

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 1 - Sayı: 2
Aralık 2015

Sahibi

TC. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT

Sorumlu Müdür

Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER

Editör

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN

İletişim Adresi

TC. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Taksim Yerleşkesi, Sıraselviler Cad. No.65,
Taksim 34437 - Beyoğlu/İSTANBUL
Tel: +90 (212) 867 55 89
Faks: +90 (212) 867 55 67
hukukdergi@beykent.edu.tr

Sayfa Tasarımı

Bilge KARAKÖSE

Kapak Tasarımı

Musa GÜNDOĞAN

Baskı

Seçkin Yayıncılık A.Ş. Sağlık Sok. No: 21 Sıhhiye / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

ISSN

2149-5068

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Adem SÖZÜER (İstanbul Üniversitesi)	Prof. Dr. Yücel OĞURLU (Uluslararası Saraybosna Üniversitesi)
Prof. Dr. Billur YALTI (Koç Üniversitesi)	Doç. Dr. Naim DEMİREL (Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi)
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Berna TEPE (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Erol CİHAN (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR (Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Dilek EKMEKÇİ (Girne Amerikan Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Fikret GEZGİN (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Gülsen GÜNEŞ (Bahçeşehir Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Elif YAVUZ (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk Nami NOMER (İstanbul Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Gizem ERSEN PERÇİN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (Marmara Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Hulki A. CİHAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Hasan Nuri YAŞAR (Marmara Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĐLU (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Nihat BULUT (İstanbul Şehir Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Mehmet BAĐCI (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. S. Binnur ÇELİK (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Tülin ÇAĐDAŐ (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (İstanbul Ticaret Üniversitesi)	

YAYIN KURULU

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN
Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN
Arş. Gör. Pınar DİKMEN
Arş. Gör. Bahar ŐİMŐEK

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (BÜHFD) Haziran ve Aralık olmak üzere yılda 2 kez yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel çalışmaların özel hukuk, kamu hukuku ve mali hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelmektedir.
3. Dergi’nin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla beraber, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir.
4. Dergi’de hakem denetiminden geçen makale, mevzuat ve mahkeme kararı değerlendirilmesi, kitap incelemesi, çeviri ve tebliğlere yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
5. Dergi’de yayımlanacak çeviri çalışmalarında, çevrilen yabancı eserin yazarından ve/veya yayın haklarına sahip kişi veya kurumlardan yazılı yayım izni alınması ve bu iznin Yayın Kurulu’na iletilmesi gerekmektedir.
6. Yazarların, yazılarıyla birlikte, iletişim bilgilerini (ad, soyad, unvan, çalıştıkları kurum, telefon numarası ve elektronik posta adresi) dergi editörlüğüne sunmaları gerekmektedir.
7. Dergi’ye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın e-posta ile gönderdiği haliyle yazının basımına onay verdiği kabul edilir. Gönderilen yazının ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu tarafından yapılmaktadır. Temel bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
8. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakemin yazarı bilmemesi esası uyarınca yazar ismi gizlenerek, konu hakkında uzman hakeme (yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakeme) gönderilir. Hakemden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilir. Yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Gerekli durumlarda ikinci hakemin görüşüne başvurulabilir. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilmez.
9. Yazının ilk sayfasında aşağıdaki bilgiler yer almalıdır:
 - a. Yazının Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden biri olmak üzere başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır;
 - b. Yazar isimleri, konu başlığının altında ve sağ tarafında unvanlı olarak yer almalı ve soyadının bitimde bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotunda yazarın çalıştığı kurum, branşı, sıfatı ve e-posta adresi belirtilmelidir;
 - c. Her iki dilde, metnin amacını ifade edecek şekilde, en az 150 en çok 200 kelimeden oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca yabancı dillerinden biri olmak üzere özeti ile en çok 5 adet anahtar sözcük yer almalıdır.

10. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında; dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve normal satır aralığında yazılmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Kısaltmalar liste olarak verilmemelidir. Kısaltılacak isim veya başlık, metinde ilk kez kullanıldığında açık olarak yazılmalı ve parantez içinde kısaltması verilmeli, müteakiben sadece kısaltma kullanılmalıdır.
13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar adına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
14. Dipnotlarda yazarların adı ve soyadı yazıldıktan sonra, eserin adı italik olarak yazılmalı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevini adı, yayın yeri ve yılı, sayfa numarası gösterilmelidir. Aynı esere yapılacak atıflarda yazarın soyadı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı kaynaklar için de aynı usule uyulmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
15. Gönderilen çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda yayımlanması da dâhil olmak üzere tüm telif haklarını Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
16. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı ortaya çıkabilecek tüm sorumluluk yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen yazıların, Word formatında yukarıda belirtilen yayım ilkelerine uygun olarak aşağıdaki e-posta adresine gönderilmesi gerekmektedir:

hukukdergisi@beykent.edu.tr

SUNUŞ

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi adıyla ilk sayısı selefim sayının Prof. Dr. S. Binnur ÇELİK gözetim ve katkısıyla yayınlanan bu Derginin 2015/2 sayısında Dekan olarak şahsımın yer alması beni ziyadesiyle mutlu etmiştir.

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi olarak amacımız; Bu Derginin ölkemiz hukuk camiasına yönelik olarak her geçen sayıda kalite ivmesini artırarak yoluna devam etmesidir. Bu yüzden de Dergimizde sadece kendi akademik personelimizin değil, ölkemiz hukuk alanına katkı sağlayabileceği dölünölen her dölöünceden ve akademik unvanı olsun olmasın ciddi her katılandan destek görmeyi ummaktayız. Hukuk alanında özgürce ama başkalarına da saygılı biçimde dile getirilen her bilimsel dölöünceye saygılı ve eşit yakınlıkta olarak yayın hayatımızı sürdürme ümidiyle, bu sayıda katkı sağlayanlara gönöl dolusu teőekkür ve saygılarımla.

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT
Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dekanı

İÇİNDEKİLER

Sunuş.....	9
İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanlarının İş Güvencesi The Legal Assurance of Occupational Doctors or Experts on Occupational Safety <i>Prof. Dr. Ercan AKYIĞIT</i>	11
Bazı Temel Değerler ve Kavramlara İlişkin Bilgelerin Özdeyişleri <i>Prof. Dr. Erol CİHAN</i>	39
Sigorta Acenteleri Açısından Portföy Tazminatı Portfolio Compensation Concerning Insurance Agencies <i>Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR</i>	43
Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Dönemi Le Période de Contrôle Concret de Constitutionnalité des Normes Dans la Justice Constitutionnelle Française <i>Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN</i>	65
Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar The Legal Aspects of Organ and Tissue Transplantation From Dead Vendor <i>Yrd. Doç. Dr. A. Hulki CİHAN</i>	89
Yağma Suçu ve Cebir Kavramı The Plunder and the Concept of Violence <i>Arş. Gör. Ezgi CANKURT</i>	99
6098 s. Türk Borçlar Kanunu’nda Görme Engelliler ve İmza Atamayanlar Bakımından Adi Yazılı Şekil Written Form of People Unable to Sign, in the Context of the 6098 Code of Obligations <i>Arş. Gör. Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK</i>	137
Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Çevre Hukuku ve Ülkede Yaşanan Çevresel Sorunlar Environmental Law of the Turkish Republic of Northern Cyprus and the Environmental Problems in this Country <i>Arş. Gör. Mustafa ERÇAKICA</i>	163
Implementation of the “Responsibility to Protect” Doctrine in Libyan and Syrian Civil Wars Suriye ve Libya İç Savaşlarında “Koruma Yükümlülüğü” Doktrininin Uygulanması <i>Arş. Gör. Zehra Funda SAVAŞ</i>	193
Uncitral Tahkim Kurallarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Yansımaları The Reflection of Uncitral Arbitration Rules on Turkish National Arbitration Law <i>Av. Ali Haydar PERÇİN</i>	215
Anayasa Konseyi Kararlarının Gücü Üzerine Değerlendirmeler <i>Prof. Dr. Michel VERPEAUX Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN</i>	233

İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanlarının İş Güvencesi

The Legal Assurance of Occupational Doctors or Experts on Occupational Safety

*Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT**

Özet

İş sağlığı ve güvenliği çalışma yaşamının vazgeçilmez bir kurumu olup bunda özellikle de işverenlere önemli kimi yükümlerin ve sorumlulukların düştüğü bilinir. İşverenler bunları değişik yasal yöntemlerle yerine getirirler. İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görevlendirme de bu yollardan birisidir. Ancak anılan kimselere tanınan görev, yetki ve yükümlülükler bu kişilerin işverenin hoşuna gitmeyecek tavırlar sergilemesini de gerektirebilir. Böylesi hallerde ise bunların işverenin işten atma ve sair hukuka aykırı tutumuna karşı özel bir güvenceyle donatılmasını gerektirmektedir. Böyle bir güvence sistemimize ilk kez 6645 sayılı Kanun md.1 ile 6331 sayılı İSGK.8 hükmünde yapılan değişiklikle getirilmiştir. Konunun ayrıntıları ise aşağıda sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

İş Sağlığı ve Güvenliği, İşyeri Hekimi, İş Güvenliği Uzmanı, Özel Güvence, İş Sözleşmesi, İş Sözleşmesinin Sonlandırılması, Hak Kaybı, Sözleşme Ücreti.

