bir işveren için sadece parça başına veya götürü iş yapmayı üstlenmişse TBK m. 411 gereğince işveren, ona yeterli

40 Yavuz/Acar/Özen, s. 903, 904; Eren, s. 539-540.

41 Soyer, TBK Tasarısı, s. 157; Yavuz/Acar/Özen, s. 904.

42 Eren, s.540.

43 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 119; Süzek (2014), s. 220, 339, 340.

44 Yavuz/Acar/Özen, s. 913; Eren, s. 542.

45 Eren, s. 547; Yavuz/Acar/Özen, “uzun süreli bir hizmet ilişkisi” ile belirsiz süreli iş sözleşmelerinin kastedildiği görüşündedir, s. 928.

iş vermekle yükümlüdür. İşveren, kendi kusuru olmaksızın sözleşmede öngörülen parça başına veya götürü iş sağlayamayacak durumda bulunduğu veya işletme koşulları geçici olarak gerektirdiği takdirde işçiye, ücreti zaman esasına göre öder. Bu durumda, zamana göre ödenecek ücret, anlaşmada veya hizmet ya da toplu iş sözleşmesinde belirlenmemişse işveren, işçiye parça başına veya götürü olarak daha önce aldığı ortalama ücrete eşdeğer bir ücret ödemekle yükümlüdür. İşçiye parça başına veya götürü ya da zamana göre iş sağlayamayan işveren, en azından işgörme edimini kabulde temerrüt hükümleri uyarınca zamana göre işgörmede ödeyeceği ücreti ödemekle yükümlüdür (TBK m. 411/f. III)⁴⁶.

Taraflar sözleşme ile ücretin hangi yöntemle belirleneceğini, miktarını, ödeme yeri ve zamanını kararlaştırabilirler. Şayet işçiye parça başına ya da götürü usulde ücret ödenmesi kararlaştırılmış ise m. 412 uyarınca, işverence, işçiye yapacağı her iş öncesinde birim ücretin bildirilmesi gerektiği, aksi halde aynı ya da benzer bir iş için belirlenmiş olan birim ücretin ödeneceği hükme bağlanmıştır⁴⁷.

c. İş Araç ve Malzemeleri Temin Borcu

TBK m. 413 hükmü gereği, işveren aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa işçiye iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür. İşverenin söz konusu yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınması, işçinin edimini yerine getirmesi için gerekli hazırlık fiillerinin yapılmaması anlamına geleceğinden, borcun ifa edilmesini engelleyen bir hal olarak, alacaklının temerrüdü hükümleri devreye girecektir⁴⁸. Buna karşılık taraflar arasındaki anlaşma uyarınca, araç veya malzeme işçi tarafından temin edilerek işin görülmesine hasredilirse, anlaşma ve yerel âdete aykırı olmamak kaydıyla, işveren bunun için işçiye uygun bir karşılık ödemekle yükümlüdür⁴⁹.

d. Giderleri Karşılama Borcu

İşin görülmesinin gerektirdiği her türlü harcama ile işçinin işin görülmesi için kullanmakta olduğu taşıtın işletilmesi ve bakımı için gerekli olağan giderler, hizmet için kullanıldığı ölçüde, işverence karşılanır. Giderler için ya-

46 Eren, s. 548.

47 Narmanlıoğlu, s. 291; Yavuz/Acar/Özen, s. 915, 916; Eren, s. 549.

48 Tunçomağ/Centel, s. 149; Eren, s. 549; Yavuz/Acar/Özen, s. 932; Narmanlıoğlu, s. 277.

49 Yavuz/Acar/Özen, s. 932.

pılacak ödeme, her harcama tutarına karşılık olarak ya da zorunlu harcamalardan az olmamak üzere götürü şekilde yapılabilir. Taraflar daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa ücretle birlikte ödenir. Zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmalar geçersizdir⁵⁰.

e. İşçinin Kişiliğinin Korunması Borcu

İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve haysiyetinin, kişisel ve mesleki saygınlığının, özel yaşamının, ahlaki değerlerinin ve genel olarak özgürlüğünün korunması anlamına gelir⁵¹. İşverenin işçinin kişiliğini koruma borcu, bir yandan işçinin sadakat borcunun, diğer yandan da işçinin işverene bağımlı olmasının karşılığını oluşturmaktadır. TBK'nın bu borcun kapsamı ile ilgili düzenlemeleri, işverenin yükümlülüklerinin belirlenmesinde ancak yönlendirici bir özellik arz eder; yoksa borcun kanunda sayılanlarla sınırlı olduğu anlamına gelmez⁵². TBK m. 417'de işçinin kişiliğini korumak, işçiye saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen sağlamak, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli tedbirleri almak, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak ve işçinin kişisel verilerini korumak işverenin yükümlülükleri olarak sıralanmıştır. Aynı maddede, işverenin söz konusu yükümlülüklerini ihlali sonucu meydana gelen zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi tutulmuştur⁵³.

Kanun, ev düzeni içinde işverenle birlikte yaşayan işçilerle ilgili olarak özel düzenlemelere de yer vermiştir. İşveren kendisi ile birlikte yaşayan işçisinin beslenme ve barınmasını sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca işveren, bir yıllık çalışma süresini doldurmuş olmak kaydıyla, kusuru olmaksızın hastalanması ya da kazaya maruz kalması yahut gebelik ve doğum gibi bir sebeple işgörmeye borcunu yerine getiremeyen işçinin kıdemine göre en az iki en çok dört hafta bakım ve tedavisini sağlamak zorundadır. İşçinin sosyal sigorta yardımlarından yararlanma hakkı bulunuyorsa, işverenin bakım ve tedavi yükümlülüğünden söz edilemez⁵⁴.

50 Eren, s. 549, 550; Yavuz/Acar/Özen, s. 933.

51 Süzek (2014), s. 401.

52 Yavuz/Acar/Özen, s. 937; Süzek (2014), s. 400.

53 Eren, s. 550, 551.

54 Narmanlıoğlu, s. 321, 322; Yavuz/Acar/Özen, s. 940; Güneş/Mutlay, s. 260.

TBK, belli bir kişi hakkındaki tüm bilgiler olarak tanımlanan⁵⁵ ve kişiliğin bir parçasını teşkil eden kişisel verilerin kullanılmasını da işçinin kişiliğinin korunması başlığı altında ele almış ve işverenin işçiye ait kişisel verileri kullanabilmesine ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde izin vermiştir (m. 419)⁵⁶.

f. Tatil ve İzinleri Verme Borcu

İşveren, işçiye her hafta, kural olarak pazar günü, bir tam çalışma günü hafta tatili; belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin feshi hâlinde, bildirim süresi boyunca günde iki saat iş arama izni; en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür⁵⁷.

g. Hizmet Belgesi Verme Borcu

İşveren, işçinin isteği üzerine her zaman işin türünü, süresini ve işçinin açıkça istemde bulunması hâlinde işgörmadaki becerisi ile tutum ve davranışlarını içeren bir hizmet belgesi vermekle yükümlüdür. İşveren, hizmet belgesini zamanında vermemesinden veya belgede doğru olmayan bilgilerin bulunmasından doğan zararlar için hem işçiye hem de işçiyi işe alan yeni işverene karşı sorumludur⁵⁸.

h. Sinaî ve Fikrî Mülkiyet Hakkı

TBK m. 427 uyarınca; hizmet buluşları üzerinde işçinin ve işverenin hakları, bunların kazanılması ile diğer sinaî ve fikrî mülkiyet hakları konusunda özel kanun hükümleri uygulanır. Maddede zikredilen hizmet buluşları⁵⁹ ve üzerindeki haklar 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁶⁰ ile düzenlenirken istihdam edilenler tarafından vücuda getirilen eserler üzerindeki fikrî haklar 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu⁶¹ m. 18/f.II’ de düzenlenmiştir⁶².

55 Özdemir, Hayrunnisa (2009) Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara, Yetkin, s. 124.

56 Eren, s. 552.

57 Eren, s. 553, 554; Yavuz/Acar/Özen, s. 941, 942.

58 Yavuz/Acar/Özen, s. 944; Eren, s. 555.

59 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 17/f.2’ye göre; hizmet buluşları, işçinin bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği veya işletmenin veya kamu idaresinin büyük ölçüde deneyim ve çalışmalarına dayanan, işçinin iş ilişkisi sırasında yaptığı buluşlardır.

60 RG. 27.06.1995, S. 22326.

61 RG. 13.12.1951, S. 7981.

62 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Adıgüzel, Ayşe (2013), Çalışanların Eserleri ve Buluşlar Üzerindeki Fikrî Mülkiyet Hakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

II- İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE İŞ- VERENİN ÇALIŞANI KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KAVRAMI

İş sağlığı ve güvenliği, çalışanların çalışma yaşamında karşılaştıkları yaşam ve vücut bütünlüklerine yönelik tehlikelerin ortadan kaldırılması ya da azaltılması konusunda işverene, işçiye ve devlete getirilen hukuki, tıbbi ve teknik yükümlülükler ile iş kazası⁶³ ve meslek hastalıkları⁶⁴ gibi çalışma yaşamının getirdiği sağlık risklerinin önlenmesini ve azaltılmasını ifade etmektedir⁶⁵. İş sağlığı ve güvenliği, en temel insan haklarından olan sağlık ve yaşam hakkının korunması zorunluluğunun sonucu olarak ortaya çıkan bir kavramdır. Sağlık ve yaşam haklarının en fazla risk altında olduğu çalışma alanları ile ilgili yapılacak önleyici düzenlemelerle, çalışanlara insani yani sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamı sağlanması amaçlanmaktadır. Görüldüğü gibi iş sağlığı ve güvenliği, sadece iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle meydana gelen zararları gidermeyi değil; daha da öncelikli olarak bu tür olumsuz sonuçların doğmasını engellemeyi hedef almaktadır⁶⁶.

- 63 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 13'e göre; "İş kazası;
a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,
b) (Değişik: 17/4/2008-5754/8 md.) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,
c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,
d) (Değişik: 17/4/2008-5754/8 md.) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,
e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır."
- 64 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 14'e göre; "Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir."
- 65 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 315, 316.
- 66 Akı, Erol (2014), "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı), Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan I, C. 15, İzmir, s. 3; Güzel, Ali (2003) "Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2003, s. 17; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1349, 1350; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 316.

1. Dar Anlamda İş Sağlığı ve Güvenliği

Dar anlamda iş sağlığı ve güvenliği, işçinin gerek beden gerekse ruh sağlığına zarar vermesi muhtemel iş ve işyeri kaynaklı riskleri önlemeye yönelik hükümler şeklinde tanımlanabilir⁶⁷. Ancak belirtmek gerekir ki Türk hukukunda iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı hükümleri, çalışanın bedensel olarak korunmasını düzenlemiş, çalışanın ruhsal açıdan korunmasına ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Dar anlamda iş sağlığı ve güvenliği hükümleri işverenin alması gereken önlemler olarak karşımıza çıkmakta olup, işverenin hem kendi işçilerini hem de geçici olarak ya da alt işverenlik ilişkisi çerçevesinde işyerinde çalışmakta olan diğer işçileri kapsamaktadır⁶⁸.

2. Geniş Anlamda İş Sağlığı ve Güvenliği

Geniş anlamda iş sağlığı ve güvenliği, iş ilişkisinin işçi lehine kurulması ve geliştirilmesi için devlete yüklenen sorumluluğu ifade etmektedir. Sosyal devlet anlayışının bir sonucu olan geniş anlamda iş sağlığı ve güvenliği, devletin sözleşmelerin yapılması, sözleşme hükümlerinin belirlenmesi, sözleşmelerin sona ermesine ilişkin yasal düzenlemelerle işçinin işveren karşısındaki konumunu güçlendirmesi yükümlülüğünü kapsamaktadır⁶⁹.

B. 6331 SAYILI İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU'NUN KAPSAMI

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İş K.) denetim ve teftişi düzenleyen hükümleri hariç iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümleri yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Kanun koyucu, İSGK'nun kapsamını oldukça geniş tutmuştur. İSGK m. 2'ye göre Kanun, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacaktır. Kanun İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçileri, çırak ve stajyerleri, memur, sözleşmeli personel ve diğer kamu görevlilerini içine almaktadır⁷⁰.

67 Bayram, Fuat (2015), "Çalışma Yaşamında Ön Plana Çıkan İş Sağlığı ve Güvenliği Problemleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 12, S. 45, s. 74; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 1351; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 322.

68 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 322.

69 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 322.

70 Centel, Tankut (2013), "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Kapsamı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı), Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, s. 80, 81; Baycık, Gaye (2013), "Çalışanların İş Sağlığı ve

Bununla birlikte Kanun, bazı faaliyet ve kişileri kapsam dışında tutmuştur. Bu faaliyet ve kişiler; fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı'nın faaliyetleri, afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri, ev hizmetleri, çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar, hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleridir (İSGK m. 2/b. 2).

C. DEVLETİN VE ÇALIŞANLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İSGK işverenin yanında devlet ve çalışanlara birtakım ödevler yüklemiştir. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasının tek başına işverenin çabası ile mümkün olamayacağı açıktır. Bu bakımdan hem devletin hem de çalışanların bu sürece destek vermesi kaçınılmazdır.

1. Devletin Yükümlülükleri

Anayasa m. 56, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamak hakkına sahip olduğunu ve devletin bununla ilgili gerekli düzenlemeleri yapmak ve söz konusu düzenlemelere uyulmasını denetlemek suretiyle sağlık hizmetlerini yerine getireceğini belirtmektedir. Devletin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri, sosyal devletin temel ödevlerindendir⁷¹. Devlet iş sağlığı ve güvenliği mevzuatını oluşturmak, uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli teşkilatı kurmak ve denetim görevini yerine getirmekle yükümlüdür⁷².

2. Çalışanların Yükümlülükleri

İSGK m. 19 uyarınca; çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemek; işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını kurallara uygun şekilde kullanmak, bunların güvenlik donanımlarını doğru olarak kullanmak, keyfi olarak çıkarmamak ve değiştirmemek; kendilerine sağlanan kişisel koru-

Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, s. 107; Süzek, İş Hukuku, s. 867, 868; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1357; Akı, s. 4.

71 Balkır, Z. Gönül (2013), "İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu", Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 1, s. 76.

72 Süzek (2014), s. 866; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 325.

yucu donanımı doğru kullanmak ve korumak; işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermek; teftişe yetkili makam tarafından işyerinde tespit edilen noksanlık ve mevzuata aykırılıkların giderilmesi konusunda ve kendi görev alanında, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmakla yükümlüdürler.

D. İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında esas yükümlülük işverene aittir⁷³. Zira işveren, işçisini koruma borcu altındadır ve işçinin sağlığının ve güvenliğinin sağlanması bu borcun işverene yüklediği en önemli sorumluluklardandır⁷⁴.

İSGK'da işverenin yükümlülükleri; işverenin genel yükümlülüğü (m. 4), risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü (m. 10), acil durumlara ilişkin yükümlülükler (m. 11), iş kazası ve meslek hastalıklarının kaydını tutma ve bildirme yükümlülüğü (m. 14), sağlık gözetimi yükümlülüğü (m. 15), çalışanları bilgilendirme ve eğitime yükümlülüğü (m. 16, 17), çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımlarının sağlanması yükümlülüğü (m. 18) ve iş sağlığı ve güvenliği organizasyonu yapma yükümlülüğü olarak belirlenmiştir.

“İşverenin genel sorumluluğu” başlığını taşıyan İSGK m. 4/f.1'e göre; işveren, mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapmak; işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlamak; risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak; çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne bulundurmak; yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayatı ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu hüküm çerçevesinde işverenin gerekli her türlü önlemi alma yükümlülüğü ve denetleme yükümlülüğü olmak üzere iki genel yükümlülüğünden söz edilebilir.

73 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 335.

74 Kaplan, Emine Tuncay (2003), “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş, C. 7, S. 2, s. 7.

İşverenin bir diğer yükümlülüğü de işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili organizasyonu yapma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün gereği olarak işveren, iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturmak (İSGK m. 22) ve iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri sunmak (İSGK m. 6, 8 ve 20) zorundadır⁷⁵.

İşveren iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bazı yükümlülüklerini işyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan yararlanarak yerine getirebilir. Ancak bu durum, gerek İSGK m. 4/f.II⁷⁶ gerekse TBK m. 115⁷⁷ gereğince işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri de işverenin sorumluluklarını etkilemez. Diğer bir deyişle; işveren uzman kişi ve kuruluşlar ile çalışanlardan bağımsız olarak kendi yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. İşveren söz konusu yükümlülüklerin maliyetine kendisi katlanmalıdır; bunları çalışanlara yansıtamaz⁷⁸.