Abstract

Occupational safety and health is one of the indispensable concepts of daily working life and it is well known that the most important responsibility is on the employer. Employers' implementations on this substance might be with different legal Methods. Assignment of occupational doctors or experts on occupational safety might be one of these methods. However; responsibilities, authorizations and duties of these employees, might require them to act in a way that the employer would not like. In these kinds of situations, there should be a special legal assurance against the employer's illegal behavior such as firing. This kind of assurance has brought in our legal system for the first time with the Code numbered 6645 Article 1 and the changes on the Article 8 of the Code of Occupational Safety and Health numbered 6331. The details on this subject are written below.

Keywords

Occupational Safety and Health, Occupational Doctor, Experts on Occupational Safety, Special Legal Assurance, Labor Contract, Termination of Labor Contract, Loss of Right, Contract Fee.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

I. GİRİŞ

Bilindiği üzere İş Sağlığı ve Güvenliği (İSG) çalışma hayatının çok önemli ve ilgili çalışanın ve işverenin iradesiyle vazgeçilemeyecek önem ve nitelikteki kavramlarından birisidir¹. Bu çerçevede anılan kavramın ve kurumun istenilen düzeyde gerçekleştirilebilmesi için **Devlet'e, Çalışanlara ve Çalıştırana** ve giderek onların çalışma yaşamıyla ilgili **Örgütlerine** önemli ve ciddi görevler düştüğü de bilinmektedir². Bu bağlamda Devlete düşen görevler daha genel olurken, işverenlere düşen yükümler daha çok somut olarak kendilerine ait işyerleri ve orada çalışanlarla ilgili gözükmektedir ve oldukça farklı görünüm biçimleri mevcuttur. İşte işverenlerin anılan yükümlerinden birisini işyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği hizmetleri sağlama yükümü oluşturur. İşveren de bu kapsamda anılan hizmetleri İşyeri Hekimliği ve İş Güvenliği Uzmanlığı hizmetleri sunarak /sağlayarak yerine getirmeye çalışır (İSGHY.5/6,10-18). İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerini sağlamada işverenlerin azımsanmayacak ölçüde mali külfetlerle karşı karşıya kaldığı ve yasa gereği bunu hiçbir şekilde çalışanlara yükleyemediği de gerçektir. Bu yüzden de anılan hizmetlerin sunumunda işverenlere sistemimizde belli ölçekte Devlet Desteği (İSGK.7) sağlanmakta³ olup, bu konuda bir de Yönetmelik çıkarılmıştır (İSGHDY.1-12). Şu an için geçerli yasal sistemimizde işverenlerin, eğer gerçek kişi işverense anılan hizmetleri gerekli uzmanlık ve sertifikaya sahip olmak koşuluyla bizzat kendisi dahi yerine getirebilir. Tabii böyle hallerde anılan konumdaki kişiler için işverene karşı sağlanan güvenceden yararlanacaklarını söylemek mantıksızlık olur. Fakat işveren gerçek kişi değilse veya gerçek kişi de olsa anılan hizmetleri bizzat kendisi sunmuyorsa; bu durumda ya bu iş için zaten kendisinde mevcut ve yasal şartları taşıyan personelini görevlendirecek ya da Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi (OSGB) den anılan hizmeti alacaktır (İSGK.6,8; İSGHY.12-18). İşte burada ele alacağımız güvence de tam böylesi ihtimallerde karşımıza çıkabilecektir.

II. İŞYERİ HEKİMİ VE İŞ GÜVENLİĞİ UZMANLIĞI FAALİYETLERİ

İşyeri hekimliği ve İş Güvenliği Uzmanlığı daha önceden sistemimize girmiş (İş K. mülga md.81, 82) olup çeşitli yetki ve yükümlerle donatılmış bir konum olmak ve çeşitli noktalarda tartışmalar yaşanıp defalarca mevzuat değişikliği yaşanmış olsa da (4), neticede en kapsamlı ve detaylı

¹ M. ÇENBERCİ, *İş Kanunu Şerhi*, 6. Bası, Ankara, 1986, md.73-82, sf. 962 vd.; E. AKYİĞİT, *İş Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2014, sf. 361 vd.; E. AKYİĞİT, *1475 sayılı İş Kanunu Şerhi*, Ankara 2001, md.73 vd.; E. AKYİĞİT, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.II, 3. Bası, Ankara, 2008, md. 77-83, sf. 2091 vd.; E. ÖZDEMİR, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, İstanbul 2014, 13 vd.

² AKYİĞİT, *İş Hukuku*, sf. 365 vd.

³ Bkz. E. AKYİĞİT, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinde Devlet Desteği*, Sicil/Mart 2013.

biçimde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK.6) ve ona dayalı ikincil mevzuat (Yönetmelik/Genelge) ile düzenlenmiştir. **İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik (İGYU.)** ile **İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik (İHY.)** konuya özgülenmiş ikincil düzenlemelerdir. Ancak tüm bunlarda ise daha sonra değişik tarihlerde çeşitli noktalarda önemli değişiklikler yapılmıştır. Gerçekten de 6331 sayılı Kanunda önce 6495 sayılı Kanunla ve Eylül 2014'te ise 6552 sayılı Kanunla ve sonrasında ise Nisan 2015 te 6645 sayılı Kanun ile önemli değişiklikler yaşanmıştır. Aynı şey ilgili Yönetmelikler için de geçerlidir. Bu inceleme bağlamında asıl üzerinde durulacak olan işyeri hekimlerinin ve iş güvenliği uzmanlarının güvencesiyle ilgili önemli hükümlere de aslında 6645 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle biraz daha önem verildiği söylenebilir. Konu hakkında öncelikle işyeri hekimlerinin ve iş güvenliği uzmanlarının görev/yetki ve sorumlulukları-yükümlülüklerini belirleyerek başlamak ve söz konusu hususlar gerçekleştirilirken içinde buldukları halin onların güvence ihtiyacı doğurup doğurmadığını şöyle bir sırayla açıklamak mümkündür.

1. İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki ve Yükümlülükleri

Mevcut yasal sistemimize baktığımızda işyeri hekimlerine ve iş güvenliği uzmanlarına işyerlerinde İSG alanında önemli bir çok yetkinin ve görevin verildiği görülür. Bunlar yönetmelikte görev, yetki ve yükümlülük tarzında sıralanmış olup, özetle şöylece sunulabilir (İHY.md.9).

A) İşyeri Hekimlerinin Görevlerinin Rehberlik, Risk değerlendirmesi; Sağlık gözetimi; Eğitim, bilgilendirme ve kayıt; İlgili birimlerle işbirliğinden oluştuğu (İHY.9) ve şöyle bir içerik taşıdığı görülür. Ancak işyeri hekiminin anılan hususları yerine getirirken, işyerinde bulunması halinde diğer sağlık personeli ile birlikte çalışması gerekir (İHY.9/1).

a) Rehberlik; Burada İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri kapsamında işverene genelde çeşitli tavsiye ve önerilerde bulunmak söz konusudur. Ancak birinde alınacak tedbirleri yazılı olarak bildirmek gibi bir özel ifade ve görev söz konusudur. Tüm bunlar Ynt.md.9'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Korumuzla ilgili olabilecek kısımları şöyledir;

1) İşyerinde yapılan çalışmalar ve yapılacak değişikliklerle ilgili olarak işyerinin tasarımı, kullanılan maddeler de dâhil olmak üzere işin planlanması, organizasyonu ve uygulanması, kişisel koruyucu donanımların seçimi konularının iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına ve genel iş sağlığı kurallarına uygun olarak sürdürülmesini sağlamak için işverene önerilerde bulunmak.

2) İşyerinde çalışanların sağlığının geliştirilmesi amacıyla gerekli aktiviteler konusunda **işverene tavsiyelerde bulunmak.**

3) Kantin, yemekhane, yatakhane, kreş ve emzirme odaları ile soyunma odaları, duş ve tuvaletler dahil olmak üzere işyeri bina ve eklentilerinin genel hijyen şartlarını sürekli izleyip denetleyerek, çalışanlara yürütülen işin gerektirdiği beslenme ihtiyacının ve uygun içme suyunun sağlanması konularında **tavsiyelerde bulunmak.**

4) İşyerinde meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıklarının nedenlerinin araştırılması ve tekrarlanmaması için alınacak önlemler konusunda çalışmalar yaparak **işverene önerilerde bulunmak.**

5) İşyerinde meydana gelen ancak ölüm ya da yaralanmaya neden olmadığı halde çalışana, ekipmana veya işyerine zarar verme potansiyeli olan olayların nedenlerinin araştırılması konusunda çalışma yapmak ve **işverene önerilerde bulunmak.**

6) İş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili **alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirmek.**

b) Risk değerlendirmesi; Yönetmelik md.9/2-b'de ayrıntılı düzenlenen bu konuda inceleme konumuzu yakından ilgilendiren kısım; << İş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapılmasıyla ilgili çalışmalara ve uygulanmasına katılmak, risk değerlendirmesi sonucunda alınması gereken sağlık ve güvenlik önlemleri konusunda **işverene önerilerde bulunmak ve takibini yapmak**>>tır.

c) Sağlık gözetimi: Sağlık gözetimi kapsamında yapılacaklar Ynt.md.9'da ayrıntılı düzenlenmiş olup inceleme konumuzla en bağlantılı gözükeni; << İşyerindeki sağlık gözetimi ile ilgili çalışmaları kaydetmek, iş güvenliği uzmanı ile işbirliği yaparak iş kazaları ve meslek hastalıkları ile ilgili değerlendirme yapmak, tehlikeli olayın tekrarlanmaması için inceleme ve araştırma yaparak **gerekli önleyici faaliyet planlarını hazırlamak ve bu konuları da içerecek şekilde yıllık çalışma planını hazırlayarak işverenin onayına sunmak, uygulamaların takibini yapmak** ve EK-3'te belirtilen örneğine uygun yıllık değerlendirme raporunu hazırlamak>>tır.

ç) Eğitim, bilgilendirme ve kayıt; Konu Ynt.md.9'da ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bunlar içinde konumuzla bağlantılı görülen en önemli hüküm 18.12.2014 te getirilen değişik haliyle; << Bakanlıkça belirlenecek iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren konularla ilgili bilgileri **İSG KATİP sistemi üzerinden Genel Müdürlüğe bildirmek**>>tır.

d) İlgili birimlerle işbirliği; Bu alandaki görevler Ynt.md.9'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

B) İşyeri Hekiminin Yetkileri: İşyeri hekiminin yetkileri yönetmelikte (md.10) açıkça düzenlenip detaylandırılmıştır. Ancak bunun tümünü vermek yerine, inceleme konumuzla en ilgili kısmını belirtmek daha uygun düşer. Bu kısım ise <<işyerinde belirlediği hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvurmak>> biçimindedir (Ynt.10/1-b).

C) İşyeri Hekiminin Yükümlülükleri Ynt.md.11'de düzenlenmiş olup, konumuzla da yakından bağlantılı olan ve 18.12.2014 te değişik önemli kısmı şöyledir:<<İşyeri hekimleri, işverene yazılı olarak bildirdikleri iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirlerden acil durdurma gerektiren haller ile yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı gibi hayati tehlike arz edenleri, belirlenecek *makul bir süre* içinde işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne yazılı olarak bildirmekle yükümlüdürler>>(İHY.11/3).

2. İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki ve Yükümlülükleri

İG Uzmanlarının İSG alanında çeşitli görev, yetki ve sorumluluklarla/ yükümlerle donatıldığı görülür. Bunlar özetle **Rehberlik, Risk değerlendirme; Çalışma ortamı gözetimi; Eğitim, bilgilendirme ve kayıt; İlgili birimlerle işbirliğinden** oluştuğu (İGYU.9) ve şöyle bir içerik taşıdığı görülür.

A) İş Güvenliği Uzmanlarının Görevleri: Mevcut yasal sisteme baktığında **İG Uzmanlarının görevlerinin Rehberlik, Risk değerlendirme; Sağlık gözetimi; Eğitim, bilgilendirme ve kayıt; İlgili birimlerle işbirliğinden** oluştuğu ve yönetmelikte ayrıntılı biçimde de ilgili yer verildiği görülür (İGYU.9). Konumuzla da bağlantılı olarak bunlar şöylece sunulabilir;

a) Rehberlik Görevi;

1) İşyerinde yapılan çalışmalar ve yapılacak değişikliklerle ilgili olarak tasarım, makine ve diğer teçhizatın durumu, bakımı, seçimi ve kullanılan maddeler de dâhil olmak üzere işin planlanması, organizasyonu ve uygulanması, kişisel koruyucu donanımların seçimi, temini, kullanımı, bakımı, muhafazası ve test edilmesi konularının, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına ve genel iş güvenliği kurallarına uygun olarak sürdürülmesini sağlamak için işverene önerilerde bulunmak.

2) İş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirleri işverene yazılı olarak bildirmek.

3) İşyerinde meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıklarının nedenlerinin araştırılması ve tekrarlanmaması için alınacak önlemler konusunda çalışmalar yaparak işverene **önerilerde bulunmak**.

4) İşyerinde meydana gelen ancak ölüm ya da yaralanmaya neden olmayan, ancak çalışana, ekipmana veya işyerine zarar verme potansiyeli olan olayların nedenlerinin araştırılması konusunda çalışma yapmak ve işverene **önerilerde bulunmak**.

b) Risk değerlendirmesi görevi; İş Güvenliği Uzmanlarının önemli bir görevi de görev yaptığı işyerinin risk değerlendirmesine katılmaktır. Bu çerçevede << İş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapılmasıyla ilgili çalışmalara ve uygulanmasına katılmak, risk değerlendirmesi sonucunda alınması gereken sağlık ve güvenlik önlemleri konusunda işverene önerilerde bulunmak ve takibini yapmak >> yükümü vardır (İGYU.9/1-b).

c) Çalışma ortamı gözetimi görevi;

1) Çalışma ortamının gözetiminin yapılması, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı gereği yapılması gereken periyodik bakım, kontrol ve ölçümleri planlamak ve uygulamalarını kontrol etmek.

2) İşyerinde kaza, yangın veya patlamaların önlenmesi için yapılan çalışmalara katılmak, bu konuda işverene önerilerde bulunmak, uygulamaları takip etmek; doğal afet, kaza, yangın veya patlama gibi durumlar için acil durum planlarının hazırlanması çalışmalarına katılmak, bu konuyla ilgili periyodik eğitimlerin ve tatbikatların yapılmasını ve acil durum planı doğrultusunda hareket edilmesini izlemek ve kontrol etmek.

ç) Eğitim, bilgilendirme ve kayıt görevi; bu kapsamdaki konumuzla bağlantılı görevi << Bakanlıkça belirlenecek iş sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren konularla ilgili bilgileri, İSG KATİP'e bildirmek >> tir.

d) İlgili birimlerle işbirliği görevi; bu noktada konumuzla yakından ilgili olanı,

<< İşyeri hekimiyle birlikte iş kazaları ve meslek hastalıklarıyla ilgili değerlendirme yapmak, tehlikeli olayın tekrarlanmaması için inceleme ve araştırma yaparak gerekli önleyici faaliyet planlarını hazırlamak ve uygulamaların takibini yapmak >> tır denilebilir.

B) İş Güvenliği Uzmanlarının Yetkileri; İGYU. md.10'da şöylece belirtilmiş olup, konumuz itibarıyla dikkate değer olan kısım ise içerik olarak şöyledir:

<< İşyerinde belirlediği hayati tehlikenin ciddi ve önlenemez olması ve bu hususun acil müdahale gerektirmesi halinde işin durdurulması için işverene başvurmak >> (İGYU.10/1-b).

C) İş Güvenliği Uzmanlarının Yükümlülükleri: Bunlar yönetmelikte md.11 de düzenlenmiş olup konumuz itibarıyla en önemlisi, 30.04.2015 de değişik haliyle (RG-30/4/2015-29342) şöyledir:

<<İş güvenliği uzmanı, işverene yazılı olarak bildirilen iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirlerden acil durdurma gerektiren haller ile yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı gibi hayati tehlike arz edenleri, belirlenecek *makul bir süre* içinde işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne yazılı olarak bildirmekle yükümlüdürler>> (İGY.11/3).