1. Gerekli Her Türlü Önlemi Alma Yükümlülüğü

İSGK m. 4/f.I(a)'da, işverenin iş sağlığı ve güvenliği açısından her türlü önlemi almakla yükümlü tutulduğu, bu yönü itibarıyla düzenlemenin TBK m. 417/f.II⁷⁹ ve yürürlükten kalkan İş K. m. 77/f.I⁸⁰ ile uyumlu olduğu görülmektedir. Her türlü önlemi almakla yükümlü tutulmak, işverenin önlem alma yükümlülüğünün sadece mevzuatta sayılan önlemlerle sınırlı olmadığı, mevzuatın öngörmediği ancak bilimsel ve teknolojik gelişmelerle birlikte ortaya çıkan koruyucu ve önleyici yeni tekniklerin de işveren tarafından takip edilerek uygulamaya sokulması gerektiği anlamına gelmektedir⁸¹.

75 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 346, 347

76 “İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.”

77 “Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

78 Centel, Tankut (2013), “İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümü”, Çimento İşveren Dergisi, C. 27, S. 3, s. 12; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1364.

79 6098 s. TBK m. 417/f.2- “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.”

80 4857 s. İş K. m. 77/f.1- “İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.”

81 Kabakçı, Mahmut (2013), “6331 Sayılı Kanun’un İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m. 5) İşlevi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, s. 73; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 336; Süzek (2014), s. 878; Narmanlıoğlu, s. 322; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1362; Yarg. 21. HD. 22.04.2014, E. 2014/1282, K. 2014/8662.

2. Denetleme Yükümlülüğü

İşveren, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için gerekli her türlü tedbiri almakla sorumluluktan kurtulmuş olmamaktadır. İSGK m. 4/f.I(b) uyarınca işveren, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlamakla yükümlüdür⁸². İşveren alınan önlemlere uyulmasını sağlamak amacıyla, yönetim hakkına dayanarak, disiplin cezası da uygulayabilir. Böyle bir ceza uygulaması, çalışanları önlemleri uygulamada daha dikkatli olmaya teşvik edecektir⁸³.

3. Risk Değerlendirmesi Yapma Yükümlülüğü

Daha önce de belirtildiği üzere; iş sağlığı ve güvenliğinde asıl amaç, iş kazası ve meslek hastalıkları gibi istenmeyen sonuçların önlenmesidir. Bunun sağlanması için kanun, işverene, işyerindeki riskleri tespit ederek bunların bertaraf edilmesi, şayet bu mümkün değil ise en azından riskin ve/veya doğması muhtemel zararların azaltılmasına yardımcı olacak tedbirlerin alınması yükümlülüğü getirmiştir (İSGK m. 10)⁸⁴.

4. Acil Durumlara İlişkin Yükümlülükler

İSGK m. 11 uyarınca; işveren çalışma ortamı, kullanılan maddeler, iş ekipmanı ile çevre şartlarını dikkate alarak meydana gelebilecek acil durumları önceden değerlendirerek, çalışanları ve çalışma çevresini etkilemesi mümkün ve muhtemel acil durumları belirlemek, bunların olumsuz etkilerini önleyici ve sınırlandırıcı tedbirleri almak, bu amaçla ölçüm ve değerlendirmeler yaparak acil durum planları hazırlamak, acil durumlarla mücadele için işyerinin büyüklüğü ve taşıdığı özel tehlikeler, yapılan işin niteliği, çalışan sayısı ile işyerinde bulunan diğer kişileri dikkate alarak önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda uygun donanıma sahip ve bu konularda eğitilmiş yeterli sayıda kişi görevlendirmek, araç ve gereçleri sağlayarak eğitim ve tatbikatlar yaptırmak ve ekiplerin her zaman hazır bulunmalarını sağlamak, özellikle ilk yardım, acil tıbbi müdahale, kurtarma ve yangınla mücadele konularında, işyeri dışındaki kuruluşlarla irtibatı sağlayacak gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlüdür.

82 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1365.

83 Baycık, Gaye, "Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşvereninin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 2, 2011, s. 236; Süzek (2014), s. 879.

84 Ertürk, Şükran (2012), "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, s. 15; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 340; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1359.

Ciddi, yakın ve önlenemeyen bir tehlikenin meydana gelmesi halinde işveren, çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapmalı ve çalışanlara bu hususa ilişkin gerekli talimatları vermelidir. İşveren tehlike sona ermedikçe çalışanların işlerine devam etmelerini isteyemez⁸⁵.

5. İş Kazası ve Meslek Hastalıklarının Kaydını Tutma ve Bildirme Yükümlülüğü

İş kazası ve meslek hastalıklarının bildirilmesi alınacak tedbirler ve sosyal sigorta yardımları açısından önemlidir. Bu nedenle işveren iş kazaları ve meslek hastalıklarının kaydını tutar, gerekli incelemeleri yaparak bunlar ile ilgili raporları düzenler ve iş kazalarını kazadan sonraki üç iş günü içinde, meslek hastalıklarını ise öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirir. İşveren hazırladığı raporların ışığı altında alınması ya da uygulanması ihmal edilen tedbirleri tespit edebilme ve benzer olayların yaşanmasının önüne geçebilme imkânı elde etmiş olacaktır (İSGK m. 14)⁸⁶.

6. Sağlık Gözetimi Yükümlülüğü

İşveren İSGK m. 15'e göre; çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak işe girişlerinde, iş değişikliğinde, iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde, işin devamı süresince çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlamakla yükümlüdür. Sağlık gözetimi sürecinde ortaya çıkan masraflar ile elde edilen bulguların değerlendirilmesi ve çalışanın tedavi altına alınmasından doğan maliyetlere işveren katlanır. Sağlık muayenesi nedeniyle edinilen bilgiler kişisel veri niteliğini haiz olduğundan bunların gizli tutulması sağlanmalıdır.

7. Çalışanları Bilgilendirme ve Eğitim Yükümlülüğü

İşin ve işyerinin sebep olabileceği kaza ve hastalıklar ya da bunların önlenmesi için uyulması gereken kurallar konusunda çalışanların yeterince bilinçlendirilmesi iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin başarıya ulaşmasında büyük öneme sahiptir⁸⁷. Bu nedenle işveren, gerek kendi çalışanlarını gerek-

85 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 346.

86 Süzek (2014), s. 888.

87 Süzek, Sarper (2005) "İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, s. 611; ILO tarafından yapılan bir araştırmada iş kazalarının %79,6'sının işçilerin güvenlik kurallarına uymaması nedeniyle gerçekleştiği tespit edilmiştir, Odaman, Serkan (2006) "İş Sağlığı ve Güvenliği

se işyerinde çalışmakta olan geçici işçilerle alt işverene ait işçileri ve çalışan temsilcilerini işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar, ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler konusunda bilgilendirmekle yükümlüdür (İSGK m. 16)⁸⁸.

İşverenler, bilgilendirmenin yanı sıra İSGK m. 17 uyarınca, çalışanların işe başlamadan önce ya da çalışma yerinin, işin veya iş ekipmanının değişmesi yahut yeni teknoloji uygulanması hâlinde, iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri almasını sağlamakla yükümlüdür. Eğitimler, değişen ve ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenilenir, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanır. Ayrıca iş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana işe başlamadan önce, söz konusu kazanın veya meslek hastalığının sebepleri, korunma yolları ve güvenli çalışma yöntemleri ile ilgili ilave eğitim verilir. Herhangi bir sebeple altı aydan fazla süreyle işten uzak kalanlara da tekrar işe başlatılmadan önce bilgi yenileme eğitimi verilir. Bu madde kapsamında verilecek eğitimin maliyeti çalışanlara yansıtılamaz. Eğitimler dinlenme süreleri dışında yapılır ve eğitimde geçen süre çalışma süresinden sayılır. Eğitim sürelerinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması hâlinde, bu süreler fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirilir. Alt işverenin işçileri ile geçici işçiler hakkında da aynı hükümler geçerlidir⁸⁹.

8. İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği İle İlgili Organizasyonu Yapma Yükümlülüğü

a. İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Oluşturmak

İş sağlığı ve güvenliği konusunda atılacak en doğru adımlardan biri, iş sağlığı ve güvenliğini kurumsal bir yapıya kavuşturmadır⁹⁰. İSGK m. 22'ye göre; elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturur ve kurulun iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kararlarını uygular. Kurul oluşturma zorunluluğu için işyerinde çalışan sayısının sürekli elli olması gerekmez; işin ve işyerinin niteliği gereği elli ve daha fazla çalışanın bulunması

Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri ile Uluslararası Standart", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 11, s. 888; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 1366; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 338.

88 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 1366.

89 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 339.

90 Akın, Levent (2005), "İş Sağlığı ve Güvenliğinde İş Yerinin Örgütlenmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 1, s. 4.

gereken işyerleri için bu şart sağlanmış kabul edilir⁹¹. Kanun çalışan ibaresini kullandığından elli sayısının tespitinde sadece işçiler değil statüsü ne olursa olsun işyerinde asıl işverene bağlı olarak çalışanların tümü dikkate alınacaktır. Buna karşılık alt işveren işçileri ile geçici işçiler hesaba katılmayacaktır⁹². Elli sayısının tespitinde, aynı işverene ait işyerleri ayrı ayrı değerlendirilecektir⁹³.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun görevleri İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik⁹⁴ m. 8’de düzenlenmiştir. Buna göre; iş sağlığı ve güvenliği kurulu, işyerinin niteliğine uygun bir iş sağlığı ve güvenliği iç yönerge taslağı hazırlamak, işverenin veya işveren vekilinin onayına sunmak ve yönergenin uygulanmasını izlemek, izleme sonuçlarını rapor haline getirip alınması gereken tedbirleri belirlemek ve kurul gündemine almak; iş sağlığı ve güvenliği konularında o işyerinde çalışanlara yol göstermek; işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikeleri ve önlemleri değerlendirmek, tedbirleri belirlemek, işveren veya işveren vekiline bildirimde bulunmak; işyerinde meydana gelen her iş kazası ve işyerinde meydana gelen ancak iş kazası olarak değerlendirilmeyen işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğratma potansiyeli olan olayları veya meslek hastalığında yahut iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili bir tehlike halinde gerekli araştırma ve incelemeyi yapmak, alınması gereken tedbirleri bir raporla tespit ederek işveren veya işveren vekiline vermek; işyerinde iş sağlığı ve güvenliği eğitim ve öğretimini planlamak, bu konu ve kurullarla ilgili programları hazırlamak, işveren veya işveren vekilinin onayına sunmak ve bu programların uygulanmasını izlemek ve eksiklik görülmesi halinde geri bildirimde bulunmak; işyerinde yapılacak bakım ve onarım çalışmalarında gerekli güvenlik tedbirlerini planlamak ve bu tedbirlerin uygulamalarını kontrol etmek; işyerinde yangın, doğal afet, sabotaj ve benzeri tehlikeler için alınan tedbirlerin yeterliliğini ve ekiplerin çalışmalarını izlemek; işyerinin iş sağlığı ve güvenliği durumuyla ilgili yıllık bir rapor hazırlamak, o yılki çalışmaları değerlendirmek, elde edilen tecrübeye göre ertesi yılın çalışma programında yer alacak hususları değerlendirerek belirlemek ve işverene teklifte bulunmak; İSGK m. 13’te belirtilen çalışmaktan kaçınma hakkı talepleri ile ilgili acilen toplanarak karar vermek; işyerinde teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmeye yönelik çalışmalar yapmakla görevlidir.

91 Süzek, İş Hukuku, s. 891; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 347.

92 Demircioğlu, Murat/Kaplan, Hasan Ali (2013), “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.30, s. 9; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 1393.

93 Centel, Tankut (2013), “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, s. 14; Demircioğlu/Kaplan, s. 10.

94 RG. T. 18.01.2013, S. 28532.

b. İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi Çalıştırmak

İş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi İSGK m. 3/f.I(f) ve (ı) bentlerinde tanımlanmıştır. Buna göre iş güvenliği uzmanı, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip müfettiş, mühendis, mimarlar ile teknik elemanları; işyeri hekimi, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, işyeri hekimliği belgesine sahip hekimi ifade etmektedir. İşverenin iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi çalıştırma zorunluluğu için işyerinde belirli sayıda çalışan olması şartı yoktur. Söz konusu zorunluluk tüm işverenler için geçerlidir⁹⁵.

İş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimlerinin işyerindeki çalışma süresi işyerinin tehlike sınıfına göre, sayısı ise işyerinin çalışan sayısına göre değişmektedir⁹⁶. İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları işyerinde işveren adına hareket ettikleri, işyerinin yönetiminde görev aldıkları için işveren vekili niteliğini haizdirler⁹⁷.

İşverene iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda rehberlik ve danışmanlık yapmak üzere görevlendirilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı, görev aldığı işyerinde göreviyle ilgili mevzuat ve teknik gelişmeleri göz önünde bulundurarak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirler, işverene yazılı olarak bildirir. Bildirilen eksiklik ve aksaklıkların acil durdurmayı gerektirmesi veya yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı ve benzeri acil ve hayati tehlike arz etmesi, meslek hastalığına sebep olabilecek ortamların bulunmasına rağmen işveren tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması hâlinde, bu durum işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanınca, Bakanlığın yetkili birimine, varsa yetkili sendika temsilcisine, yoksa çalışan temsilcisine bildirilmek zorundadır. İş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimlerinin görevlerini mesleki bağımsızlık ve etik ilkeler çerçevesinde yapabilmelerini sağlamak amacıyla Kanun, bu bildirimlerinden dolayı iş sözleşmelerine son verilemeyeceğini, hiçbir şekilde hak kaybına uğratılamayacaklarını; aksi takdirde işveren hakkında sözleşme ile kararlaştırılan ücret üzerinden en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata mahkûm edileceğini hüküm altına almıştır (İSGK m. 8/f.II).

İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının görevi, eksiklik ve aksaklıkların bildirilmesinden ibaret olup, bunun ihmalinden sorumludurlar; ancak bildi-

95 Ocak, Saim (2013) İş Güvenliği Uzmanlığı, s. 35; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1398, 1402; Süzek (2014), s. 899.

96 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 356, 362.

97 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1401,1405; Akın, s. 24; Süzek, İş Hukuku, s. 900, 906; Ocak (2013), s. 19.

rilen eksiklik ve aksaklıkların düzeltilmesinden, tedbir ve tavsiyelerin yerine getirilmesinden işveren sorumludur (İSGK m. 8/f.II).

c. İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimi Kurmak ya da Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinden Hizmet Almak

İSGK m. 20 hükmü gereğince, işveren işyerinde tam süreli işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görevlendirdiği takdirde işyeri sağlık ve güvenlik birimi kurmak; işyerinde tam süreli çalışan işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı ve sağlık personeli bulunmaması halinde ise ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet almak suretiyle işyerinde iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunu sağlamak zorundadır⁹⁸.

d. Çalışan Temsilcisi Görevlendirme

İşveren çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması sürecine katılmalarını temin amacıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim ile veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla çalışan temsilcisi görevlendirir. İşyerinde yetkili sendika bulunması hâlinde, işyeri sendika temsilcileri çalışan temsilcisi olarak da görev yapabilirler. Çalışan temsilcisi sayısı işyerindeki çalışan sayısına göre değişmektedir.

Çalışan temsilcileri, tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için, işverene öneride bulunma ve işverenden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkına sahiptir. Görevlerini yürütmeleri nedeniyle, çalışan temsilcilerinin hakları kısıtlanamaz⁹⁹.

III- İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLERİNE UYMAMASININ YAPTIRIMLARI

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatından doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde İSGK hükümleri çerçevesinde, hem çalışanlara tanınan hakların kullanımına hem de kamusal nitelikli yaptırımların uygulanmasına katlanmak zorunda kalacaktır. Ayrıca söz konusu yükümlülüklerin ihlali, iş kazası ya da meslek hastalığı gibi istenmeyen neticelere de sebep olmuşsa işverenin hukuki sorumluluğu yoluna da gidilebilecektir.

98 İşverenin dışardan sağlık ve güvenlik hizmeti almasını taahhüt sözleşmesinin iş güvenliği alanına adın atması şeklinde değerlendiren görüş için bkz. Arıcı, Kadir (2013), “İş Sağlığı ve Güvenliği”, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş, s. 99; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 350, 351.