III. HUKUKUMUZDA İŞYERİ HEKİMLERİ VE İŞ GÜVENLİĞİ UZMANLARININ GÜVENCESİ

1. İşyeri Hekimleri ve İş Güvenliği Uzmanlarının Güvence İhtiyacı

İSG alanında yasa ve yönetmelikle belirlenmiş yukarıda özetle değinilen görev, yetki ve sorumluluklarla donatılmış işyeri hekimlerinin ve İG uzmanlarının işverenin bu alandaki bir çok yetkilerini sınırladığı, deyim yerindeyse onun otoritesine ve hakimiyet alanına İSG bağlamında sınırlar getirdiği ve işverenin ÇSGB'na bildirilmesi vs dahil ilerleyen kimi sorumluluk ve sıkıntılarla baş başa bırakabileceği açıktır. Yani İSG alanında işverenin emir ve talimatıyla bağlılık yerine yasa ve ilgili mevzuat çerçevesinde işyerini gözden geçirmek, risk değerlendirmesi, eğitim, bilgilendirme, önlem alınması isteği ve buna dair alınacak önlemlerin somut olarak ortaya konulması, alınmaması durumunda ise çeşitli ihbar ve şikayet durumlarının vs varlığı, bu kişilerin işverence pek te istenilen kimseler olmadığını düşündürmektedir. Ancak bu konumdaki kişilerin işverene iş sözleşmesiyle bağlılığı dikkate alındığında da; ya bunların görevlerini gereğince yerine getirmelerinde ya da görevlerini gereğince yerine getirmeleri halinde işverenin kimi olumsuz tutum ve işlemleriyle, hatta işten atılmayla karşılaşabilme ihtimalinin yüksekliğini anlatmaktadır. Hal böyle olunca da; İSG den beklenen amacı gerçekleştirebilmek için, bunlara işveren karşısında belli ölçüde mesleki faaliyet güvencesi sağlamanın gerekliliği tereddütsüzdür. Ancak konuyla ilgili olarak 6331 sayılı Yasanın 6645 sayılı Kanunla yapılan eklemelerden önceki metninde işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları için sadece <<işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının hak ve yetkileri görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle kısıtlanamaz. Bu kişiler, görevlerini mesleğin gerektirdiği etik ilkeler ve mesleki bağımsızlık içerisinde yürütür>>denilmekteydi (İSGK.8/1). Bu hüküm yasada halen mevcut olup varlığını sürdürmektedir ve isabetinde de kuşku yoktur. Ancak anılan düzenlemenin işverenin fesih vs işlemlerine karşı ilgili işyeri hekimi ve İGU için yeterli bir güvence sayılıp sayılmayacağı, İş K'na tabi olanlar için belli şartlarla gerçekleşecek iş güvencesi

kuralları dışında bir güvencenin tanınmasının gerekli olup olmadığı noktası tartışmalıydı. Durum halen de böyledir. Öyle ki;

- Öğretide bir anlayışta İGU'nun ve işyeri hekimlerinin mesleki bağımsızlığının yanında ayrıca iş güvencesiyle donatılmasının arzulan çözüm sağlamaktan uzak kalacağı düşüncesi de savunulmaktadır⁴.
- Temelde iş güvencesi taraftarı olan diğer düşünce ise; anılan kişilere iş güvencesi getirilmesini ve bu yapılırken de ona isterse tazminat yaptırımı içermeyen işe iade veya işe iade yahut tazminat arasında seçim yapma hakkı da tanınan bir güvencenin getirilmesinden söz edilmektedir⁵.
- Bir başka eğilimde ise, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarına diğer işçiler karşısında **özel ve ayrıcalıklı bir iş güvencesi** getirilmesine gerek olmadığı, ama İş K.18-21 iş güvencesi için aranan en az 30 işçi çalıştırma koşulu aranmadan genel iş güvencesinden yararlanma imkanının tanınması gereği de dile getirilmektedir. Bu durumda İş K'na tabi bir işçinin iş güvencesi koşullarından birisi olan en az 30 işçi çalıştırma koşulunun İH ve İGU için aranmaması gerekli ve yeterli görülmektedir⁶. Fakat bu eğilimde bile İH ve İGU'nun iş sözleşmesinin feshi halinde ve anında en az 6 aylık hizmetinin varlığını aranacağı; oysa belki de henüz bu olgu gerçekleşmeden güvence ihtiyacı hissettiren durumlarla karşılaşabileceği ihtimali, anılan eğilime katılımı zorlaştırmaktadır. Sonra, anılan konumdaki kişilerin İH ve İGU görev ve yetkilerini kullanırken bundan rahatsızlık duyan işverenin onlara yöneltebileceği tek olumsuz-haksız davranışın onların iş sözleşmelerinin bu yüzden feshi olduğu da söylenemez. İşverenin fesih dışı kimi haksız tutum ve davranışlarıyla da karşılaşılabilir.
- Buna karşın diğer bir düşüncede ise; İşyeri hekimi ve İG uzmanının mesleki bağımsızlığını güçlendirilmiş te olsa klasik bir iş güvencesi modeliyle çözümlenmenin ideal bir çözüm olmadığı; bunlarla işveren arasında ciddi uyumsuzluğun ve huzursuzluğun yaşandığı bir ortamda onları çalışmaya-işvereni de çalıştırmaya zorlamanın anlamı bulunmadığı savunulmaktadır. Bu anlayışta, işyeri hekimliği ve İG uzmanlığı hizmetlerinin yani İSG Hizmetlerinin Devletçe kurulan ve işletilen ama işverenlerden alınan primlerle yürüyen bir işveren sağlık sigortası bu konuda en son raddeye kadar İSG Hizmeti sunmalıdır. Gerekli işyeri hekimleri ve İG uzmanları da bu sigorta tarafından görevlendirilmeli ve görev yapmalıdır⁷.

⁴ ÖZDEMİR, 208-211; M. DEMİRCİOĞLU/H. Ali KAPLAN, *İş Güvenliği Uzmanları ve İşyeri Hekimlerine 6645 sayılı Kanunla Sağlanan İş Güvencesi*, Sicil/2015/33, sf.13 dn.30 ve sf.14

⁵ G.BAYCIK, *Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler*, ABD., 2013, sf.103-170 (128-129).

⁶ DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, *İş Güvenliği Uzmanları ve İşyeri Hekimlerine 6645 sayılı Kanunla Sağlanan İş Güvencesi*, Sicil/2015/33, sf.13 dn. 30 ve sf. 14.

⁷ H. SABUNCU, *İşyerinde Sağlık Hizmetleri*, Legal İHD.2005/7, 1100-1101; ÖZDEMİR, 208-210.

- Buna karşın, bizim de katıldığımız diğer bir düşünce ise, İSGK.8/1 hükmü işyeri hekimi ve İGU için özel bir iş güvencesine ihtiyaç olduğu ve fakat mevcut hükmün yeterli bir iş güvencesi getirmekten uzak olduğu yönündeydi⁸. Nitekim konu bu yönüyle değişik platformlarda tartışılmış ve yasanın hiçbir güvence getirmeksizin işyeri hekimine ve İG Uzmanına işvereni İSG konusunda ÇSGB'na ihbar ve şikayet etme görevi ve hakkı tanınmasına (İHY.11/3 ve İGUY.11/3) rağmen, onlar için ciddi herhangi bir güvence getirilmeyişinin Anayasaya aykırılık taşıdığı iddiasıyla sorun Anayasa Mahkemesine dek taşınmıştır. Lakin **Anayasa Mahkemesi, <<yasalarla verilen görevleri yerine getiren kişilerin himayesini sağlayan hukuki ve cezai kuralların işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanları yönünden de geçerli olduğu gözetildiğinde, ayrı bir güvence getirilmemiş olmasının, kuralı anayasaya aykırı hale getirmeyeceği açıktır>>** diyerek bu savı reddetmiştir (AYM.03.04.2013-E.2012/97, K.2013/51). Bu karar öğretide çeşitli yönlerden değerlendirilmiştir⁹.

Fakat Yüksek Mahkemenin bu kararı ve açıkladığı düşünce dahi, anılan konumdaki kişilerin belli bir güvenceye duydukları ihtiyacı ve konuya eğilme gereğini ortadan kaldıramamıştır. Özellikle de ülkemizde Soma, Ermenek vs gibi yerlerde yaşanan çok sayıda ölümlü iş kazaları yasakoyucunun da bir yerde hata yaptığını veya bir şey yapmadığını gözler önüne sermiş; iş kazalarının vs daha köklü biçimde önlenbilmesinin, işyerlerinde onu doğuran faktör ve olgularla daha ciddi mücadele gereğini hissettirmiştir. İşyerlerinde İSG'nin sağlıklı işleyebilmesinde ise işyeri hekimleri ile iş güvenliği uzmanlarının kendilerine yüklenen görev, yetki ve yükümlülüklerle sahip çıkmasının vazgeçilmezliği düşünülmüştür. Ancak bunun da onların bilhassa yazılı bildirim ve ihbar vs gibi işvereni sıkıntıya sokabilecek işlemleri nedeniyle işverenler karşısında normal bir işçiye tanınan alelaide korumayı/güvenceyi taşın bir koruma ve güvenceyle donatılmasını gerektirdiği açıktır. Kaldı ki, bunun, onların mesleki bağımsızlık ve meslek etiği içinde hareket etmelerinin de bir gereği olduğunu söylemek te mümkündür.

İşte tüm bu hususlar dikkate alındığında, İH ve İGU'na yönelik olarak alelaide bir işçiye nazaran biraz daha farklı/avantajlar taşıyan bir iş güvencesinin getirilmesinin yerinde bir tutum olacağını söylemek mümkündür. Kanun koyucu da etkin ve gerçek bir İSG'nin ancak, onun işverene bağlı aktörlerine

⁸ Bkz. N. CANIKLIOĞLU, *İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı*, İSG Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Ankara, sf. 51-52; İ. KILKIŞ, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde Yeni Dönem; 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)*, İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Ocak 2013, sf.33; G.BAYCIK, *Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler*, ABD., 2013/1, sf.128; S.SÜZEK, *İş Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 2014, sf.902.

⁹ DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, *İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi*, ÇTD.2014/3, 233-263.

işverene rağmen yapacakları yasal görevlerinden dolayı işverene karşı belli ölçüde güvence-koruma getirmekle mümkün olacağı düşüncesinden hareketle 23.04.2015 te 6645 sy. Kanunla önemli bir düzenlemeye getirmiştir. Gerçekten de 6645 sayılı Kanun md.1 ile İSGK md.8'de ekleme-değişiklik yoluyla getirilen güvence hükümlerinin de bu eğilimden hareket ettiği ve bu alandaki ihtiyaca belli ölçüde cevap verdiği, genel hatlarıyla isabetli gözük-tüğü söylenebilecektir. Türk Hukuk sistemine ilk kez getirilen bu güvence aşığıda ayrıntılı denebilecek biçimde sunulmaya çalışılacaktır.

2. İşyeri Hekimleri ve İş Güvenliği Uzmanlarına Getirilen Güvence

Yukarıda da sunulduğu üzere, İSGK işyeri hekimleri ile iş güvenliği uzmanlarına yönelik olarak 6331 sayılı Yasanın ilk metninde gerçekçi bir güvence verilmek yerine, genel bir ifadeyle ve anlamını tespitin de zor gözüktüğü bir hüküm getirilmiştir. Anılan hüküm aynen <<işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının hak ve yetkileri görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle kısıtlanamaz. Bu kişiler, görevlerini mesleğin gerektirdiği etik ilkeler ve mesleki bağımsızlık içerisinde yürütür>> biçimindeydi (İSGK.8/1). Ancak, bunun sadece işyeri hekiminin ve iş güvenliği uzmanının işverene vs ye karşı mesleki bağımsızlığını sağlamaya yönelmekle birlikte açık ve yeterli olmadığı, buna aykırı davranılması halinde anılan konumdaki görevlilerin ne gibi haklarla donatıldığı ve işverenlerin ne gibi yaptırımlarla karşılaşacağı yönünde bir kurala yer verilmemişti. Dolayısıyla da söz konusu hüküm, işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları için aranan ve ihtiyaçlarına tatminkar cevaplar verebilen bir isteme ve içeriğe sahip değildi. Bu yüzden de yer yer eleştirildiği ve çeşitli önerilerin sunulduğu görülmektedir¹⁰. Bu yüzden de anılan kişilere daha yetkin bir iş güvencesinin getirilmesinin gerekli olduğunu söyleyebilirdik. İşte bundan yola çıkılarak 23.04.2015 tarihli RG'de yayınlanarak yürürlüğe giren bir yasal düzenleme yapıldı.

İşte Hukukumuzda 04.04.2015 tarih ve 6645 sayılı Kanun md.1 ile getirilen ve İSGK. 8 hükmünde değişikliğe yol açan yeni düzenleme aynen şöyledir; <<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 ve işverene yazılı olarak bildirir. Eksiklik ve aksaklıkların düzeltilmesinden, tedbir ve tavsiyelerin yerine getirilmesinden işveren sorumludur. Bildirilen eksiklik ve aksaklıkların acil durdurmayı gerektirmesi veya yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı ve benzeri acil ve hayati tehlike arz etmesi, meslek

¹⁰ ÖZDEMİR, sf. 208 vd

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 bildirilir. Bildirim yapmadığı tespit edilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının belgesi üç ay, tekrarında ise altı ay süreyle askıya alınır. **Bu bildirimden dolayı işvereni tarafından işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş sözleşmesine son verilemez ve bu kişiler hiçbir şekilde hak kaybına uğratılamaz. Aksi takdirde işveren hakkında bir yıllık sözleşme ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir.** İşyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır. Açılan davada, kötü niyetle gerçek dışı bildirimde bulunduğu mahkeme kararıyla tespit edilen kişinin belgesi altı ay süreyle askıya alınır >> (İSGK.8/2).

İşte bu güvencenin açılımı bağlamında şunlar söylenebilir.

1. Güvence İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanlarına Yöneliktir: İSGK ve ikincil mevzuatı incelendiğinde, aslında İSG ile ilgili olarak sadece İH ve İGU'nun değil, onlar yanında diğer sağlık personeli ve diğer teknik personel vs adlarla anılarak yardımcı bazı kişilerin de istihdam edildiği görülür. Fakat İSG alanında 6645 sayılı Yasayla getirilen güvence bu kişileri kapsamakta, yalnızca İH ve İGU'nu hedef almaktadır. Bunun, yardımcı kişilerin işverene karşı bağımsız biçimde doğrudan hareket etme ve ondan İSG alanında doğrudan talepte bulunma ve sonrasında ÇSGB'na ihbar yükümünün olmayışıyla da uyumlu gözüktüğünü söylemek mümkündür.

Ancak güvencenin yöneldiği İH ve/veya İGU'nun da ilgili işyerinde bu görevi yapma yetki ve göreviyle donatılmış biçimde çalışıyor/görev yapıyor olması zorunludur. Güvencenin, İH ve İGU görev ve yetkisi içindeki kimi işlemler nedeniyle işverenin (sözleşmeyi sonlandırma ve/veya hak kaybına uğratma biçimindeki) hukuka aykırı işlemlerine karşı tanındığı dikkate alınca; güvenceden yararlanacak İH/İGU'nun işverene nazaran onun işçisi konumu taşıdığı hallerde tartışmasız biçimde gündeme gelebileceği açıktır¹¹. Lakin İSG hizmetleri olarak İH/İGU'nun mutlaka iş sözleşmesiyle işe alınanlardan sağlanması gerekmediği, OSGB'den hizmet alımı yoluyla da sağlanabileceği açıktır. Bu durumda hizmet alımının işçi alma değil de, duruma göre, işçi ödünç alma (İş K.7) veya OSGB'den altışveren olarak hizmet alma (İş K.2) yönteminin kullanılabilmesi düşünülmektedir. Ama her iki olasılıkta da, İH ve İGU hizmeti alan işverenin kendi personeli-işçisi değildir. Onların işvereni kendilerini o işyerine ödünç veren veya oradan altışveren olarak iş alan ve çalıştıran OSGB'dir. Bu durumda ise, bu kişilerin kendi işverenleri dışındaki

¹¹ DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, sf. 18.

bir kimse tarafından işten atılması(iş sözleşmelerinin sonlandırılması) veya hak kaybına uğratılması düşünülemez. Olsa olsa, onların işverenlerine bu işverence baskı yapılarak bu işçilerin fesih ve/veya hak kaybına uğratılmasına yol açılması düşünülebilir. Dolaylı biçimde gündeme gelebilecek bu tür hal-lerin de yasanın öngördüğü güvence içinde yer alıp almadığı çeşitli yönleriyle tartışmayı davet edecek niteliktedir.

2. Güvence Belli Görev ve İşlemlerle Sınırlıdır: Anılan hükümden anlaşıldığı kadarıyla güvence **genel olarak işyeri hekimliği ve iş güvenliği uzmanlığı görevleri** bağlamında değil, sadece işverene işyerinde alınması gerekli İSG Tedbirlerinin bildirim ve işverenin de bunlardan acil-önemli gözükkenleri makul süre içinde yerine getirmemesi durumunda bunun İşyeri Hekimi ve İGU tarafından yetkili Makama bildirilmesi yüzünden yaşanabilecek işveren tutumuna karşı güvence getirdiği görülür. Öyle ki; yasal sisteme göre, işverene yazılı olarak bildirilen İSG ile ilgili alınması gereken tedbirlerden acil durdurma gerektiren haller ile yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı gibi hayati tehlike arz edenlerin belirlenen makul süre içinde işveren tarafından yerine getirilmemesi halinde, işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne **yazılı olarak bildirme yükümleri** vardır (İGYU.11/3; İHY.11/3). Gerçekten de Yasada öngörülen ve güvenceye bağlanan durum (bildirim yükümü) işyeri hekimleri için 18.12.2014'te yapılan Yönetmelik değişikliğiyle yönetmelikte) **İşyeri hekimleri, işverene yazılı olarak bildirdikleri iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirlerden acil durdurma gerektiren haller ile yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı gibi hayati tehlike arz edenleri, belirlenecek makul bir süre içinde işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne yazılı olarak bildirmekle yükümlüdürler >>** (İHY.11/3) biçiminde düzenlenmiştir.