99 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1370; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 366.

A. ÇALIŞANIN HAKLARI

1. İşverenin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi

İş sağlığı ve güvenliği tedbirleri, işin görülmesi için işverence yapılması gerekli hazırlık fiilleri olarak kabul edilmektedir. Söz konusu tedbirlerin alınmaması, çalışanın işgörmeye borcunu ifasını engelleyen bir hal arz edecektir ki; burada işveren, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyerek kusuruyla buna sebebiyet vermiş olacaktır. Bu durum doktrinde alacaklının temerrüdü olarak nitelendirilmektedir. Çalışanın ifaya hazır olmasına karşılık işverenden kaynaklanan nedenlerle işini ifa edememesi, TBK m. 408'de işverenin edimi kabulde temerrüde düşmesi ile aynı yaptırıma tabi tutularak işverenin işgörmeye borcunu ifa edemeyen işçiye ücretini ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır¹⁰⁰.

2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

Çalışanlar, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmasını ve uygulanmasını talep hakkına sahiptirler. Tedbirlerin alınmaması halinde çalışanlar, yetkili mercilere şikâyet ve ihbarda da bulunabilirler. İşyerinde işverence uygulanmayan tedbirlerin çalışanları ciddi ve yakın bir tehlikeye maruz bırakması ise İSGK'da özel bir yaptırıma tabi tutulmuştur. İSGK m. 13, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlara çalışmaktan kaçınma hakkı tanımaktadır. Çalışanın bu hakkını kullanabilmesi için ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı, ciddi ve yakın tehlikenin tespiti, tehlikenin devam etmesi ve işin durdurulmamış olması gerekmektedir¹⁰¹.

a. Ciddi ve Yakın Bir Tehlikenin Varlığı

Çalışanın karşı karşıya kaldığı bir tehlike nedeniyle çalışmaktan kaçınabilmesi için, alelde bir tehlike yeterli görülmemekte, ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı şartı aranmaktadır. Tehlikenin ciddi olması, işin niteliğinden kaynaklanan riski aşan bir tehlike halini; yakın olması ise tehlikenin çok kısa bir zaman dilimi içinde gerçekleşebilecek mahiyette olmasını ifade etmektedir.

100 Öztürk, Gizem Sarıbay (2015) İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul, Beta, s. 74, 99; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1373, 1374; Süzek (2014), s. 398, 399.

101 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1374.

Tehlikenin niteliği, her somut olayın kendi özellikleri içinde değerlendirilme-
lidir¹⁰².

Çalışmaktan kaçınma hakkı için tehlikenin hem ciddi hem de yakın ol-
ması gerekmektedir. Ciddi bir tehlikenin kısa sürede gerçekleşecek olmaması
durumunda ya da yakın bir tehlikenin normal risk sınırları içinde kaldığı hal-
lerde, çalışan çalışmaktan kaçınamayacak ve tehlikeye rağmen çalışmasını sür-
dürecektir. Düzenlemenin bu yönü, işverence iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri-
nin alınmasının sağlanmasında çok önemli araç olabilecek bir hususu etkisiz
kılmıştır. Zira bir tehlikenin aynı anda hem ciddi hem de yakın olması sıklıkla
rastlanan bir durum değilken, yakın ya da ciddi bir tehlikenin tek başına da
zarara yol açmaya yeterli olduğunu gözden uzak tutmak isabetli olmamıştır¹⁰³.

b. Ciddi ve Yakın Tehlikenin Tespiti

Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanların kurula, kuru-
lun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilme-
sini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep etmeleri gerekir.
Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla
tespit eder. Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâ-
linde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Talebi
uygun bulunmayan çalışan, iş müfettişinin incelemesini talep edebilir. Anla-
şıldığı üzere çalışan ancak tehlikenin ciddi ve yakın olduğunun tespiti halinde
çalışmaktan kaçınabilir; aksi halde çalışmasına devam edecektir¹⁰⁴.

Bununla birlikte; ciddi ve yakın tehlike önlenemez nitelikte ise çalışan-
lar kurul ya da işverene başvurmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk
ederek belirlenen güvenli yere gidebilme hakları da aynı madde kapsamın-
da düzenlenmiştir. Böylece çalışanlara re'sen çalışmaktan kaçınma imkânı da
verilmiş olmaktadır. Tehlikenin önlenemez olması, tehlikenin hiçbir şekilde
engellenemeyeceğini ifade eder¹⁰⁵. Çalışanın karşı karşıya kaldığı tehlikeyi ön-
leyemeyeceği yönündeki kanaatinin yerinde olup olmadığı değerlendirilirken
çalışanın yaşı, tecrübesi, mesleği, sağlık durumu gibi subjektif özellikleri dik-
kate alınmalıdır¹⁰⁶.

102 Sevimli, K. Ahmet (2013) "Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Çalışma ve Toplum, C. 1, s. 136;
Öztürk, s. 78, 79; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1376, 1377.

103 Süzek (2014), s. 916; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1377; Eyrenci/Taşkent/Ulucan,
s. 369; Öztürk, s. 79.

104 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1377.

105 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1379.

106 Süzek (2014), s. 918; Öztürk, s. 103; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1379.

c. Tehlikenin Devam Etmesi

Çalışanın çalışmaktan kaçınması, tehlike devam ettiği süre ile sınırlıdır. Dolayısıyla tedbir alınmamasına rağmen tehlike sona ererse çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkı da sona ermiş olur. İşverenin birtakım tedbirler almasına karşılık tehlike hala devam ediyorsa gerekli tedbirlerin alındığı söylene-
mez ve çalışanın kaçınma hakkı devam eder¹⁰⁷.

d. İşin Durdurulmamış Olması

Çalışanların başvurusu üzerine ya da re ‘sen, tehlike nedeniyle işin durdurulmasına karar verilmiş ve bu karar uygulamaya konulmuşsa çalışanın çalışmaktan kaçınması lüzumu ortadan kalkmış olacaktır¹⁰⁸.

3. Derhal Fesih Hakkı

İSGK m. 13/f. IV’e göre; iş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilirler. Fesih hakkının işçilerle sınırlı olması, diğer çalışanların işverenleri ile aralarındaki ilişkinin kamusal nitelik arz etmesinin bir sonucudur.

Türk Borçlar Kanunu kapsamına giren işçiler, TBK m. 435 uyarınca fesih sebebini yazılı olarak bildirerek sözleşmeyi derhal feshedebilirler. İş Kanunu’na tabi çalışan işçiler, İş K. m. 24/I (a) hükmü uyarınca iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılmasının işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması nedeniyle ya da İş K. m. 24/II (f)’de belirtilen çalışma şartlarının uygulanmaması nedenine dayanarak derhal fesih yapabilirler. Tedbir almama hali devam ettiği sürece İş K. m. 26’da öngörülen altı iş günlük hak düşürücü süre işlemeyecektir¹⁰⁹.

B. KAMUSAL YAPTIRIMLAR

1. İşin Durdurulması

İSGK m. 25 uyarınca; işyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin

107 Öztürk, s. 96.

108 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1378; Öztürk, s. 98.

109 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1384; Öztürk, s. 200.

niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur. Ayrıca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda da iş durdurulur. Hayati tehlikenin varlığı halinde ya da çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri ile büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyet, gerekli incelemeleri yaparak durdurma kararını verebilir. İSGK'da İş Kanunu'ndan farklı olarak işyerinin kapatılması yaptırımına yer verilmemiştir¹¹⁰.

Ayrıca aynı maddenin 7. fıkrasında; çok tehlikeli işler sınıfında yer alan işleri ihale ile yürüten işverenler hakkında işin durdurulması yaptırımına ilişkin olarak özel bir sebebe yer verilmiştir. Buna göre; söz konusu işverenler iş gücü kapasitesinin artırmak, teknolojik gelişmeler ile üretim metotlarındaki yenilikleri takip etmek ve bunları işyerinde uygulamakla yükümlüdür. Söz konusu yükümlülükleri yerine getirmeksizin üretimi zorlayarak hayati tehlikeye yol açacak şekilde çalışma yaptırılması halinde iş durdurulacaktır. Görüldüğü gibi ihale ile tehlikeli iş alan işverenler açısından işin durdurulması yaptırımının uygulanması için hayati tehlikenin oluşmuş olması ya da risk değerlendirmesinin yapılmamış olması şartı aranmamakta işin gerektirdiği sayıda iş gücünün ve yeni üretim tekniklerinin kullanılmaması nedeniyle doğabilecek hayati tehlike yeterli sayılmaktadır.

İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür (İSGK m. 25/f.VI). İşin durdurulması işverene fesih hakkı vermez¹¹¹.

İSGK m. 25/f.VIII uyarınca; işin durdurulduğu işyerlerinde izinsiz çalışma yaptıran işveren veya işveren vekilleri hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

110 İş Kanunu'nda hangi hallerde işin durdurulmasına ve hangi hallerde işyerinin kapatılmasına karar verileceği belirtilmemişse de tehlikenin işyerinin tamamında etkili olması halinde durdurma yerine kapatma yoluna gidilmesi gerektiği görüşleri için bkz. Demircioğlu, A. Murat (2008), "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar", Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, s. 494; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 370, 371.

111 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1387.

2. Kamu İhalesinden Yasaklama

Kanun, maden işletmelerinde meydana gelen ölümlü iş kazalarında kusurlu olduğu yargı kararı ile tespit edilen işverenler hakkında iki yıl süre ile kamu ihalelerine katılma yasağı öngörmektedir. Böyle bir yasağın işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği için gerekli tedbirleri almaları hususunda etkili olacağı açıktır. Ancak ölümlü iş kazaları, sadece maden işletmelerinde yaşanıyor olmadığından düzenlemenin madencilik ile sınırlı tutulması yerinde olmamıştır¹¹².

3. İdari Para Cezası

İSGK m. 26 uyarınca; işverenin ihlal ettiği yükümlülüğün niteliği dikkate alınarak farklı miktarlarda para cezalarına hükmedilmiştir. İş kazası ve meslek hastalıklarını bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere uygulanacak idari para cezaları Sosyal Güvenlik Kurumunca, diğer yükümlülüklerle ilişkin idari para cezaları ise Çalışma ve İş Kurumu il müdürünce verilir. Cezanın 30 gün içinde ödenmesi gerekir. İdari para cezalarına karşı sulh ceza hâkimliğine itiraz yolu açıktır¹¹³.

C. İŞVERENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

1. Sorumluluğun Ortaya Çıkışı

İşverenin hukuki sorumluluğu, genel olarak işverenin çalışanını gözetme borcunun ihlali neticesinde ortaya çıkan maddi ve manevi zararların karşılanması amaçlayan akdi bir tazminat sorumluluğudur. Sorumluluğun dayanağı, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi olabileceği gibi işverenin işçinin kişisel verilerini korumaması, işçinin işyerinde tacize maruz kalması ya da işverenin işçiye saygı göstermemesi de olabilir. Bununla birlikte iş kazası ve meslek hastalığı şeklinde tezahür eden olaylarda, çalışanın uğradığı zararların karşılanmasında temel kural, zararların sosyal sigorta hükümleri çerçevesinde Sosyal Sigorta Kurumu tarafından karşılanmasıdır. İşverenin hukuki sorumluluğu ise ancak sosyal sigorta tarafından karşılanmayan zararlara ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır¹¹⁴. Her ne kadar sigortalının zarar-

112 Aynı yöndeki eleştiri için bkz. Ocak, Saim (2015), "Maden ve Yeraltı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Gelişmeler", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 45, s. 154.

113 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1387.

114 Öztürk, s. 208; Süzek (2014), s. 410.

larını karşılamada sorumluluk Sosyal Sigortalar Kurumu'na ait ise de; iş kazası ya da meslek hastalığı işverenin kusuru yahut iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı hareketi etmesi neticesinde ortaya çıkmışsa kurumun işverene rücu hakkı doğmaktadır¹¹⁵.

Ayrıca sosyal sigorta kapsamında kazanılan hakların beş yıllık zamanasımı süresi içinde talep edilmesi gerekmektedir. Sırf bu sürenin geçirilmesi halinde dahi işverenin genel hükümlere göre hukuki sorumluluğu yoluna gidilebilecektir. Bununla birlikte çalışanın zararı, her ne kadar iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmamasından doğmuş olsa da iş kazası ya da meslek hastalığı olarak nitelendirilemeyen hallerde, işveren gözetme borcunu ihlalden dolayı sorumlu olacaktır. Bir başka ihtimal ise iş kazası ya da meslek hastalığına maruz kalan çalışanın sosyal sigorta mevzuatına dâhil olmaması ihtimalidir ki; yine burada işverenin hukuki sorumluluğu doğacaktır. Zira çalışanın zararlarını karşılayacak bir sigortalılık durumu yoksa işveren, gözetme borcunu yerine getirmemesinden doğan zararları doğrudan kendisi karşılamakla yükümlü olacaktır¹¹⁶.

2. Sorumluluğun Niteliği

İşverenin hukuki sorumluluğu, TBK m. 112¹¹⁷ ve TBK m. 417/f.II ve III'e¹¹⁸ dayandırılmaktadır. Söz konusu hükümler birlikte ele alındığında; iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan işverenin sözleşmeye aykırı hareket ettiği ve bu hususla ilgili olarak kendisine kusur yüklenemeyeceğini ispatlamadıkça zararı tazminle yükümlü olacağı sonucuna varılmaktadır. Bir başka ifadeyle; işverenin gözetme borcunu ihmalden doğan sorumluluğunun hukuki niteliği bir kusur sorumluluğudur¹¹⁹. Yargıtay'ın işverenin hukuki sorumluluğunu

115 Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer (2015) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17 Bası, İstanbul, Beta, s. 402.

116 Süzek (2014), s. 411, 412; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1407, 1408.

117 TBK m. 112- "Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."

118 TBK m. 417/f. 2, 3- "İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür. İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir."

119 Demircioğlu, A. Murat/Kalyon, Arzu Şen (2014), "İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu ve Kusur Hakkında Karar İncelemesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan I, C. 15, Özel Sayı, İzmir, s. 42; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1408; Süzek (2014), s. 414; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 369; Sevimli, s. 128, 129.

TBK m. 71’de düzenlenen tehlike sorunluluğu olarak değerlendirdiği kararları mevcuttur¹²⁰; ancak Yargıtay’ın da son kararlarında kusur sorunluluğuna yöneldiği görülmektedir¹²¹.

Hukukumuzda asıl olan, kusur sorunluluğudur; kusursuz sorunluluğu düzenleyen hükümlerin kapsamını yorumla genişletmek de mümkün değildir. Zira işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamasından doğan sorunluluğun kusursuz sorunluluk olarak kabulünü gerektiren bir hüküm mevcut değildir¹²². Tüm bu nedenlerle işverenin hukuki sorunluğunun kusura dayalı bir sorunluluk olduğu görüşüne katılmaktayız.

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almadaki her türlü kusurundan sorumludur. Kusurun kast, ağır ihmal ya da hafif ihmal şeklinde tezahürü sorunluluğun ortaya çıkışında önem arz etmez; sadece tazminat miktarında indirim sebepten teşkil edebilir. Kusurun varlığı araştırılırken işverenin sübjektif nitelikleri değil; objektif nitelikler dikkate alınacaktır. Yani işverenin dürüst, dikkatli ve sorunluluk sahibi bir işverenin göstermesi gereken dikkat ve özeni gösterip göstermediği tespit edilecektir¹²³.

3. Sorumluluğun Kapsamı

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almaması nedeniyle meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığının sonucu olarak, çalışanın bedensel ve/veya ruhsal bütünlüğünün ihlali sebebiyle malvarlığında oluşan maddi zararlar için maddi tazminat; çalışan ve yakınlarının maruz kaldığı elem ve acıların yol açtığı manevi zararların giderilmesi için manevi tazminat ve kazanın ya da hastalığın çalışanın ölümü ile sonuçlanması halinde çalışanın fiili olarak yardımda bulunduğu kişilerin uğradıkları zararların karşılanması için de destekten yoksun kalma tazminatı işverenin hukuki sorunluluğunun kapsamını belirlemektedir.

D. İŞVERENİN CEZAİ SORUMLULUĞU

İş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için gereken tedbirleri alınmaması çalışanın ölümüne ya da yaralanmasına sebep olmuşsa işveren Türk Ceza Ka-

120 Yarg. 21. HD. 09.10.2001, E. 6379, K. 6579, Süzek (2014), s. 415, dn. 34.

121 Yarg. HGK. 03.02.2010, E. 2010/21-36, K. 2010/67, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1411, dn. 83.

122 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1411; Süzek (2014), s. 414.

123 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1412; Süzek (2014), s. 416.

nunu m. 85 uyarınca taksirle öldürme suçu nedeniyle hapis cezasına yahut m. 89 uyarınca taksirle yaralama suçunun faili olarak hapis cezası ya da adli para cezasına mahkûm edilecektir¹²⁴.

SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu, işverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamını işçinin kişiliğinin korunması, işçinin tacize karşı korunması ve işçinin çalıştığı işyeri ve yaptığı işten kaynaklanan tehlikelere karşı korunması şeklinde belirlemiştir. TBK'nın konuyla ilgili m. 417 hükmü, insanın yaşam ve sağlık hakkını ön plana çıkaran, zarar gidermekten öte önlemeyi hedefleyen bir tarzda meseleyi ele almıştır. Aynı bakış açısını İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda da görmek mümkündür.

İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve haysiyetinin, kişisel ve mesleki saygınlığının, özel yaşamının, ahlaki değerlerinin ve genel olarak özgürlüğünün korunması anlamına gelir. İşverenin işçinin kişiliğini koruma borcu, bir yandan işçinin sadakat borcunun, diğer yandan da işçinin işverene bağımlı olmasının karşılığını oluşturmaktadır. TBK'nın bu borcun kapsamı ile ilgili düzenlemeleri, işverenin yükümlülüklerinin belirlenmesinde ancak yönlendirici bir özellik arz eder; yoksa borcun kanunda sayılanlarla sınırlı olduğu anlamına gelmez.

TBK işçinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına ilişkin genel bir hüküm koyarken, İSGK işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirme adına yapması gerekenlerin neler olduğunu düzenlemesi bakımından önemlidir.

6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçileri, çırak ve stajyerleri, memur, sözleşmeli personel ve diğer kamu görevlilerini içine almaktadır.

Geniş anlamda iş sağlığı ve güvenliği, iş ilişkisinin işçi lehine kurulması ve geliştirilmesi için devlete yüklenen sorumluluğu ifade etmektedir. Devlet iş sağlığı ve güvenliği mevzuatını oluşturmak, uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli teşkilatı kurmak ve denetim görevini yerine getirmekle yükümlüdür.

İş sağlığı ve güvenliği, çalışanların çalışma yaşamında karşılaştıkları yaşam ve vücut bütünlüklerine yönelik tehlikelerin ortadan kaldırılması ya da azaltılması konusunda işverene, işçiye ve devlete getirilen hukuki, tıbbi ve tek-

124 Öztürk, s. 349.

nik yükümlülükler ile iş kazası ve meslek hastalıkları gibi çalışma yaşamının getirdiği sağlık risklerinin önlenmesini ve azaltılmasını ifade etmektedir

İş sağlığı ve güvenliği, sadece iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle meydana gelen zararları gidermeyi değil; daha da öncelikli olarak bu tür olumsuz sonuçların doğmasını engellemeyi hedef almaktadır.

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında esas yükümlülük işverene aittir. Zira işveren, işçisini koruma borcu altındadır ve işçinin sağlığının ve güvenliğinin sağlanması bu borcun işverene yüklediği en önemli sorumluluklardan biridir.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda atılacak en doğru adımlardan biri, iş sağlığı ve güvenliğini kurumsal bir yapıya kavuşturmaktır

İşveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatından doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde İSGK hükümleri çerçevesinde, hem çalışanlara tanınan hakların kullanımına hem de kamusal nitelikli yaptırımların uygulanmasına katlanmak zorunda kalacaktır. Ayrıca söz konusu yükümlülüklerin ihlali, iş kazası ya da meslek hastalığı gibi istenmeyen neticelere sebep olmuşsa, işverenin hukuki sorumluluğu yoluna da gidilebilecektir.

İşverenin hukuki sorumluluğu, TBK m. 112 ve TBK m. 417/f.II ve III'e dayandırılmaktadır ki, bu kusur karinesine dayanan kusur sorumluluğudur.

İş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için gereken tedbirleri alınmaması çalışanın ölümüne ya da yaralanmasına sebep olmuşsa işveren Türk Ceza Kanunu m. 85 uyarınca taksirle öldürme suçu nedeniyle hapis cezasına yahut m. 89 uyarınca taksirle yaralama suçunun faili olarak hapis cezası ya da adli para cezasına mahkûm edilecektir.

“İSGK iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla çıkarılmış ilk kanun olmakla beraber, yararlanacak olanların da sorumluluk yüklenenlerin de çok geniş ele alınmış olması sebebiyle, iş sağlığı ve güvenliği sorunlarının çözümünde doğru bir adım gibi görünmektedir. Gerçekten, işçi, memur, sözleşmeli personel, çırak, stajyer her kim olursa olsun herkesin iş ya da işyerinden kaynaklanan risklerle karşı karşıya olduğu hususunun kabulü ve bu noktada işveren olarak kamu kuruluşlarının da aynı yükümlülük ve yaptırımlara tabi tutulması, kanun koyucunun kararlılığını ortaya koyması bakımından geleceğe yönelik yapıcı düzenlemeler konusunda umut vericidir.

Sorunu sadece hasar giderme yoluyla değil de daha ziyade önleme yoluyla çözme arayışı, insana ve onun kişisel bütünlüğüne atfedilen değeri gösteren bir yaklaşımdır. Bir diğer açıdan, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması noktasında çalışanların, somut olarak yapmaları ve kaçınmaları gereken hususların ortaya konmasının ve yine çalışanların işyeri yönetimine katılabilme olanağının sağlanmasının, çalışanların sorumluluk bilincinin oluşmasında ve keyfi uygulamaların azalmasında önemli rol oynayacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, Ayşe (2013), Çalışanların Eserleri ve Buluşlar Üzerindeki Fikri Mülkiyet Hakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Akı, Erol (2014), “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Özel Sayı), Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan I, C. 15, İzmir, s. 3–24.

Akın, Levent (2005), “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İş Yerinin Örgütlenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 1, s. 1–60.

Aktay, A. Nizamettin / Arıcı, Kadir / Senyen-Kaplan, E. Tuncay (2011), İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.

Antalya, Gökhan (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 2. Baskı, İstanbul, Beta.

Arıcı, Kadir (2013), “İş Sağlığı ve Güvenliği”, İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri, Kamu-İş, s. 93-106.

Balkır, Z. Gönül (2013), “İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu”, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 1, s. 56-91.

Baycık, Gaye (2011), “Yeni Düzenlemeler Açısından İnşaat İşverenin İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 2, s. 227-253.

Baycık, Gaye (2013), “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, s. 105-170.

Bayram, Fuat (2015), “Çalışma Yaşamında Ön Plana Çıkan İş Sağlığı ve Güvenliği Problemleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 12, S. 45, s. 71-84.

Centel, Tankut (2013), “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Kapsamı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı), Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, s. 79–84.

Centel, Tankut (2013), “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Kuruluş ve İşleyişi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, s. 13–23.

Centel, Tankut (2013), “İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenliği Sağlama Yükümü”, Çimento İşveren Dergisi, C. 27, S. 3, s. 6-15.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat (2015), İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28. Bası, İstanbul, Beta.

Demircioğlu, A. Murat (2008), “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, s. 483-497.

Demircioğlu, Murat/Kaplan, Hasan Ali (2013), “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası Çerçevesinde İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Örgütlenmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.30, s. 5-23.

Demircioğlu, A. Murat/Kalyon, Arzu Şen (2014), “İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu ve Kusur Hakkında Karar İncelemesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer’e Armağan I, C. 15, Özel Sayı, İzmir, s. 33- 50.

Ekmekçi, Ömer (2005), “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hizmet Sözleşmesi Taraflarının Karşılıklı Hak ve Borçları ve İşçinin Kişiliğinin Korunmasına İlişki Hükümler”, Legal Hukuk Dergisi, s. 3705-3719.

Eren, Fikret (2014), Borçlar Hukuku Özel hükümler, Ankara, Yetkin.

Ertürk, Şükran (2012), “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, s. 13-24.

Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim (2014), Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul.

Guhl/Koller/Druey/Schnyder (2000), Das Schweizerische Obligationenrecht, 9.Auflage, Zürich.

Gümüş, M. Alper (2013), Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, 3. Bası, İstanbul, Vedat.

Güneş, Başak/Mutlay, Faruk Barış (2011), “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, C. 3, S. 30, s. 231-288.

Güzel, Ali (2003), “Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara, s. 9-64.

İnan, Ali Naim/Yücel, Özge (2014), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.

Kabakçı, Mahmut (2013), “6331 Sayılı Kanun’un İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m. 5) İşlevi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, s. 61-76.

Kaplan, Emine Tuncay (2003), “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş, C. 7, S. 2, s. 2-16.

Kılıçoğlu, Ahmet (2013), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir (2014), Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 6. Tıpkı Bası, İstanbul, Filiz.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş (2014), İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), 6. Bası, Ankara, Turhan.

Narmanlıoğlu, Ünal (2014), İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul, Beta.

Ocak, Saim (2013), İş Güvenliği Uzmanlığı, Ankara. (Anılış: Ocak, İş Güvenliği).

Ocak, Saim (2015), “Maden ve Yeraltı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Gelişmeler”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 45, s. 143-173.

Odaman, Serkan (2006), “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri ile Uluslararası Standart”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 11, s. 880-897.

Oğuzman, M. Kemal/Öz M. Turgut (2014) Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Özdemir, Hayrunnisa (2009), Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara, Yetkin.

Öztürk, Gizem Sarıbay (2015), İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul, Beta.

Reisoğlu, Safa (2013) Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul, Turhan.

Sevimli, K. Ahmet (2013), “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, C. 1, s.107-147.

Soyer, M. Polat (2008), “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, Legal, s. 149–167 (Anılış: Soyer, TBK Tasarısı).

Soyer, M. Polat (2012), “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15. Yıl Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 165–208.

Sümer, Haluk Hadi (2015), İş Hukuku, 20. Tıpkı Baskı, Konya, Mimoza.

Süzek, Sarper (2005), “İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, s. 610–622.

Sümer, Haluk Hadi (2014), İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul, Beta, (Anılış: Süzek, İş Hukuku).

Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer (2015), Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17 Bası, İstanbul, Beta.

Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut (2013), İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul, Beta.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak (2014), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, Beta.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre (2013), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, Turhan.

Karar Değerlendirmesi

**AĞRI ÇEKEN HASTANIN RIZA EHLİYETİNE İLİŞKİN KOBLENZ YÜKSEK
EYALET MAHKEMESİ KARARI’NIN ÇEVİRİ VE DEĞERLENDİRMESİ
(5 U 463/14 Sayı ve 01.10.2014 Tarihli Karar)***

Arş. Gör. Mercan YÜKSEL ORHUN**

ÖZET

Kişinin hayat, sağlık ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak yapılacak her türlü müdahale, onun yararına olsa dahi hukuka aykırıdır. Zira söz konusu müdahaleler kural olarak vücut bütünlüğüne saldırı niteliği taşır. Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu belirleyen temel koşul, hastanın söz konusu müdahaleye ilişkin aydınlatma üzerine serbestçe vereceği rızasıdır. Nitekim hastanın rızasının hukuken geçerli olabilmesi için, onun neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekmektedir.

Rızanın geçerliliği, yapılacak müdahale hakkında aydınlatılmış olmanın dışında, hastanın bu rızayı bildirmeye ehil olmasına, daha açık ifadeyle kendi üzerinde yapılacak tedavi ve müdahalenin önemini ve sonuçlarını anlama ile değerlendirme yeteneğine sahip olmasına da bağlıdır. Rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığına yönelik tespit, hekim tarafından yapılacaktır. Rıza ehliyetinin, iradeyi sakatlayan nedenlerle ortadan kalkması yahut sakatlanması mümkündür. Hastalık, ölüm korkusu veya şiddetli ağrı-sancı çekmek gibi durumlar, kural olarak iradeyi sakatlayan nedenler arasında yer almamakla beraber, her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gereken hususlardır. Anılan sebeplerle hastanın rıza ehliyetinin sakatlandığı sonucuna varılması durumunda ise, tıpkı bilinci kapalı olan hastaya yapılan müdahalede olduğu gibi, varsayılan rızadan yola çıkılarak tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü ortaya çıkar ve söz konusu müdahale nedeniyle hekimin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz. Bu bağlamda aşağıda incelenen mahkeme kararında, şiddetli ve dayanılmaz ağrı çeken hastanın rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığı meselesi tartışılmış ve nihayetinde şiddetli ağrının rıza ehliyetini ortadan kaldırdığına ilişkin genel geçer bir kuralın bulunmadığı ifade edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hekim, hasta, tıbbi müdahale, şiddetli ve dayanılmaz ağrı, rıza ehliyeti, rıza ehliyetinin sakatlanması.

* Kararın orijinal tam metni için bkz. <<https://beck-online.beck.de>> s.e.t. 10.06.2015.

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

**THE TRANSLATION AND EVALUATION
OF KOBLENZ STATE SUPREME COURT DECISION REGARDING
THE CONSENT CAPACITY OF THE PATIENT IN PAIN
(Decision Numbered 5 U 463/14 and dated 10.01.2014)**

ABSTRACT

Any interventions to a person's life and health and physical integrity are against law even if it is to his benefit, because as a rule, these interventions mean the attack on the physical integrity. The main condition determining the lawfulness of a medical intervention is the patient's consent freely given after patient enlightenment for such intervention. Indeed, in order the patient's consent to be legally valid; the patient must know what he has consented.

Apart from being enlightened about the intervention, the validity of the consent depends on the fact that the patient is competent to submit his consent; more clearly, he has the ability to understand and evaluate the importance and consequences of intervention to be made on him. The physician determines whether or not the patient has any capacity to consent present. It is possible that the capacity to consent can be lost or overcome by the same reasons which his will is overcome by. Although diseases, the fear of death or some conditions such as severe pain-agony are not the reasons to overcome the willpower as a rule, they should be assessed in every individual case. If the patient's capacity to consent is overcome as a result of the aforementioned reasons, the physician has the obligation to make medical interventions upon the hypothetical consent as in the case of the intervention made to the unconscious patient. Besides, the physician does not have any liability for this intervention. In this context, in the court decision examined below, it has been discussed if a patient in severe and unbearable pain has the capacity to consent. Finally, it has been stated that there is no rule generally referred regarding the fact that severe pain can make the capacity to consent to lack.

Keywords: Physician, patient, medical intervention, severe and unbearable pain, capacity to consent, overcome capacity to consent.

I. İLGİLİ MAHKEME KARARININ ÇEVİRİSİ

KONU : Ağrı çeken hastanın rıza ehliyeti

Normlar zinciri/Uygulanacak hukuki kurallar

Alman Medeni Kanunu Paragraf 104, 253, 280, 611, 630 d, 823

Alman Medeni Usul Kanunu Paragraf 138, 139, 253/II-2, 286

TEMEL PRENSİPLER:

1. Yetişkin insanlarda rıza ehliyeti kural olarak bulunur. Eğer tartışmasız tıbbî olgular açısından bakıldığında, rıza ehliyetinin bulunmadığı açıkça anlaşılmıyorsa, hasta rıza ehliyetini tartışma konusu yaptığına, iddia ettiği olguları kendisi ispat etmek zorundadır. Şiddetli ağrının rıza ehliyetini her zaman sınırlandırdığı veya tamamen ortadan kaldırdığına ilişkin bir gerçeklik bulunmamaktadır. (Resmi Prensip)

2. Hekimin sorumluluğu sürecinde de, sadece davacı tarafından ileri sürülen tartışma konusu hakkında karar verilmelidir. Mahkeme kendisi yeni bir durumu ele alırsa ve hasta bu durumu sahiplenirse, bütün tedaviyi ve süreci göz önünde bulunduran kritik ve genel bir kanıt incelemesi yapılmalıdır. (Resmi Prensip)

Anahtar kelimeler: Hekim, tedavi, tartışma konusu, hekimin sorumluluğu süreci, tedavi hatası, maddi tazminat talebi, manevi tazminat, rıza ehliyeti.