Anılan olgu bu kez 30.04.2015 tarihinde yapılan değişiklikle iş güvenliği uzmanları (İGU) içinse yine aynı şekilde << **İş güvenliği uzmanı, işverene yazılı olarak bildirilen iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirlerden acil durdurma gerektiren haller ile yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı gibi hayati tehlike arz edenleri, belirlenecek makul bir süre içinde işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne yazılı olarak bildirmekle yükümlüdürler >>** (İGYU.11/3) şeklinde ifade edilmiştir. Burada aslında işçiye işverenini belli koşullarla yetkili birimlere şikayet etme hakkının ve görevinin tanındığı/yüklendiği görülmektedir ve aslında kimi sıkıntıları da beraberinde getirmektedir¹².

¹² Bkz. M. ALP, *Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi –Whistleblowing*, İstanbul 2013, sf.73 vd.; ÖZDEMİR, sf. 2 0-213

Tüm bu bildirim yükümünü yerine getiren İH ve İGU'na ise yasaca şöyle bir güvence getirilmiştir: < 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 ve işverene yazılı olarak bildirir. Eksiklik ve aksaklıkların düzeltilmesinden, tedbir ve tavsiyelerin yerine getirilmesinden işveren sorumludur. 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 bildirilir. Bu bildirimden dolayı işvereni tarafından işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş sözleşmesine son verilemez ve bu kişiler hiçbir şekilde hak kaybına uğratılmaz. Aksi takdirde işveren hakkında bir yıllık sözleşme ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. İşyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır...>> (İSGK.8/2).

İşte güvence de bu işverenin kendisine bildirilen tedbirleri almadığının ilgili makama bildirilmesi nedeniyle işverenin fesih dahil kimi olumsuzluk içeren işlemlerine karşı güvencedir. Bunun 6331 sayılı Yasanın ilk metninde böylesine açık bir güvence verilmek yerine genel bir ifadeyle ve anlamını tespitin de zor gözüktüğü bir hüküm getirilmişti. Anılan hüküm aynen << işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının hak ve yetkileri görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle kısıtlanamaz >> biçimindeydi (İSGK.8/1). Ancak, bunun sadece işyeri hekiminin ve iş güvenliği uzmanının işverene vs ye karşı mesleki bağımsızlığını sağlamaya yönelmekle birlikte açık ve yeterli olmadığı, buna aykırı davranılması halinde anılan konumdaki görevlilerin ne gibi haklarla donatıldığı ve işverenlerin ne gibi yaptırımlarla karşılaşacağı yönünde bir kurala yer verilmemişti. Dolayısıyla da söz konusu hüküm, işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanları için aranan ve ihtiyaçlarına tatminkar cevaplar verebilen bir isteme ve içeriğe sahip değildi. Bu yüzden de yer yer eleştirildiği ve çeşitli önerilerin sunulduğu görülmekteydi¹³.

Şimdi yasanın güvence getiren tüm bu hükümleri incelendiğinde söz konusu güvencenin işleyebilmesi için şu olgulara dikkat edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır, denilebilir.

¹³ Bkz. ÖZDEMİR, sy. 208 vd.

A. İşyeri Hekimince/İGU'nca İşverene Yazılı Bir Bildirim Yapılmalıdır: İH/İGU'na yasaca sağlanan iş güvencesinin işlerlik kazanabilmesi için, öncelikle işverene, onlardan birisince (hangisi güvenceden yararlanacaksa onun tarafından) işyerinde İSG ile ilgili eksiklik ve aksaklıklar, tedbir ve tavsiyeleri içeren yazılı bir bildirim yapılmalıdır. Bundan çıkacak sonuç; yasaca ve/veya yönetmelikte aranan konulara ilişkin olmayan bildirim yazılı da olsa dikkate alınmayacağı gibi, bu kez yasa ve/veya yönetmelikte belirlenen konulara ilişkin olmayan bildirim yazılı olsa bile güvence bakımından anlam taşımayacağı açıktır. Yazılı bildirim şekli hakkında yazılılık dışında özel bir yerde veya biçimde yapılacağına dair herhangi bir hüküm yoktur. Bundan dolayı da buradaki yazılı bildirim yasanın belirttiği içeriğe sahip olduktan sonra bildirimde bulunanın (İH veya İGU'nun) imzasını taşıyan ve işverene hitaben kaleme alınan genelde kağıda dökülmüş biçimde gözükken bildirim olduğunu söylemek mümkündür. Yazının el yazısı veya bilgisayar yazısı olmasında fark gözükmez ama bildirenin ıslak imzasını taşıması gerektiği tartışmasızdır.

B. Yazılı Bildirimde Yasaca Öngörülen Hususlar Yer Almalıdır: Kanun İH/İGU'na getirdiği güvenceyi onlar tarafından yapılan her yazılı bildirim halinde değil, ancak bizzat yasada öngörülen hususlara yönelik bir yazılı bildirimde tanımış gözükmektedir. Gerçekten de ilgili yasa hükmüne göre, güvenceyi gerektiren bildirim; **işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının, görev aldığı işyerinde göreviyle ilgili mevzuat ve teknik gelişmeleri göz önünde bulundurarak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirleyen ve işverene yazılı olarak sunan**>> bir bildirim olmalıdır. Kısacası, İH/İGU tarafından yapılan yazılı bildirim rastgele bir konuda veya alanda değil, ancak kanunen gösterilmiş alanda yaşanması gereklidir. Bu ise ilgili işyeri hekiminin ve/veya iş güvenliği uzmanının bizzat kendisinin bu sıfatla görev aldığı işyerine yönelik olmalıdır. Aynı işverenin, kendisinin işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı olarak görev yapmadığı başka bir işyerine yönelmesi halinde güvencenin işleme için gerekli bu adımın gerçekleşmediği görülür.

İH/İGU'nun bu sıfatla görevli olduğu işyerinde ise rastgele bir konuya değil, <<**görev aldığı işyerindeki onun göreviyle ilgili mevzuat ve teknik gelişmeleri göz önünde bulundurarak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirleyen**>> bir yazı olması gerekmektedir (İSGK.8/2). Demek ki yazılı bildirim konusu işyerinde görevli İH/İGU'nun iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili olarak kendi göreviyle ilgili mevzuatın ve teknik gelişmeleri dikkate aldığı İSG ile ilgili olarak saptadığı "eksiklik ve aksaklıklar" ile bunlara yönelik olarak yine İH/İGU tarafından belirlenen "tedbirler ve tavsiyeler" olmak durumundadır. İSG konusunda o işyerinde belirlenen olgu(lar) sadece belli bir eksiklik veya aksaklık olabileceği gibi

birden çok aksaklık ve/veya eksiklikte olabilir. Lakin İH/İGU'nca böylece belirlenen eksiklik ve/veya aksaklığın işverene sadece eksiklik ve/veya aksaklık şudur biçiminde sunulması yeterli değildir. **İlgili İH/İGU'nun işverene yaptığı yazılı bildirimde, o işyerindeki eksiklik ve/veya aksaklıkların nasıl giderileceği, bu bağlamda hangi önlemlerin alınması gerektiğini de somut olarak bildirmesi gerekir.** Aksi halde, hem yasaca aranan yazılı bildirim gerçeğe dönüşmediği söylenebilecek ve hem de işvereni, anlayamadığı ve uzmanı tarafından dahi çözümü önerilmeyen bir konuda bu bildirimde rağmen önlem almadı diye sorumlu tutmanın mantıklı olduğu gözükmediği anlaşılacaktır. Nitekim yasanın <<işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı, **görev aldığı işyerinde ...iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirler ve işverene yazılı olarak bildirir**>> biçimindeki hükmünden de bunun çıkarılabileceği düşünülmektedir.

Keza yazılı bildirimde yer alan ve İH/İGU'nun görev yaptığı işyerinde İSG ile ilgili olarak dile getirilen eksiklik/aksaklığın ve bunlara yönelik tedbir ve tavsiyelerin ilgili işyeri hekiminin ve/veya iş güvenliği uzmanının kendi keyfince belirlediği değil, ancak ve ancak **onun göreviyle ilgili mevzuat ve teknik gelişmeleri göz önünde bulundurarak** belirlediği eksiklik/aksaklık/tedbir ve tavsiye olması da gereklidir. Bu husus da yasadaki açıkça anlaşılacaktır. Ayrıca << **açılan davada, kötü niyetle gerçek dışı bildirimde bulunduğu mahkeme kararıyla tespit edilen kişinin** belgesi altı ay süreyle askıya alınır>> diyerek ilgili işyeri hekimini ve/veya iş güvenliği uzmanını yaptırma tabi tutan yasal düzenlemenin de (İSGK.8/2-son cümle) bunu desteklediği söylenebilecektir.

C. Bildirilen İSG Konularının Belirli Bir Ağırlıkta Olması da Gerekir: İşyeri hekimi ve/veya İGU tarafından işyeriyle ilgili olarak işverene sunulan yazılı bildirimdeki İSG hususlarının hepsinde değil, ancak belirli bir ağırlığa/aciliyete sahip bulunması halinde güvenceyi gerektirir bir bildirimden sözü edilebilecektir. Gerçekten de yasadaki <<**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 bulunması**>> biçimindeki sözler (İSGK.8/2,c.3) ile anlatılmak istenen de budur (Demircioğlu/Kaplan, 15 vd). Eğer bildirilen ve tedbir alınması tavsiye edilen İSG konusu şey bu denli acil biçimde işyerindeki faaliyeti kısmen/tümden durdurmayı gerektirmesi veya acil ve hayati tehlike arz etmesi yahut meslek hastalığına sebep olabilecek nitelikte bulunması halinde İH/İGU için güvenceyi gerektirecek bir adım daha tamamlanmış olacaktır. Aksi durumda ise, yani işyerindeki faaliyeti acilen durdurmayı gerektirecek bir durum veya böylesine acil ve hayati tehlike yoksa veya meslek hastalığına sebep olabilecek bir ortam bulunmuyorsa, yapılan yazılı İSG

bildirimi ve ona bağlı aşağıda sunulacak işlemlerin ilgili İH/İGU'na güvence sağlayamayacağı belirtilmelidir. Bu koşul bağlamında meslek hastalığına yol açabilecek bir durumun bulunup bulunmadığı noktasında ilgili İH'nin işyerindeki mevcut çalışma ortam ve koşullarını mevcut meslek hastalıkları listesine bakarak bir değerlendirmeye tabi tuttuktan ve büyük oranda emin olduktan sonra bununla ilgili tespit, tedbir ve tavsiyede bulunması gerekir. Yoksa tıp biliminin saptadığı kesinlik içeren veriler yerine kendi keyfince meslek hastalığı üretmesi ve somut işyerinde de böylesi bir bağlantının-belirtinin bulunduğunu dile getirmesinin pek de ciddiyet taşıdığı söylenemez. Böylesi bir sınırlamanın, işvereni anılan İH/İGU'nun her dediğini hem de mümkün aciliyet içinde yapmak zorunda olan bir kişi konumuna sokmaktan da kurtarır. Ayrıca söz konusu tespit/tedbir ve tavsiyenin işverence farklı bir uzmana/uzmanlar heyetine inceleyerek gerçek dışılığını veya yasaca öngörülen ağırlıkta olmadığını tespit ettirmesi de böylece mümkün olur ve ilgili İH/İGU hakkında gerekli hukuki işlemin yapılmasına da zemin hazırlamış olabilir.

4. İşveren Süresinde Gerekli Tedbirleri Almamış Olmalıdır: 6645 sayılı Yasa ile getirilen güvencenin işlerlik kazanabilmesi için gerekli bir başka koşul, işvereni olduğu işyerinde İSG ile ilgili olarak yukarıda sunulan özellikleri içeren bir yazılı bildirimde bulunulan işverenin, anılan bildirimde rağmen gerekli tedbirleri almaması da gereklidir (İSGK.8/2, c.3). Ancak işyerinde İSG ile ilgili olarak yukarıda belirtilen ağırlık/önem ve aciliyete sahip bir durumun ve ona karşı da alınacak önlemin-tedbirin ne(ler) olduğu bildirilen işverenin <<ne kadarlık bir sürede>> gerekli tedbiri alacağı veya hangi sürede almazsa yasal anlamda gerekli tedbir(ler)i almamış sayılacağı konusunda yasadan açık bir süre çıkarmak mümkün değildir. Ancak işyeri hekimleriyle ilgili yönetmelikte (İHY.11/3) ve iş güvenliği uzmanlarıyla ilgili yönetmelikte (İGUY.11/3), işverene yazılı olarak bildirilen ve yasal aciliyet vs taşıyan tedbirlerin <<belirlenecek makul bir süre içinde>> işverence yerine getirilmesinden/getirilmemesinden söz edilmektedir. Kanımızca, yönetmelikteki <<makul süre>> ifadesi ve ölçütü isabetli olup, bunun her bir somut olayın ve gerekli tedbirin alınması bağlamında dürüstlük kuralı ışığında saptanabilecek hakkaniyete uygun bir süre olması gerekir. Deyim yerindeyse somut olayın (işyerinin, eksiklik ve aksaklığın ve alınacak tedbirin vs) özellikleri çerçevesinde işverenin iki ayağını bir pabuca sokmasına götürece kadar kısa olmamalı, ama aynı zamanda işverenin keyfine bırakılmış, istediği zaman harekete geçmesine mesnet olabilecek bir süre niteliği de taşımamalıdır.

Bu makul sürenin kim tarafından belirleneceği de yasada ve yönetmeliklerde sessiz geçilmiştir. Bir ihtimal çözüm; işin yasal erbabı-uzmanı olduğu için, ilgili yazılı bildirim yapan işyeri hekiminin ve/veya iş güvenliği uzmanının anılan süreyi kendisinin belirlemesi ve işverene yazılı beyanında bunu da

belirtmesidir¹⁴. Fakat onun böylece belirlediği sürenin de işvereni iki ayağını bir pabuca sokacak hale koymaması gerekir. Aksi halde anılan sürenin <<makul bir süre olmadığı>> gerekçesiyle, işverenin itirazı mümkün olduğu gibi, ilgili İH/İGU'nun yaptırımına karşılaşmasına da yol açabilir. Sorun halinde yukarıda dile getirilen esaslar çerçevesinde mahkeme tarafından belirleneceği açıktır ve böylesi hallerde artık hukuken bağlayıcı olan da bu yargısal yol ile belirlenen süredir. Bu süreye göre önerilen tedbirin makul sürede alındığı veya alınmadığı sonucuna varılacak ve güvence bağlamındaki izleyen adımların atılması veya atılmaması/dinlenmemesi gündeme gelebilecektir.

5. Bu Durum İlgili İşyeri Hekimince/İş Güvenliği Uzmanınca İlgili Mercilere Bildirilmelidir: İşyeri hekimine ve iş güvenliği uzmanına tanınan güvencenin işleyebilmesi için, yukarıda sunulan koşullardan sonra, makul sürede gerekli tedbiri almayan işverenin ilgili İşyeri Hekimince/İş Güvenliği uzmanınca yasaca öngörülen mercilere de bildirilmesi gerekmektedir (İSGK.8/2,c.3). Yasa İH ve İGU'nun yukarıda değinilen içerikteki yazılı bildirimi nereye yapacağı konusunda somut bir belirleme-görevlendirme yerine, genel bir ifadeyle <<Bakanlığın yetkili birimine>>ve varsa <<sendika temsilcisine>>, o yoksa da <<çalışan temsilcisine>> yapılacağını öngörmektedir.

Bakanlıktan kastın Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın anlaşılacağı açıktır (İSGK.3/1-a) ama *Bakanlığın yetkili biriminin* neyi anlattığı yasa da belli değildir. Onun <<Çalışma ve İş Kurumu(nun) ilgili işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğü..>> olduğunu ise Yönetmeliklerden çıkarıyoruz (İHY.11/3, İGUY.11/3). Gerçekten de konuyla ilgili olarak işyeri hekimleri yönetmeliğinde ve iş güvenliği uzmanlarıyla ilgili yönetmelikte <<işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne>> bildirimden söz edilmektedir (İHY.11/3 ve İGUY.11/3). Yani anılan Yönetmeliklerde işyerindeki **sendika işyeri temsilcisine** veya **çalışan temsilcisine** bildirimden söz edilmemektedir. Bu durumda yönetmeliğin yasa karşısındaki ona aykırı olamayacağı kuralı da dikkate alındığında, bildirim sadece Bakanlığın ilgili birimine yapılacağından söz etmek isabetli olmaz. Zira Kanun açıkça bu bildirim Bakanlığın yani ÇSGB'nin (İSGK.3/1-a) ilgili birimine olmasını kesinlikle aramaktadır. Bu bağlamda ilgili biriminse anılan işyerinin bulunduğu ildeki Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü olduğu açıktır. Nitekim ilgili yönetmeliklerde de böyle denilmektedir.

Fakat ilgili yönetmeliklerde yer almamakla birlikte, yasaya göre bildirimde bulunulacak bir diğer mercii ise; o işyerinde **sendika işyeri temsilcisi**¹⁵

¹⁴ G. BAYCIK, *Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler*, ABD.2013/3, 103-170 (128) ve DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, sf. 17.