KOBLENZ YÜKSEK EYALET MAHKEMESİ**5 U 463/14****HALK ADINA****Karar**

1 Ekim 2014'te ilan edildi.

(ilk derece mahkemesi) 10 O2/12 Koblenz Eyalet Mahkemesi

Kaltenbach Yüksek Eyalet Mahkemesi hâkimi başkanlığında, Schleiffer ve Weller Yüksek Eyalet Mahkemesi hâkimlerinden oluşan Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 5. Senatosu, 17 Eylül 2014'te sözlü yargılama için toplandı.

Gereği düşünüldü:

1. Davalının istinaf başvurusu üzerine, Koblenz Eyalet Mahkemesinin (ilk derece mahkemesi) 10. Hukuk Dairesi hâkiminin 26 Mart 2014 tarihli kararı kısmen değiştirilmiş ve dava tamamen reddedilmiştir.

2. Hukuki uyumsuzlıktan doğan masraflara davacı katlanacaktır.

3. Karar geçici olarak icra edilebilir¹.

4. Temyiz yolu kapalıdır.

Kararın Gerekçeleri**I.**

1. 1946 doğumlu davacı (kadın), ilk derece mahkemesinde davalı hastaneden, 14 Nisan 2008 tarihinde gerçekleştirilen safra kesesi ameliyatına dayanarak 10.000 Euro manevi tazminat talep etmiştir. Hasta ilk olarak 10 Nisan 2008 tarihinde yapılan aydınlatma konuşmasında, karaciğer sağ arterinin² yaralanması (yaralanmanın olduğu tartışmasız) tehlikesi hakkında bilgilendirilmediğini; bilgilendirilmiş olsaydı, icabı halinde müdahaleyi reddedeceğini ileri sürmüştür. Söz konusu yaralama, hastanın karaciğerinin sağ tarafında nekroz³ oluşmasına yol açmıştır.

1 ZPO § 708, 713.

2 Atardamar olarak da bilinen arter, kalpten vücuda kan taşıyan damarlardır <<https://tr.wikipedia.org>> s.e.t. 02.05.2015.

3 Doku ölümü olarak da bilinen nekroz, bir veya daha fazla sayıda hücrenin, dokunun ya da organın geri dönüşemez şekilde hasar görmesi sonucu görülen patolojik ölümdür <<https://tr.wikipedia.org>> s.e.t. 02.05.2015.

2. Davalının açıklamasına göre, ameliyatı gerçekleştiren hekim, çok istisnai bir anatomik özellikten dolayı safra kesesi arteri zannederek karaciğer sağ arterini kesmiştir. Kesilen damarın karaciğer sağ arteri olduğu, (ameliyatın gerçekleşmesi esnasında) fark edilebilir durumda değildi. Ayrıca damar yaranması tehlikesine işaret edildiği için, aydınlatmanın yokluğu da söz konusu değildir. Aynı şekilde bir eksiklik görüldüğü takdirde, varsayılan rızadan yola çıkılmalıdır.

3. Mahkeme aşamasında durumu ve tartışma konusunu değerlendirmek için hasta dosyalarına ve kararına atıfta bulunan ilk derece mahkemesi, bilirkişi raporunu (sözlü olarak dinlemeyi) talep etmiştir ve operasyonu gerçekleştiren hekimin yanında, davacının eşine (kocas) de aydınlatma konuşmasının içeriğine ilişkin bilgisi hakkında tanık olarak başvurulmuştur. Ayrıca davacı, birçok kez Alman Medeni Usul Kanunu'nun 141. paragrafına göre dinlenilmiştir. İlk derece mahkemesi hâkimi, hastanın 10 Nisan 2008 tarihinde rıza ehliyetinin şiddetli ağrı nedeniyle ortadan kalkacak şekilde olumsuz etkilendiği için, davacının ameliyata ilişkin rızasının geçersiz olduğuna; bu nedenle 14 Nisan 2008'de gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin hukuka aykırı olduğuna işaret etmiştir. İlk derece mahkemesi hâkimi, ameliyatın sonuçlarına ilişkin tamamlanan delillerin ortaya konulmasından sonra, davacının davasını 4000 Euro manevi tazminatı kabul dışında reddetmiştir. Zira ilk derece mahkemesinin kararına göre; "davacının 10 Nisan 2008 tarihinde yapılan aydınlatma konuşmasında şiddetli ağrı nedeniyle rıza ehliyeti bulunmadığından dolayı, Alman Medeni Kanunu'nun 630 d paragrafına göre geçerli bir rızası bulunmamaktadır. Bu sonuç davacının muvafakatname üzerindeki titrek imzasından da çıkarılabilir. (Ve nihayet) tıbbî müdahale varsayılan rıza ile de yapılamazdı".

4. Davalı istinaf başvurusuyla davanın tamamen reddini talep etmiştir. Davalının ileri sürdüğüne göre: "Davacı, ilk olarak rıza ehliyetinin bulunmadığını iddia etmemiştir. Bu tür bir isnad, ilk derece mahkemesi hâkimi, ancak 26 Mart 2013 tarihindeki işari kararıyla⁴ yargılamaya dâhil etmiştir. Yetişkin insanlarda kural olarak rıza ehliyeti bulunur; bunun aksini iddia eden hasta, iddia ettiği şeyi ispatla mükelleftir. Rıza ehliyetinin bulunmadığı ileri sürülüyor; kaldı ki ispat edilsin. İlk derece mahkemesi hâkimi sonradan dosyaya göre, rıza ehliyetinin bulunmadığı tezi ile hakkı olmayarak, sadece uzmanlık eğitimi almış tıbbî bilirkişilerde olabilen bir tıp uzmanlığına bürünmüştür.

4 İşari karar (Çev. Notu): Hâkimin, davada ileri sürülmemiş bir vakıayı ele alarak değerlendirmesi veya ileri sürülmemiş vakıalara ilişkin taraflara hatırlatmalarda bulunması.

Nihayetinde Eyalet (ilk derece) Mahkemesi, aydınlatmayı yapan hekim N'nin davacının rıza ehliyetinin bulunmadığına karar verip vermediği ve bu tür bir kararı vermek zorunda olup olmadığı meselesini araştırmak zorundadır”.

5. Davacı, 30 Haziran 2014 tarihli olayın tüm özelliklerine işaret edilen istinaf başvurusuna cevabını esas alarak itiraz edilen kararı savunmuştur.

II.

Caiz olan istinaf başvurusu gerekçelidir ve davanın tamamen reddine yol açar. Davacının sözleşmeye dayalı (Alman Medeni Kanunu Paragraf 253, 280, 611) veya kanuni (Alman Medeni Kanunu Paragraf 823) bir tazminat talebi bulunmamaktadır. Davalı, aydınlatmanın bulunmaması ile borçlu değildir ve ona karşı bir tedavi hatası da isnat edilemez.

1. İstinaf başvurusu şüphesiz Eyalet (ilk derece) mahkemesinin usule aykırı olarak hasta tarafından ileri sürülmeyen isnadı, yani rıza ehliyetinin bulunmaması nedeniyle ameliyata rızanın kapsamlı geçersizliğini, kararın temeli yapacağı şekilde sonuçlanamaz. Gerçi çıkış noktası doğru olmakla birlikte, davacının rıza ehliyetinin bulunmadığını davada hiç iddia etmemesi, aksine sadece aydınlatmada karaciğer sağ arteri (arteriahapaticadextra) yaralanması tehlikesi ve bundan doğacak sonuçlar hakkında bilgilendirilmediğine dair eksiklik bulunduğunun farkına varmasıdır. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda, itiraz makamı (davalı) haklı olarak tarafların o yönde bir açıklaması olmamasına rağmen, Eyalet (ilk derece) Mahkemesinin tarafları dinlediğinde, anlatılan safra kesesi ağrılarından yola çıkarak, davacının bu ağrılardan dolayı rıza ehliyetinin olmadığına kanaat getirmesine eleştiri getirmektedir. Ayrıca davacı, zaten ilk derece mahkemesinde 26 Mart 2013 tarihinde verilen işari karardan sonra davanın da dayandığı görüşü benimsemiştir ki; bu, somut olayda hiçbir şeyi değiştirmez. Davacının itiraz edilen kararı ve gerekçelerini de savunduğu istinaf başvurusuna cevabı da bunu izah ediyor.

2. Davacının 10 Nisan 2008 tarihinde şiddetli ağrı sebebiyle acil olarak hastaneye kaldırılmasında rıza ehliyetinin bulunmadığı yönündeki tez, Senatoya göre yeterli derecede kabul edilebilir olmadığı için, istinaf başvurusu kabul edilmiştir.

a. Hastanın akut sağlık problemi yüzünden şiddetli ağrı belirtisiyle hastanede yatarak tedavi görmesi bir klinik rutinidir. Ağrının hastanın bilişsel yetenekleri üzerindeki etkisi ve bunun derecesi objektif olarak güvenilir şekilde takdir edilemeyeceğinden, diğer yandan “basit”, “şiddetli” ve “dayanılamaz” ağrı arasında anlaşılabilir bir ağrı eşiği de ancak sübjektif olduğundan; söz konusu ağrının hastanın rıza ehliyetini daima sınırlandıracağı ve nihayetinde tamamen ortadan kaldıracağına dair genel bir yargıya ulaşılamaz. Somut olayda şiddetli ağrı sebebiyle acı çeken hasta da, aydınlatma esnasında tıbbî uzmanlık bilgilerini anlayabilecek, tek başına benimseyebilecek ve bu esastan hareketle tıbbî müdahaleye rıza gösterip göstermemesinin kendi sorumluluğuna ilişkin kararı almaya hazır derecede bilinci ve kararı açıktır. Diğer taraftan, bilhassa ruhsal bakımdan dengesiz olan hastanın tıbbî bakımdan önemsiz derecede az ağrıyı hatalı yorumladığı, böylece kendini, korku ve heyecan durumuyla abartılı bir duruma soktuğu düşünülmelidir; (hasta) kendi rıza ehliyetini sınırlamış hatta ortadan kaldırmıştır ve buna dair hekime fark edilebilir bir işaret ya da açıklama da yapmamıştır. Bunun yanı sıra kusur düzeyinin belirlenmesi için, aydınlatma görüşmesini yapan hekimin, hastanın ağrısının yol açtığı psikolojik olumsuzluğun rıza ehliyetini ortadan kaldıracak dereceye ulaşmış olup olmadığının bilincinde olup olmadığı ve olması gerekip gerekmediği sorusu sorulmalıdır. Senatoda kusurun bulunmadığına dair ispat yükümlüğünün tedavi süresinde sonradan doğrulanabilir algı şeklinde eski durumuna getirilmesi veya her türlü olumsuz etkilenme derecesinin algılanabilirliği ve hastanın rıza ehliyeti için somut etkilerini yüklenip yüklenemeyeceği şüpheli görünmektedir. Hekimin sorumluluğu davasında sonradan elde edilen izlenimler, hastanın tedavi esnasında dişlerini sıkıp ağrılarının yoğunluğunu belirtmeyip, hafıza kaybı nedeniyle sonradan bireysel olarak tedavi eden hekime de bildirdiğini zannetmesinden dolayı da hatalı olabilir.

b. Bu sadece yüzeysel taslağı çizilen, hastalık veya kazaya bağlı ağrı bulunması neticesinde rıza ehliyetinin ortadan kalkması sorunu, mevcut olayda açıklamayı gerektirmez. Çünkü somut olaydaki tedavinin sadece belirleyici özellikleri nedeniyle senato, davacının ağrı nedeniyle rıza ehliyetinin bulunmadığını kesin şekilde kabul etmeyebilir (Alman Medeni Kanunu Paragraf 286). Bu açıdan görülmeli ve değerlendirilmelidir:

Davacı 10 Nisan 2008 tarihinde “karın sağ üst bölgesindeki kolikartig ağrıyla” hastaneye yatmak için gelmiştir. Teşhiste “safra kesesi taşı” ve öncelikle yakın zaman içinde tıbbî müdahale ihtiyacı görülmüş ve aynı günde de davacı yakında gerçekleştirileceği düşünülen tıbbî müdahalenin riskleri hakkında aydınlatılmıştır. 10 Nisan 2008 tarihindeki hastaneye giriş kaydı bilgileri ve cerrah tarafından yakın zamandaki aydınlatma nedeniyle, aynı günde

gerçekleştirilen müdahalenin hukuka aykırı olup olmayacağı düşünülebilirdi. Zira bu durumda davacının, gerçekte çok da acil olmayan planlanan operasyonun olumlu ve olumsuz taraflarını değerlendirmek için yeterli zamanı bulunmazdı. Fakat bu müdahale 14 Nisan 2008'e kadar 4 gün ertelendiği için, davalının sorumluluğunu bu açıdan tartışmaya gerek yoktur. Davacının ağrısının uygun ilaç tedavisi uygulamasıyla dindirildiği 11 Nisan 2008'de, risk aydınlatması anestezi uzmanı tarafından yapılmıştır. Gerçi anestezi uzmanının hastaya açıkladığı olası komplikasyonlar, hastaya bir önceki gün söylenen cerrahi komplikasyonlarla örtüşmemektedir; fakat olası sonuçların ağırlığı en azından karşılaştırılabilir. Böylece 11 Nisan 2008'de bilinci açık ve artık ağrının olumsuz etkilerini taşımayan hasta, müdahalenin azımsanmayacak risklerle devam edeceği hakkında tekrar aydınlatılmıştır. Bu durum, somut olaydaki süreç sebebiyle Eyalet (ilk derece) Mahkemesi tarafından kabul edilen 10 Nisan 2008'de ağrı nedeniyle rıza ehliyetinin bulunmadığı görüşüyle uyumlu değildir; bu husus 2 Ocak 2012 tarihli dava dilekçesinde (özet olarak) şu şekilde ifade edilmiştir: "Operasyonun gerçekleştirilmesinden önce davacı, genel olarak tıbbi müdahalenin farklı riskleri hakkında aydınlatılmış ve o halde operasyonun gerçekleştirilmesine ve gerekli narkoza rıza göstermiştir. ... Fakat davacıya safra kanalı sistemi ve kan damarları sistemiyle ilgili operasyon bölgesindeki sıklıkla görülen olası anatomik değişimler açıklanmamıştır. ... Esas olarak aydınlatmanın yapıldığı ve belgelendiği gerçeğine rağmen, operasyonun tamamen belirleyici ve hiç de nadir olmayan riskleri hakkında hasta aydınlatılmamıştır; yani esas olarak her insanda operasyon esnasında damar sisteminde öngörülemeyen yaralanmaya yol açabilecek sapmalar gerçekleşebileceği düşünülebilir". Bu şekilde bir taraf açıklaması, bir taraftan hastanın aydınlatma konuşmasını birlikte takip ettiği, kabul ettiği ve anladığı; diğer taraftan sadece itiraz ettiği boşlukları hatırladığı; ayrıca yeterli aydınlatmanın verildiği anlamına gelir. Bu husus, hukuki uyumsuzlukta ancak çok sonradan iddia edilen, hastanın şiddetli ağrı ile kısıtlandığı için, 10 Nisan 2008 tarihinde Tıbbi bilgilerin hiç verilmediği (aydınlatmanın hiç yapılmadığı) iddiasıyla bağdaşmaz. Davacı taraf dinlenmesinde (Alman Medeni Usul Kanunu Paragraf 141) 10 Nisan 2008'deki şiddetli ağrıdan bahsederken; ilk olarak şiddetli ağrı nedeniyle bu tür bir olumsuz etkileme 5 Mart 2013'teki delillerin belirlenmesi duruşmasında ortaya çıkmıştır. Nihayetinde delil sonuçları için, davacının veya onun vekilinin ağrısı anlatımından bir şekilde anlaşılma maksadın; sözlü olarak görüşülmüştür. Bu durum, ilk olarak ilk derece mahkemesi hâkiminin 26 Mart 2013 tarihindeki işari kararıyla değişmiş ve davacının ağrısı tasviri, karara müdahil olan herkes için şaşırtıcı şekilde, hâkimi, davacının 10 Nisan 2008'de rıza göstermeye ehil olmadığı görüşüne yönelmiştir. Bu durum, medeni usul hukukunun temel kurallarıyla çelişir. Burada taraflarca hazırla-

ma ilkesi geçerlidir. Yeni tartışma mevzularını kendi başına yargılamaya dâhil etmek, mahkemenin görevi değildir. Bu yüzden başlangıçta ifade edildiği gibi, davacı mahkemenin işaretini anlayarak ağır nedeniyle rıza ehliyetinin bulunmadığını iddia ettiği için, bu iddia etki doğurmaz. Bu iddia, daha önce izah edilen sebeplerden dolayı kabul edilemez. İlk derece mahkemesi hâkimi, yukarda bahsedilen hususlardan ayrılan değerlendirmesini, davacının 10 Nisan 2008 tarihli aydınlatılmış onam formu (beyanı) açıklamasının üzerinde bulunan imzasının “titrek” olduğuna dayandırmıştır. Gerçi bu doğrudur, ama davacının imzayı muayene sedyesi üzerinde yatarken mi, otururken mi attığı hususu gözden kaçırılmaktadır. Kesin bir tutanak mevcut değildir. Böyle bir durumda imzanın titrek olmasının, ağrının olumsuz etkisinin ölçüsü ile bir ilgisi yoktur. Buna göre, rıza ehliyeti sorusuna ilişkin Eyalet (ilk derece) Mahkemesinin delil değerlendirmesinin temel emaresi önemsizdir. Yetişkin insanlarda rıza ehliyeti kural olarak bulunur. Bu yüzden, eğer tartışmasız tıbbî olgular açısından bakıldığında rıza ehliyetinin bulunmadığı açıkça anlaşılmıyorsa/ belgelenemiyorsa; rıza ehliyetini tartışma konusu yapan kimse, iddiasını ispat etmek zorundadır. Senatonun görüşüne göre, tartışmalı durumda davacının rıza ehliyetinin yokluğuna dair dayanak noktası bulunmamaktadır. Bu itiraz, Eyalet (ilk derece) Mahkemesi tarafından hastanın aklına düşürülmüştür. Bunun üzerine bir hüküm inşa edilemez; ayrıca tedavi eden taraf haklı olarak, Eyalet (ilk derece) Mahkemesi kararının gerekçelerinin yeterli tıp bilgisine dayanmadığını belirtmiştir.

c. Buna uygun olarak, 10 Nisan 2008’de aydınlatmayı yapan hekimin hangi kabul edilebilir tıbbî belirtilere dayanarak rıza ehliyetinin bulunmadığına karar vermesi gerektiği ya da karar vermek zorunda olduğu ne açıktır ne de izah edilebilir; hasta ancak kendisi ilerleyen süreçte mahkemenin işareti sebebiyle rıza ehliyetinden bilinçli olarak dönmüştür. Bu durumda tedavi yönünden kusur da açıkça bulunmamaktadır.

3. Eyalet Mahkemesi, maalesef damar yaralanmasıyla sonuçlanan risk aydınlatmasının yeterli olduğunu ve bu yaralanmanın, cerrahların tıbbî hatasını (malpraktis) belgelemediğini ikna edici biçimde ortaya koymuştur. Bunun üzerine burada tekrar etmek yerine, Eyalet Mahkemesi kararına atıf yapılır.

4. Davanın, Alman Medeni Usul Kanunu’nun 91. Paragrafının 1. cümlesine dayanarak masrafa dair sonuçlarıyla beraber reddedilmesi gerekirdi. Geçici icra edilebilirlik kararı, Alman Medeni Usul Kanunu’nun 708 ve 713. paragraflarına dayanır. Temyizi kabul etmek için sebep açık değildir. İstinaf sürecinde uyuşmazlık meblağı 4000 Euro’yu bulmaktadır.

II. MAHKEME KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE SONUÇ

Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi kararına konu olan olayda, mahkemenin de değerlendirmiş olduğu, dikkat edilmesi gereken iki husus söz konusudur. Bunlardan ilki, medeni usul hukukunda yargılamaya hâkim olan⁵ “*taaraflarca getirilme ilkesi*” ya da diğeri adıyla “*taaraflarca hazırlama ilkesi*”dir⁶. Bu ilke, tasarruf ilkesinin (HMK m. 24) tamamlayıcısı olduğu gibi, aynı zamanda hâkim tarafından “*kendiliğinden araştırma yapılması*” ilkesinin de karşıtıdır. Taraflarca getirilme ilkesi gereğince, mahkeme, tarafların sundukları iddia, savunma ve delillerle⁷ bağlıdır⁸; re’sen delil araştırması yapamaz (HMK m. 25⁹). Dolayısıyla, medeni usul hukukunda uyumsuzluğa ilişkin her delilin, her belirtinin, maddi gerçeğin aydınlatılması için re’sen araştırılması, hâkimin görevi değildir; bilakis o, iddia edilenlerle bağlı olarak kararını verir¹⁰. Diğeri bir deyişle, hâkim kendiliğinden, taraflarca ileri sürülmemiş veya taraflar arasında çelişkili olmayan vakıaları araştıramayacağı gibi, kararına esas da yapamaz, hatta onları hatırlatacak davranışlarda dahi bulunamaz ve hâkimin özel bilgisi de hükme dayanak oluşturmaz; o sadece tarafların ileri sürdükleri vakıa ve delilleri inceleyerek talep sonucunu karara bağlar¹¹. Bu ilkenin aksine davranış, hâkimin, yargılama esnasında yan tutmaksızın, objektif karar vermesi olarak

5 Taraflarca hazırlama ilkesi, çekişmeli yargı işleri için geçerli olup; çekişmesiz yargıda “kendiliğinden araştırma ilkesi” geçerlidir (HMK m. 385/II).

6 Bu ilke, bir Alman İmparatorluk Mahkemesi kararında (RGZ 151, 93, 98) usul hukukunun en önemli ilkesi olarak nitelendirilmiştir (Becker-Eberhard, Ekkehard (2002), Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, (Çev. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, Alkım Yayınevi, s. 17)

7 Hâkim, bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden başvurabileceği gibi; isticvaba da kendiliğinden karar verebilir (HMK m. 169) (Kuru, Baki (2001), Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 1922; Kuru, Baki/Arsan, Ramazan/Yılmaz, Ejder (2014), Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 337; Pekcanitez, Hakan/Atalay/Oğuz, Özkes, Muhammet (2013), Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 364).

8 Mahkemenin, taraflarca getirilmiş olan vakıa ve dava malzemelerini kararına esas alabileceği durumlarda mahkemenin pasifliği ilkesi söz konusudur (Üstündağ, Saim (1997), Medeni Yargılama Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınları, s. 238).

9 6100 s. HMK m. 25: “Taraflarca Getirilme İlkesi (1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. (2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz”.

10 Hâkimin taraflarca ileri sürülen ve fakat müphem veya çelişkili gördüğü iddia ve vakıalar hakkında taraflardan açıklama (izahat) istemesi ise, hâkimin davayı aydınlatma ödevi içerisinde yer alır ve taraflarca getirilme ilkesine aykırılık oluşturmaz (Kuru, s. 1920; Kuru/Arsan/Yılmaz, s. 336; Üstündağ, s. 249; Karşı, Abdurrahim (2012), Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, s. 307).

11 Kuru, s. 1920; Becker-Eberhard, s. 18; Kuru/Arsan/Yılmaz, s. 336-337; Üstündağ, s. 240; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 361-366; Karşı, s. 301; Yılmaz, Ejder (2013), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 274 vd.

ifade edilen “*hâkimin tarafsızlığı*” ilkesine de aykırılık teşkil eder ve hâkimin reddi sebebi oluşturur (HMK m. 36/I-a)¹².

Çevirisini yaptığımız karara konu olayda, ilk derece mahkemesi, tarafların ileri sürmediği yeni tartışma mevzularını kararına gerekçe yaptığı için, Yüksek Eyalet Mahkemesi, haklı olarak medeni usul hukuku kurallarına aykırı olarak karar veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Zira ilk derece mahkemesi, kararında, davacı tarafça ileri sürülmediği halde, davacının rıza ehliyetinin bulunmadığından yola çıkmıştır. Bu da, taraflarca getirilme ilkesinin açıkça ihlalidir.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu meselesidir. Kişinin hayat, sağlık ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak yapılacak her türlü müdahale, onun yararına da olsa; kural olarak vücut bütünlüğüne saldırı niteliği taşır ve bu nedenle hukuka aykırıdır. Bu bakımdan gerek hukukî gerekse de cezaî bakımdan yaptırıma tâbidir. Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu belirleyen temel koşul, hastanın söz konusu müdahaleye ilişkin aydınlatma üzerine serbestçe vereceği¹³ rızasıdır¹⁴. Hastanın tıbbî müdahaleye rızası dışında, aynı zamanda tıbbî müdahalenin kanunun yetkili kıldığı kişilerce yapılması, tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun olarak yapılması, teşhis, tedavi veya hastalıktan korunmak gayesiyle yapılması (endikasyon) şartları da aranır¹⁵. Bu şartlar kümü-

12 Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 363.

13 Tıbbî müdahaleye rızanın, hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için, ahlâka, adaba ve kamu düzenine de aykırı olmaması gerektiği gibi (Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan (2010), *Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku*, 10. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 98; Zevkliler, Aydın (1983), *Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, s. 6; Belgesay, Mustafa Reşit (1953), *Tıbbî Mesuliyet*, İstanbul, M. Sıralar Matbaası, s. 68); rızaya ilişkin iradenin hata, hile yahut tehdit ile sakatlanmamış olması da gerekir (Belgesay, s. 65).

14 Hakeri, Hakan (2009), *Tıp Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 89; Oktay Özdemir, Saibe (2010), *Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği*, Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, C. 2, s. 1315-1316; Dural/Öğüz, s. 98; Bayraktar, Köksal (1972), *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu*, İstanbul, Sermet Matbaası, s. 111 vd.; Yenerer Çakmut, Özlem (2007), *Tıpta Aydınlatma ve Rıza*, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, s. 7-8; Deryal, Yahya, *Tıbbî Müdahale İçin Hastanın Aydınlatılması ve Onayının Alınması*, <www.haksay.org/files/yahya02.doc> s.e.t. 04.04.2015), s. 1; Belgesay, s. 65.

15 Hakeri, s. 89; Bayraktar, s. 111 vd.; Yenerer Çakmut, s. 4-7; Deryal, s. 1; Işık Yılmaz, Ş. Berfin (2012), *Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, TBB Dergisi, S. 98, s. 391-392; Kaya, Mine (2012), *Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu*, TBB Dergisi, S.100, s. 48; Zevkliler, s. 21 vd. “Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için bazı şartların gerçekleşmesi öngörülmüştür. Bunlar sırasıyla; A) Hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması, B) Hastanın rızası bulunması, C) Eylemin tıp biliminin objektif ve sübjektif sınırları içinde kalmasıdır” (Y. 4. HD. E. 1976/6297 K. 1977/2541 T. 7.3.1977, Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

latif nitelik arz eder ve ancak tamamının bir arada bulunması halinde, tıbbî müdahale, hukuka uygunluk niteliğini kazanır. Anılan şartlardan endikasyon şartı, tıbbî zorunluluğu ifade etmekte olup; tıbbî müdahalenin, tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun olarak yapılması şartı içerisinde de değerlendirilmektedir¹⁶.

Karara konu olayda değerlendirilmesi gereken ve tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması için gerekli olan en önemli unsur, hastanın aydınlatılması¹⁷ ile bu aydınlatma üzerine vereceği rızadır (aufgeklärte Einwilligung)¹⁸. Rıza, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunun temel şartını oluştururken; aydınlatma da rızanın ön şartıdır. Zira hastanın rızasının hukuken geçerli olabilmesi için, onun neye rıza gösterdiğini bilmesi gerekir¹⁹. Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için aydınlatılmış rızanın zorunlu olması, bilhassa hastanın “kendi geleceğini tayin hakkı (Selbstbestimmungsrecht)”ndan doğar²⁰. Bu

16 Hakeri, s. 89.

17 Aydınlatmanın konusu ve kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ROGGO, AntoAydınlatmanın konusu ve kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Roggo, Antoine (2002), Aufklärung des Patienten, Bern, Stämpfli Verlag; Geiß, Karlmann/Greiner, Hans-Peter (2006), Arzthaftpflichtrecht, 5. überarbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck, s. 201 vd.; Hakeri, s. 109 vd.; Şenocak, Zarife (1998), Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, Sözkese Matbacılık, s. 44 vd.; Ayan, Mehmet (1991), Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınevi, s. 71 vd.; Ozanoğlu, Hasan Seçkin (2003), Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, s. 64. vd.; Krukemeyer, M.G/Püschel, K., Die Aufklärungspflicht des Arztes, <<http://www.pabst-publishers.de/Medizin/med%20Zeitschriften/jnt/2004-2/128-131.pdf>> s.e.t. 04.04.2015, s. 128 vd.; Zeytin, Zafer (2007), Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Sağlık Hakkı-Özel Sayı, S. 3, Hasta Hakları (4. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 8-9 Haziran 2007, Trabzon), s. 168-182; Yenerer Çakmut, s. 9-19; Deryal, s. 5 vd.

18 Alman hukukunda bu husus, isabetli bir şekilde “aydınlatmadan sonra rıza” anlamına gelen “Einwilligung nach Aufklärung” ifadesiyle de anlatılmaktadır (Ayan, s. 71).

19 Hakeri, s. 154; Zeytin, s. 167; Dural/Öğüz, s. 102; Belgesay, s. 65-66.

20 Şenocak-Sorumluluk, s. 36; Ozanoğlu, s. 59-60; Hakeri, s. 103-104; Ayan, s. 73; Rohe, Mathias (2014), Zivilrechtliche Aspekte der Arzthaftung nach deutschem Recht, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu 18 Ekim, Malatya/Türkiye, s. 58; Geiß/Greiner, s. 199; Zeytin, s. 166; Barta, Heinz/Kalchschmid, Gertrud (2004), Die „Patientenverfügung“ in Europa, Wien Klin Wochenschr. 116/13, s. 442; Yenerer Çakmut, s. 10; Deryal, s. 1-4; Özcan, Burcu G/Özel, Çağlar, Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt:10, Sayı:1 (2007), s. 51-66; Tacir, Hamide (2011), Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s. 100; Özdemir, Hayrunnisa (2008), Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, EÜHFD, C. XII, S. 3-4, s. 349-350; Erman, Hasan (1998), Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul, s. 147; Zevkliler, s. 18; Adıgüzel, Sibel (2014), Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, TAAD, Y. 5, S. 19 (Ekim), s. 946-947.

hak da, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen "herkesin yaşama ve maddi-manevi varlığını koruma-vücut bütünlüğü (körperliche Integrität) hakkı" ile Türk Medeni Kanunu'nun hukuka aykırı olan saldırılara karşı kişilik haklarını korumayı düzenleyen 23 vd. maddelerine dayanır²¹. Buna göre, kişinin rızası alınmaksızın, şahsiyet haklarının kapsamına giren hayat, sağlık ve vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale, tedavi amacına yönelik olsa bile hukuka aykırıdır. Tedavi amacı taşıyan her türlü müdahalenin, hukuka uygun olabilmesi için, kural olarak hastanın gerçek ya da farazî iradesine uygun olması gerekir²². Geçerli bir rızanın mevcudiyeti için ise, hastanın, kararın önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgilendirilmiş olması; bir başka deyişle tıbbî müdahale hakkında aydınlatılmış olması gerekir. Dolayısıyla, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı ile hekimin hastayı aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüğü, karşı karşıya bulunur²³.

Rızanın geçerliliği ise, aydınlatılmış olmanın dışında, hastanın bu rızayı bildirmeye ehil olmasına, kendi üzerinde yapılacak tedavi ve müdahalenin önemiyle sonuçlarını anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olmasına bağlıdır²⁴. Hasta tam ehliyetli ise, rıza kendisi; tam ehliyetsiz ise, kanuni tem-

- 21 Şenocak (1998), s. 36; Ozanoğlu, s. 59-60; Ayan, s. 73; Hakeri, s. 154-155; Deryal, s. 1-4; Özcan/Özel, s. 51-66; Tacir, s. 116; Özdemir, s. 349-350; Adıgüzel, s. 946-947. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına yönelik olarak düzenlemeler, Lizbon Bildirgesi (1981) m. 3'de "Hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir" ve Amsterdam Bildirgesi (1994) m. 3/II'de "Hasta tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir" şeklinde ve Bali Bildirgesi'nde (1995) yer alan 11 ilkede yer almaktadır.
- 22 Ozanoğlu, s. 61; Şenocak (1998), s. 37; Özbilen, Arif Barış (2013), Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 12, S. 24, s. 100. Ancak rıza, tek başına hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz-Volenti non fit iniura (Erman, s. 146).
- 23 Şenocak (1998), s. 37; Ayan, s. 72; Hakeri, s. 154. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında "iradesi" ile "yaşam değeri" arasında yapılması gereken tercih (Örneğin, ötenazi durumu ve yehova şahitlerine kan nakli), değişik hukuk sistemlerinde, birbirine tamamen zıt olan mahkeme kararlarının ortaya çıkmasına ve farklı görüşlerle dinî, ahlâkî ve hukukî tartışmalara neden olmaktadır. Farklı görüşler için bkz. Bayraktar, s. 151; Şenocak-Sorumluluk, s. 43, dn. 34; Hakeri, s. 136; Özbilen, s. 106, dn. 14; Özsunay, Ergun (1998), Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, s. 39 vd.; Kangal, Zeynel T. (2011), Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, S. 4, s. 238.
- 24 Şenocak (1998), s. 38; Ayan, s. 82; Hakeri, s. 162; Zeytin, s. 177; Bayraktar, s. 130; Özcan/Özel, s. 67; Oral, Tuğçe (2011), Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü, Ankara Barosu Dergisi, 2011/ 2, s. 195. Yargıtay kararında da rızanın geçerli olmasının şartları şu şekilde ifade edilmiştir: "...rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeterli kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarla ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır" (Y. 4. HD. E. 1976/6297 K. 1977/2541 T. 7.3.1977, Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

silcisi tarafından açıklanacaktır. Buna karşılık, hasta küçük²⁵ veya kısıtlı²⁶ ise; Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesine göre, ayırt etme gücü olup olmadığına bakılmaksızın, tıbbî müdahale için, veli²⁷ ya da vasinin izni alınır²⁸. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26. maddesi ise, *"Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbî müdahaleye iştiraki"*nin sağlanmasını düzenlemiştir. Yani hukukumuzda mevcut düzenlemelere göre, hasta küçük ya da kısıtlı ise, ayırt etme gücüne sahip olsun ya da olmasın bir fark bulunmaksızın, tıbbî müdahaleye rıza, veli ya da vasisi tarafından gösterilecektir. Bununla birlikte doktrinde, tedaviye rıza göstermenin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle, ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlıların (sınırlı ehliyetliler) bu hakkı, tek başlarına kullanabileceği ileri sürülmüştür²⁹. Biz de kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması kapsamında, ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlıların tıbbî müdahaleye tek başlarına rıza gösterebileceği görüşüne katılmaktayız. Ancak her iki tarafın menfaatleri bir arada gözetildiğinde, kanuni temsilcinin de yapılacak müdahale hakkında en azından bilgi sahibi olması amacıyla aydınlatılması gerekir³⁰. Zira hastanın ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı olması halinde, veli ya da vasinin de aydınlatılması hem zorunlu (Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 15) hem de amaca uygundur.

Tıbbî müdahaleye yönelik iznin, mahkemeden hâkim kararı ile alınması da mümkündür. Tıbbî müdahaleye hastanın yasal temsilcisinin (veli veya vasi) rıza vermemesi durumunda, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/4 gere-

25 Ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, Zarife (2001), Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası, AÜ-HFD. C. 50, S. 4, Ankara, s. 65-80.

26 Kısıtlı kişileri, "küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı" nedeniyle vesayet altına alınan kişilerle sınırlayarak, diğer nedenlerle (savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza, talep) vesayet altına alınmış kişilere ise tedaviye bizzat rıza gösterebilme imkânı tanımak gerekir. Aksine görüşün kabulü, bu kişilerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanım alanlarını fazlasıyla daraltmak anlamına gelir (Şenocak(1998), s. 39; Adıgüzel, s. 960).

27 Ağır tıbbî müdahalelerde her iki ebeveynin de izninin bulunması gerektiğine dair bkz. Krukemeyer, M.G/Püschel, K., s. 130.

28 Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un Türk Medeni Kanunu'na (m. 16) göre özel nitelikte olması nedeniyle, hasta küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın yasal temsilcinin rızasının alınması gerektiğine dair bkz. Adıgüzel, s. 962.

29 Şenocak (1998), s. 38; Dural/Öğüz, s. 100; Ayan, s. 82; küçüğün rızasının tek başına yeterli olmadığı yönünde Zevkliler, s. 21; Özcan/Özel, s. 67-68.

30 Ozanoğlu, s. 72; Ayan, s. 82; Özcan/Özel, s. 68; Özdemir, s. 364. Dural/Öğüz, bilgi sahibi olmayı genişleterek, rızaya yasal temsilcinin katılmasında da yarar bulunduğu şeklinde ifade etmiştir, s. 100.

ği (ve TMK m. 346 ile m. 486 hükümlerine dayanılarak), mahkemeden tıbbî müdahalede bulunabilmek için izin alınır. Veli ve vasinin olmadığı veya bulunmadığı hallerde, mahkemeden karar almak için yeterli zamanın bulunmaması durumunda yahut hastanın bilinçsiz olduğu acil durumlarda ise, hekim rıza ya da izin olmaksızın; daha doğru bir deyişle varsayılan rızaya dayanarak³¹, tıbbî müdahaleyi gerçekleştirebilir (Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70/I, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/4). Zira burada önemli olan, hastanın yaşamının ve sağlığının tehlikeye düşürülmesi değil korunması olduğu için, hastanın tedavi görmedeki yararı ve yaşama hakkı ön plana çıkar³². Aynı şekilde, hastanın sağlığı açısından zorunlu olan bir müdahaleye kanuni temsilci tarafından sebepsiz olarak izin verilmediği fakat acil müdahalede bulunulması gereken hallerde hekim, izne gerek olmaksızın tıbbî müdahaleyi gerçekleştirebilir. Bu takdirde kanunî temsilcinin rıza vermekten kaçınması, TMK m. 2 anlamında, “hakkın kötüye kullanımı” oluşturacağı gibi³³; acil durumlarda tıbbî müdahaleyi gerçekleştirmek de hekim açısından bir hukukî yükümlülüktür (Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi m. 3).

Burada değinmek gerekir ki, hastanın rıza ehliyetine sahip olup olmadığı denetlemek hekimin görevidir. Hekim, her somut olayda, hastanın yaş, fiziksel ve ruhsal durum, ilaçların etkisi, anlama yeteneğinin derecesi, kişinin kültürel yapısı ve milliyeti gibi tüm olguları değerlendirmek suretiyle, hastanın rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığına karar verir³⁴. Hastalık durumu veya ölüm korkusu, iradeyi sakatlayan haller arasında sayılmadığından, kural olarak rıza ehliyetini ortadan kaldırmaz³⁵. Ancak her somut olayda bu husus, ayrıca değerlendirilmelidir³⁶. Nitekim ölüm korkusu ya da hastanın çektiği sancılar, bir akıl hastalığı ya da akıl zayıflığına da yol açmış olabilir³⁷. Eğer hekim, rıza ehliyeti konusunda şüpheye düşerse, acil tıbbî müdahalede bulunmayı

31 Bilinci kapalı olan hastaya yapılacak acil tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale getirenin, varsayılan rıza değil; zorunluluk hali olduğu görüşüne ilişkin bkz. Tacir, s. 174, s. 188; benzer yönde Oktay Özdemir, s. 1315, dn. 2; Belgesay, s. 70; Özbilen, s. 100 vd. Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu açıklayan görüşler ve eleştirileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar, s. 71 vd.

32 Şenocak (1998), s. 40; Ayan, s. 79; Zeytin, s. 177-178; Oktay Özdemir, s.1331; Özcan/Özel, s. 68; Özdemir, s. 370. Hekim rıza olmaksızın tıbbî müdahalede bulunduğunda, hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmaması sebebiyle hekim, vekâletsiz iş gören konumunda olur ve herhangi bir zararın doğması halinde sorumluluğu bu doğrultuda belirlenir (Şenocak (1998), s. 40; Ayan, s. 60; Özbilen, s. 101, dn.1; Özcan/Özel, s. 68; Bayraktar, s. 140; Erman, s. 144).

33 Şenocak (1998), s. 40.

34 Hakeri, s. 162.

35 Hakeri, s. 203; Bayraktar, s. 138.

36 Hakeri, s. 203.

37 Bayraktar, s. 138.

gerektirecek bir durum söz konusu olmadığı takdirde, hekimin kanuni temsilcilerin onayını alması gerekir. Acil tıbbî müdahalede bulunulmasının gerektiği hallerde ise, hekimin müdahalesi, varsayılan rıza ve zorunluluk hali dairesi içerisinde değerlendirilerek hukuka uygun kabul edilir³⁸.

Rızanın geçerli olabilmesi ve tıbbî müdahale bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için, rızanın şekli ve zamanı hususlarına da değinmek gerekir. Rızanın aydınlatma üzerine verilmesi cihetiyle bakılırsa; rızanın ne zaman verileceğinin belirlenmesinde, aydınlatmanın ne zaman yapılması gerektiği meselesi kilit noktayı oluşturur. Hekim tarafından yapılacak tıbbî müdahaleye ilişkin aydınlatma, ne çok geç ne de çok erken yapılmalıdır; bilakis aydınlatma zamanında olmalıdır. Daha açık deyişle, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, tedaviyi kabul ya da redde ilişkin olarak özgürce karar verebilmesini sağlamak ve seçim hakkına halel getirmemek amacıyla, aydınlatma, müdahaleden uygun bir süre önce yapılmalıdır³⁹. Hastanın karar vermesi ve hatta yakınları ile görüşüp başka bir hekime danışabilmesi için gereken uygun sürenin tanınması gerekir. Acil bir durum söz konusu olmadığı sürece, ameliyat masasında yapılacak bir aydınlatma geçersiz olduğu gibi, ameliyat öncesi akşamı⁴⁰ yapılan aydınlatma dahi yeterli olmayabilir⁴¹. Aydınlatmanın ne zaman yapılması gerektiğini, her somut olayda yapılacak müdahalenin ağırlığına, gerekliliğine ve aciliyetine bağlı olarak ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Bu kapsamda rıza da müdahaleden önce ya da en geç müdahale sırasında verilir ve müdahale yapıncaya kadar geri alınabilir (HHY m. 24, 25). Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında, önceden vermiş olduğu rızayı, geri alabilmesi de yine “kendi geleceğini belirleme hakkı” kapsamında mümkündür. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. maddesinde bu husus, “...*hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller harcında, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir... Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır...*” şeklinde düzenleme altına alınmıştır⁴².

38 Hakeri, s. 162.

39 Krukemeyer, M.G/Püschel, K, s. 128; Roggo, s. 200; Rohe, s. 58; Geiß/Greiner, s. 246; Ayan, s. 83; Zeytin, s. 178; Tacir, s. 183; Adıgüzel, s. 965-966; Işık Yılmaz, s. 405.

40 Zira hastanın özgürce karar verebilme ehliyeti, ameliyat öncesi verilen ağrı kesici, narkoz, sakinleştirici ilaçlar veya psikolojik baskı nedeniyle olumsuz etkilenebilir ya da tamamen ortadan kalkabilir.

41 Ozanoğlu, s. 73; Hakeri, s. 135-136; Ayan, s. 83; Deryal, s. 5. Aydınlatma, ambulansla yapılacaksa, müdahale yapılacağı an; ağır tıbbî müdahalelerde ise, en azından bir önceki gün yapılmalıdır (Rohe, s. 58, dn. 26; Geiß/Greiner, s. 246).

42 Rızanın geri alınabilmesini, tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlayan bu hüküm karşısında, aynı yönetmeliğin 25. maddesinde de “Kanunen zorunlu haller dışında

Tıbbî müdahaleye yönelik aydınlatma ve rızanın şekli hususunda kural olarak bir şekil serbestisinden bahsetmek mümkündür. Tıbbî müdahale hakkında aydınlatma, yazılı olarak yapılabileceği gibi, sözlü olarak hatta bilgilendirici film gösterimi⁴³ şeklinde de yapılabilir. Hekim kendisi aydınlatmayı ne şekilde yapacağına karar verecektir⁴⁴. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği her türlü delille ispat edilebilir olmakla beraber; ispat zorluğunun bertaraf edilmesi bakımından, aydınlatmanın yazılı yapılmasında fayda vardır. Aynı şekilde, tıbbî müdahaleye ilişkin rıza da kural olarak, açık ya da zımnî olarak açıklanabilir. Bunun yanı sıra, hekimin hastanın bilincinin yerinde olmadığı durumlarda, hastanın varsayılan rızasına dayanarak tıbbî müdahalede bulunması da mümkündür. Ancak ortaya çıkması muhtemel ihtilaflarda ispat kolaylığı sağlaması bakımından rızanın da yazılı olarak alınması uygundur⁴⁵. Kural şekil serbestisi olmakla beraber mevzuatımızda bazı durumlarda, rızanın yazılı olması öngörülmüştür. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi uyarınca, "büyük ameliyeî cerrahiyeler" için rızanın yazılı olması gerekir. Aynı şekilde TMK m. 23/III gereğince, "insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli" için verilecek rıza yazılı şekle tâbidir. Bunun dışında Organ ve Doku Nakli Kanunu'nda (m. 6) yazılı ve imzalı şekilde rızanın açıklanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca Nüfus Planlaması Kanunu'nda (m. 5/IV), rızanın şeklinin tüzükle düzenleneceğine işaret edilmiş, "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük" ün 13. maddesi de, bir izin belgesinin alınmasına ilişkin hüküm içermektedir. Dolayısıyla bu şekilde özel düzenlemeler bir tarafa bırakılırsa; rızanın şekli hususunda bir şekil serbestisinden bahsedilebilir. Nitekim bu husus, Hasta Hak-

ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir" şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu iki hükmün çelişki içerisinde olduğu açık olduğu gibi; hangisinin, nasıl uygulanacağı meselesi de oldukça karmaşıktır (Tacir, s. 220). Burada 24. maddedeki hayati tehlike bulunması durumunun özel olarak düzenlendiği ve 25. madde hükmünün (yakın) hayati tehlike bulunmayan tedavi ile müdahalelerin reddini düzenlediğinin kabulü akla en yakın çözüm olarak görünmektedir (Oktay Özdemir, s. 1332 vd.; Bayraktar, s. 131 vd.; Aksi yönde Dural/Öğüz, s. 104). Aksinin kabulü, hasta açısından ötenazi; hekim bakımından ise intihara yardımcı oluşturur ki hukukumuzda her ikisi de yasaktır (TCK m. 83,84, HHY m. 13) (Oktay Özdemir, s. 1332 vd.).

43 Zeytin, s. 178.

44 Ozanoğlu, s. 72-73; Hakeri, s. 139; Ayan, s. 84; Zeytin, s. 178; Tacir, s. 181; Özdemir, s. 366-367.

45 Şenocak (1998), s. 42-43; Bayraktar, s. 140.

ları Yönetmeliği'nin 28. maddesinde “*mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir*” şeklinde ifade edilmiştir. Fakat belirtelim ki, rızanın yazılı olmasının gerektiği durumlarda, aydınlatmanın da yazılı olarak yapılması gerektiği sonucuna varılamaz.

Karara konu teşkil eden olayı değerlendirecek olursak; hastanın ehliyeti açısından bir problem bulunmamaktadır; hasta tam ehliyetlidir. Dolayısıyla, tıbbî müdahaleye yönelik olarak hekim tarafından aydınlatma, hastanın bizzat kendisine yapılacak ve bunun üzerine rıza da bizzat kendisi tarafından verilecektir. Hasta, ani sancıyla hastaneye gelmiş; fakat aynı gün müdahalede bulunulmamıştır⁴⁶. Dolayısıyla aydınlatmanın uygun zamanda yapıldığı, hastanın tıbbî müdahalenin ağırlığını ve sonuçlarını düşünmeye yetecek derecede vakti bulunduğu açıktır. Somut olayda, hastanın rızasını almaksızın, tıbbî müdahalede bulunulacak kadar acil bir durum olmadığı gibi; bilincinin kapalı olduğu yönünde bir belirti de söz konusu değildir. O halde rıza almaksızın müdahalede bulunmayı gerektirecek bir durumun şartları da oluşmamıştır. Olayda tartışılması gereken tek husus, hastanın ani sancıyla geldiği gün, aydınlatma üzerine vermiş olduğu rızanın, ağrı nedeniyle sakatlanmış olup olamayacağı noktasındadır. Ancak hasta, hastaneye kaldırıldığı gün verdiği rızanın yanı sıra, hekim tarafından ağrısı dindirilmek suretiyle bir sonraki gün de tekrardan aydınlatılmış ve tıbbî müdahaleye göstermiş olduğu rızayı geri de almamıştır. Hastanın kendi geleceğini bizzat tayin hakkının sonucu olarak, tıbbî müdahale için verilen rıza, her zaman geri alınabilir (HHY m. 24). O halde, somut olaydaki hasta bakımından, hekimin aydınlatma görevini yerine getirdiği, bunun üzerine hastanın geçerli olarak rızasını verdiği ve bu şekilde tıbbî müdahalenin hukuka uygun şekilde gerçekleştiğinden yola çıkılarak; Yüksek Eyalet Mahkemesi kararının isabetli olduğu söylenebilir.

Somut olayda gerçekleşmemiş olsa da, rızanın, ağrı nedeniyle sakatlanıp sakatlanamayacağı noktasında ise; ağrının derecesi ve etkilerinin her somut olayda her hasta bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira Yüksek Eyalet Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi, ağrının hastanın rıza ehliyetini etkileyecek derecede olup olmadığı objektif bir mesele olmadığından; ağrının, rıza ehliyetini ortadan kaldıracağı ya da sınırlandıracağına dair kesin ve genel bir yargıya ulaşmak mümkün değildir. Dolayısıyla, “çok şiddetli” ve “dayanılmaz” ağrı bulunması durumunda, hastanın rızasının sakatlanabilir olduğu söylenebilir olsa da, mevcut tıp biliminin verileri ışığında, objektif

46 Bu husus, aydınlatmanın yapılacağı zaman bakımından önemlidir.

olarak bunu tespit etmek çok zor, hatta neredeyse imkânsızdır. Zira her kişinin ağrı eşiği farklı olduğu gibi; hastanın az ağrıyla daha çokmuş gibi yorumlayarak, kendini, korku ve heyecan durumuyla abartılı bir duruma sokmuş olma ihtimali de söz konusudur. Böyle bir durumda ise, hekimin hastanın bilinçsiz olması ya da kanuni temsilcinin rıza vermekten kaçınması hallerinde olduğu gibi, rıza olmaksızın da tıbbî müdahaleyi gerçekleştirebileceğinden yola çıkılmalıdır. Daha açık bir deyişle, çok şiddetli ve dayanılmaz ağrı nedeniyle rıza ehliyeti sakatlanan hastaya, tıbbî müdahale yapılması acil olarak gerekli ise, hekim tıbbî müdahalede bulunabilecek (hatta tıbbî müdahalede bulunması hekim bakımından bir yükümlülüktür) ve tıpkı varsayılan rızadan⁴⁷ yola çıktığı durumlarda olduğu gibi, herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Zira şüpheden yaşam hakkı yararlanır. Nitekim Yüksek Eyalet Mahkemesi de, haklı olarak, ilk derece mahkemesinin karara konu olan somut olayda hastanın şiddetli ağrı nedeniyle rıza ehliyetinin bulunmadığı yönündeki görüşüne katılmamıştır.

Özet olarak, hastanın rıza ehliyetine sahip olup olmadığını denetlemenin hekimin görevi olduğu; hastalık, korku veya şiddetli ağrı çekmek gibi durumların kural olarak iradeyi sakatlayan nedenler arasında yer almadığından, rıza ehliyetini ortadan kaldırmamakla beraber; her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir⁴⁸. Bunun dışında şiddetli ve dayanılmaz ağrı nedeniyle iradesi ve dolayısıyla rıza ehliyeti sakatlanan ve acil müdahalede bulunulmazsa hayatî durumu tehlikede olan bir hastaya ise, hekim, tıbbî bakımından gerekli olan müdahaleyi yapacaktır. Bu durumda söz konusu müdahale hukuka uygun olur ve esasen müdahalede bulunmaması medeni hukuk anlamında hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi anlamına gelir.

47 Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kangal, s. 223-251.

48 Hakeri, s. 203; Bayraktar, s. 138.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, Sibel (2014), Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, TAAD, Y. 5, S. 19 (Ekim), s. 943-995.

Ayan, Mehmet (1991), Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınevi.

Barta, Heinz/Kalchschmid, Gertrud (2004), Die “Patientenverfügung” in Europa, Wien Klin Wochenschr.116/13, s. 442–457.

Bayraktar, Köksal (1972), Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, Sermet Matbaası.

Becker-Eberhard, Ekkehard (2002), Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Çev. Kamil YILDIRIM), İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, Alkım Yayınevi, s. 17-42.

Belgesay, Mustafa Reşit (1953), Tıbbî Mesuliyet, İstanbul, M. Sıralar Matbaası.

Deryal, Yahya, Tıbbî Müdahale İçin Hastanın Aydınlatılması ve Onayının Alınması, www.haksay.org/files/yahya02.doc.> s.e.t. 04.04.2015.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan (2010), Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Erman, Hasan (1998), Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul, s. 143-153.

Geiß, Karlmann/Greiner, Hans-Peter (2006), Arzthaftpflichtrecht, 5. überarbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck.

Hakeri, Hakan (2009), Tıp Hukuku Temel Bilgiler, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Işık Yılmaz, Ş. Berfin (2012), Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, TBB Dergisi, S. 98, s. 389-410.

Kangal, Zeynel T. (2011), Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, S. 4, s. 223-251.

Karslı, Abdurrahim (2012), Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık.

Kaya, Mine (2012), Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, TBB Dergisi, S.100, s. 45-82.

Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

Krukemeyer, M.G/Püschel, K, Die Aufklärungspflicht des Arztes, <<http://www.pabst-publishers.de/Medizin/med%20Zeitschriften/jnt/2004-2/128-131.pdf>> s.e.t. 04.04.2015.

Kuru, Baki (2001), Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder (2014), Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Oktay Özdemir, Saibe (2010), Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, C. 2, s. 1315-1351.

Oral, Tuğçe (2011), Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü, Ankara Barosu Dergisi, 2011/ 2, s.185-209.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin (2003), Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, s. 55- 77.

Özbilen, Arif Barış (2013), Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y. 12, S. 24, Güz 2013/2, s. 99-124.

Özcan, Burcu G./Özel, Çağlar (2007), Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 1, s. 49-73.

Özdemir, Hayrunnisa (2008), Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü, EÜHFD, C. XII, S. 3-4, s. 347-379.

Özsunay, Ergun (1998), Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, s. 2-58.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet (2013), Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.

Roggo, Antoine (2002), Aufklärung des Patienten, Bern, Stämpfli Verlag.

Rohe, Mathias (2014), Zivilrechtliche Aspekte der Arzthaftung nach deutschem Recht, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu 18 Ekim 2014 Malatya/Türkiye, s. 51-66.

Şenocak, Zarife (1998), Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 1998 (Şenocak-Sorumluluk).

Şenocak, Zarife (2001), Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası, AÜHFD. C. 50, S. 4, Ankara, s. 65-80 (Şenocak-Rıza).

Tacir, Hamide (2011), Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul, On iki Levha Yayınları.

Üstündağ, Saim (1997), Medeni Yargılama Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınları.

Yenerer Çakmut, Özlem (2007), Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, s. 1-31.

Yılmaz, Ejder (2013), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.

Zevkliler, Aydın (1983), Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, s. 1-37.

Zeytin, Zafer (2007), Hasta-Hekim İlişkisinde Hekimin Aydınlatma Yü-
kümlülüğü, Sağlık Hakkı-Özel Sayı, S. 3, Hasta Hakları (4. Türk-Alman Tıp
Hukuku Sempozyumu, 8-9 Haziran 2007, Trabzon), s. 165-190.

<<https://tr.wikipedia.org>> s.et. 02.05.2015.

<<https://beck-online.beck.de>> s.et. 10.06.2015.

Karara Erişim Sitesi: Beck-Online Veri Tabanı

<<https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/ents/beckrs/2014/cont/beckrs.2014.18876.htm&pos=0&hlwords=Einwilligungsf%26%23228%3b-higkeit%C3%90Einwilligungsf%C3%A4higkeit%C3%90+einwilligen+-%C3%90+faehig+#xhlhit>>

Yayın ve Yazım Kuralları

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce makaleler yayınlanmaktadır.
3. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basılabileceğini kabul ettikleri varsayılır. Bilimsellik ölçütlerine uymadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışları içerdiği tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az bir ve en çok iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakem tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayınlanması uygun bulunmayan yazılara ait hakem değerlendirme formu yazarına e-posta yoluyla iletilir. Yayınlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
5. Dergiye gönderilen makaleler 3000 kelimeden az ve 15.000 kelimeden çok olamaz. Her makalede 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Makalenin başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce yazılmalıdır.
6. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayınlanmamış olmalıdır.
7. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden doğabilecek tüm sorumluluk yazarlarına aittir.
8. Makaleler ybhukukdergisi@ybu.edu.tr adresine e-posta yoluyla gönderilmelidir. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
9. Makalelerin yayınlanıp yayınlanmayacağı 1 ay içinde belirlenir ve yazarına e-posta yolu ile bildirilir.

10. Yazılar yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında; kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
12. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
13. Yazılar 'Microsoft Word' programında, yazı tipi Times New Roman 12 punto, iki yana yaslı normal stil olmalıdır.
14. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÖMÖ BÖYÖK HARF

A. KALIN ve TÖMÖ BÖYÖK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

a. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

i. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

15. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiğı kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
16. Yayınlarımızın resmi web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayınlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (Yazarın Soyadı (Yıl), atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır.
6. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
7. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Uşan, M.Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2.Baskı, Ankara, Seçkin.

Çoklu yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı & 2. Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Acer, Yücel & Kaya, İbrahim, (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Editörlü Kitap

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Dülger, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Bası, Konya, Sayram

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı, 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: Uşan, M.Fatih, 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi' : Aydın, Ufuk; Kocabaş, Fatma (Editörler) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1.B, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek: Dworkin, Ronald, (1977) Taking Rights Seriously, 1.Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi, (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Baskı, Ankara, Dost.)

Elektronik Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: Demircioğlu, A. Murat, (2010) Labor in law Turkey <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>>s.e.t. 10.08.2015.

Elektronik Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı, 'Makalenin adı': Editörün Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: Kaya, Emir (2015) "Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice" Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (Eds.) (2013) Chaos, Complexity and Leadership,<http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22>s.e.t. 10.08.2015.

Makale

Soyadı, Adı (YIL), 'Makale adı' Dergi adı, Sayı: ^Cilt; İlk ve Son Sayfa Sayfa Aralığı: .

Örnek: Uşan, M.Fatih, (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu-İş, S:1, C:10, s.1-48.

Elektronik Makale

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) 'Makale ismi', ^Dergi adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: Uşan, M.Fatih, (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı, 'Tebliğin Başlığı', Editörün Soyadı, Adı (Editör), Konferans ismi, Tarih, Yer.

Örnek: Uşan, M.Fatih, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği': Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı (YIL) 'Tez Başlığı', (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek: Kılınç, Ahmet (2013), 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (Doktora), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Mahkeme Kararı

^Dava Adı, Mercı, ^Başvuru no, ^E; K; T; ^Kaynak

Örnek 1: Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015

Örnek 2: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İnternet Adresi:

Soyadı, Adı, Mecra, Başlık, <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: Uşan, M.Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>>s.e.t. 27.07.2015.

Rapor

Soyadı, Adı, Kurum (Yıl), Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No; <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, İstanbul Ticaret Odası (2011), 'Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler', <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>, s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINES

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal that is published semiannually.
2. The journal publishes articles written in Turkish, German, French and English.
3. It is assumed that authors have reviewed the articles that they submit to the journal and approve their publication as they are. Articles found to be in unconformity with scientific criteria and that include misspellings above the average rate are refused by the Editorial Board.
4. The articles are sent to at least one and, at most, two referees for review, depending on the first decision of the Editorial Board. According to the blind peer-review system, the author's name is removed from the article before sending. Upon the request of a correction report from the referee, the author can only make changes within the framework of the amendment report. The article may be resubmitted to the blind peer review, after the suggested corrections have been made by the author. A second blind peer review is not performed, in the event of a negative report made by the referee. A "Referee Assessment Form" for articles that have not qualified for publication is sent by email to the author of the article. Unpublished articles will not be sent back to the author.
5. Articles that are sent to the journal cannot be shorter than 3,000 or longer than 15,000 words. Each article should include a summary of 150–250 words and between five and 10 keywords. The summary and the keywords should also be written in English.
6. The articles that are submitted to the journal must not have been published elsewhere.
7. The authors are totally responsible for any ideas that might arise from their studies that are published in the journal.
8. Articles should be emailed to ybhukukdergisi@ybu.edu.tr. Authors should notify us about their degree, institution, contact addresses, phone numbers and email addresses.

9. Whether the article is going to be published or not is determined within one month and is announced to authors by email.
10. If the article is accepted for publication, then all broadcasting rights to publish belong to Yıldırım Beyazıt University. Authors are deemed to have accepted the transference of the copyright to the University.
11. Apart from articles that are reviewed and qualified for publication by a referee, the journal also publishes book reviews, legislative assessments and informative remarks. The decision to accept or refuse such submissions is made by the Editorial Board.
12. Studies that are not returned to us from peer review in the due course of time are evaluated for the next issue, unless otherwise stated by the article's author.
13. Articles should be written in the "Microsoft Word" program, in the font type Times New Roman, the font size 12, in the 'Normal' style and with justified alignment.
14. Titles within the text should be organized as follows:

I. ALL CAPITAL LETTERS AND BOLD

A. ALL CAPITAL LETTERS BOLD

1. Only the First Letters Capitalized and All Bold

a. Only the First Letters Capitalized and All Bold

i. Only the First Letters Capitalized and All Bold

15. The bibliography should be arranged alphabetically, based on the surname of the referenced authors, and should appear at the end of the article. Citations should be shown as footnotes at the bottom of each page. Citations and the bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
16. The official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com

RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted to Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should include footnote citations.
3. Unless there are no rules in this citation system, the OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. If it is necessary to refer to an original work (such as archive documents, etc.), the preferred method is that references should appear in a uniform manner throughout the article.
5. All details of the reference should be indicated in the first citation; subsequent citations should appear in an abbreviated form (Author's surname, page cited). If more than one work by the same author has been cited, in order to distinguish between abbreviations, the citation should indicate the year (Author's surname (year), page cited).
6. If there is information regarding the resource's type, the "^" sign refers to the relevant information.
7. The "l.a.d." expression refers to the date on which the source was last accessed by the author.

Book

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: Uşan, M.Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2.Edition, Ankara, Seçkin.

In case of Multi-author

Author's Surname, Name & 2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: Acer, Yücel & Kaya, brahim, (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

Edited Book

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: Dülger, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

Book Section

Author's Surname, Name, 'Article title': Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book title, Edition, City, Publisher.

Example: Uşan, M.Fatih, ' İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi': Aydın, Ufuk; Kocabaş, Fatma (Editors) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications.

Translation Book

Author's Surname, Name, (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name, (Year), Translation Book's Name, Edition, City, Publisher.)

Example: Dworkin, Ronald, (1977) Taking Rights Seriously, 1.Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkba , Ahmet Ulvi, (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Edition, Ankara, **Dost.**)

Electronic Books

Author's Surname, Name, (Year), Book's Name, <Internet address> I.a.d. Date.

Example: Demircio lu, A. Murat, (2010), Labor in law Turkey earch.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813"652813 I.a.d. 10.08.2015.

Electronic Book Chapter

Author's Surname, Name, 'Article's Name': Editor's Surname, Name, (Year) Book's Name <Internet address> I.a.d. (last accessed date) Date.

Example: Kaya, Emir, "Injustice as a Judicial Product: Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (2013), A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice" Chaos, Complexity and Leadership, http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22 I.a.d. 10.08.2015.

Article

Surname, Name (Year), 'Article`s Name' Journal`s Name, Issue: Volume; The first and last page range: .

Example: Uşan, M. Fatih, (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Electronic Article

Surname, Name (Year), 'Article`s Name' Journal`s Name <Internet address> I.a.d. (last accessed date) Date.

Example: Uşan, M. Fatih, (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-academy, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> I.a.d. 28.07.2015.

Conference Proceeding

Author`s Surname, Name, "Title of the Annunciation", Editor`s Surname, Name (Editor), Conference Name, Date, Place.

Example: Uşan, M.Fatih, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği': Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry - Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

Thesis

Author`s Surname, Name (Year) 'Thesis Head' (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example: Kılınç, Ahmet (2013), 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (PhD), Gazi University Institute of Social Sciences.

Court Decision

^Case Name, Mercier, ^Application No, ^E.; K.; T.: ^Citation.

Example 1: Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015 **Example 2:** Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

Web Address

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> I.a.d. Date.

Example: Uşan, M.Fatih, Kamu- İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>>, I.a.d. 07/27/2015.

The Report

Surname, Name, Institution (Year), Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> I.a.d. Date.

Example: Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, İstanbul Chamber of Commerce (2011), "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa için Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>>, I.a.d. 07/27.