¹⁵ E. AKYİĞİT, *Toplu İş Hukuku*, Ankara 2015, sf.344 vd ile 421 vd.

varsa ona, ama sendika işyeri temsilcisi yoksa da **Çalışan Temsilcisi** olacaktır. Çalışan temsilcisinin, işyerinde sendika işyeri temsilcisi yoksa sırada yer alması ise, aslında çalışan temsilcilerinin ancak işyerinde işyeri sendika temsilcisi bulunmadığında gündeme geleceği, anılan sendika temsilcisinin bulunduğu hallerde çalışan temsilciliğinin de ancak onun tarafından yerine getirileceği kuralından (İSGK.20/5) kaynaklanmaktadır. İkisinin aynı işyerinde aynı anda görevli ve yetkili olması mümkün değildir¹⁶. Kanımca ilgili işyerinin bulunduğu ildeki Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü yanında duruma göre bunlardan hangisi varsa ona da bildirim gereklidir. Ancak asıl önemli olanın Devlet birimi olan ilgili işyerinin bulunduğu ildeki Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü olduğu tartışmasızdır. Çünkü teftiş vs gibi kimi idari tutum ve yaptırımları harekete geçirecek olan da odur. Sendika işyeri temsilcisine veya o yoksa çalışan temsilcisine bildirim halinde onların bile genelde başvuracağı Devlet makamı, mahkemeler yanında orasıdır.

Yasa ilgili işyeri hekimi ve/veya İş Güvenliği uzmanınca anılan **makam ve kişilere yapılacak bildirim nasıl olacağı** noktasında hüküm içermezken, Yönetmelikler bunun yazılı olmasını aramaktadır (İHY.11/3 ve İGUY.11/3) ve buradaki yazılılıktan kasıt ta adi/basit yazılı şekil olmak gerekir. Fakat Yönetmeliklerdeki yazılı bildirimde de sadece ilgili işyerinin bulunduğu ildeki Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne bildirimle ilgili olduğu açıktır. Bunu, yasaya ve hatta yönetmeliğe bile aykırı şekilde sendika işyeri temsilcisine veya çalışan temsilcisine bildirimde de bir koşul olarak aramak anlamlı düşmeyecektir. Bu yüzden de Bakanlık birimine bildirimde yazılı bildirimini aramak ve ona itibar etmek gerekirken, sendika işyeri temsilcisi veya çalışan temsilcisine bildirimde yazılı olmasına gerek bulunmadığı söylenebilir. Lakin ispat ve inandırıcılık problemleri yaşamamak için onlara bildirimde yazılı yapılması önerilir.

Bu bildirimde nelere yer verileceğine gelince; bu noktada denebilir ki, ilgili İH/İGU'nca <<o işyerinde İSG bağlamında ilgili işverene yapılan ve yukarıdaki sayfalarda aranan koşulları taşıyan yazılı bir bildirim yapıldığı; bu bildirim tarihi ve anılan bildirimde işyerindeki İSG tedbiri gerektiren somut acil /hayati önem taşıyan durumun neler olduğu ve işverene bu konudaki hangi önlemlerin tavsiye edildiği/önerildiği ve bunların sağlanması için tanınan makul sürenin ne olduğu; nihayetinde de işverenin tanınan makul süre geçtiği halde gerekli önlemleri almadığı>>nı içeren bilgiler yer almalıdır. Nihayetinde yine bu bildirimde, bildirimde İSGK.8/2 ve ilgili Yönetmelik (İHY.11/3, İGUY.11/3) kapsamında yapıldığı bilgisine de yer verilmesi uygun olur ama bunun bulunmayışı, yapılan bildirimini geçersiz kılacak değildir.

¹⁶ Fazlası için bkz. AKYİĞİT, *Çalışan Temsilcisi ve Temsilciliği, Hukuki Araştırmalar Dergisi (HAD)* Nisan 2013, sf.3-20; AKYİĞİT, *İş Hukuku*, sf. 381.

Bildirim ne zaman yapılacağı hususuna gelince; Bu konu aslında önemli olmasına rağmen, maalesef gerek yasada ve gerekse de ilgili yönetmeliklerde sessiz geçilmiş bulunmaktadır. Fakat anılan bildirim yapılmaması ve gerçek dışı bilgilerle donanarak yapılması halinde ilgili İH ve/veya İGU'na belgesinin askıya alınması yaptırım uygulanmaktadır. Aslında bildirim yapılmaması kavramının içine hiç yapılmaması kadar geç yapılmasının da girdiği düşünülür. Bu yüzden de bu bildirim yükünün yerine getirilmesi gereken bir sürenin saptanması gereklidir. Kanımca somut miktarı her bir somut olayın koşullarına göre değişebilmekle birlikte dürüstlük kuralı ışığında bu süre belirlenmelidir. Uyuşmazlık halinde uygun süreyi bilirkişiye de başvurarak yargıcın belirleyeceği açıktır. Yukarıda değinilen makul süre ölçütünün burada da uygulanması beklenir. Fakat isabetli olanı, burada da yasakoyucunun bir somut veya makul süre öngörmesidir.

Yukarıda sözü edilen bildirimle ilgili olarak bir de idari yaptırım öngörüldüğünü belirtmeliyiz. Buna göre, bildirim hiç yapılmaması halinde (ve kanımca geç yapılması durumunda) ilgili İH ve/veya İGU'nun belgesi ilkinde 3 ay, tekrarı durumunda 6 ay süreyle askıya alınır. Keza konuyla ilgili olarak açılan davada, kötü niyetle gerçek dışı bildirimde bulunduğu mahkeme kararıyla tespit edilen kişinin (İH/İGU'nun) belgesi altı ay süreyle askıya alınır. (İSGK.8/2).

6. Bu Bildirim Sonrası İlgili İH/İGU İşverenin Hukuka Aykırı Bir Tutumuyla Karşılaşmalıdır: İH /İGU'na tanınan güvence, <<bu bildirimden dolayı işvereni tarafından işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş sözleşmesine son verilmesi ve bu kişilerin bir şekilde hak kaybına uğratılması>>olgularına karşıdır. Zira güvenceyi anlatan hükümde aynen << Bu bildirimden dolayı işvereni tarafından işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş sözleşmesine son verilemez ve bu kişiler hiçbir şekilde hak kaybına uğratılamaz>> denilmektedir (İSGK.8/2).

O halde güvence için, İşverenin ilgili makam ve kişilere yukarıdaki koşulları içeren şekilde bildirimde bulunan İH ve/veya İGU'na karşı, anılan bildirimden sonra ve bildirimden dolayı ya **iş sözleşmesini sonlandırması / iş sözleşmesine son vermesi** ya da bu kişilerin bir **şekilde hak kaybına uğratılması** biçiminde bir olgunun da yaşanması gerekecektir. Bunları biraz açmak istersek, denebilir ki, **işveren tarafından iş sözleşmesine son verilmesi demek, bu sözleşmenin işverence tek yanlı olarak sergilenen fesih işlemi kesinlikle anlatacaktır.** Ancak işverence yapılan bu feshin **sırf bu bildirimden dolayı yapılan bir fesih niteliği taşıması gerekir.** Başka bir nedene dayandığı hallerde (örneğin geçerli bir nedene veya haklı bir nedene yahut ta bu bildirim dayalı olmayan başka bir nedene-siyasi nedene vs- dayalı kötüniyetle feshi durumunda güvence kapsamında bir son verme mevcut değildir. Fakat

işverenin yaptığı fesihle geçerli neden yahut sair kötüniyet yanında bu bildirimden dolayı feshe gidilmesinin de birlikte yer ve rol aldığı kanıtlanabilirse, yine de anılan bildirim nedeniyle fesihden söz edilmesi gündeme gelebilir.

İş sözleşmesinin (istisnaen de olsa) işverenin ölümüyle sona ermesi (TBK.441) halinde, iş sözleşmesinin işveren tarafından bu bildirimden dolayı sona erdirilmesinden söz etmek mümkün değildir. Keza iş sözleşmesinin işçi ve işveren arasında yapılan bir ikale (sözleşmeye son verme sözleşmesi) ile sonlandırılmasının da (ikale hukuken aranan geçerlilik koşullarını sağlıyorsa) aynı şekilde değerlendirilmesi gerekir.

İş sözleşmesinin anılan bildirimden sonra ilgili İH/İGU tarafından feshedilerek sonlandırıldığı hallerde, bu fesih haksız da olsa, İSGK.8/2 anlamında güvenceyi çağrıştıran bir <<işveren tarafından son verme>> sayılamaz. İlke budur ama istisnaen de olsa, eğer iş sözleşmesinin feshine, anılan bildirim üzerine işçiye karşı işverence uygulanan mobbing veya sair sistemli bir tavır neden olup işçi de bu yüzden sözleşmeyi haklı nedenle feshetmiş olursa, böylesi olaylarda aslında fesih iradesinin işçide değil, işverene ait olduğu ve sözleşmenin de işverence feshedilmiş sayılacağı söylenebilir.

Ayrıca belirtilsin ki, burada ilgili İH ve/veya İGU'nun <<iş sözleşmesi>> nin işverence sonlandırılmasından söz edilmesi, güvencenin, sadece ilgili işyerinde işverene iş sözleşmesiyle bağlı olan kişiler (işçiler) için geçerlilik taşıyacağı savını kuvvetlendirip desteklemektedir¹⁷.

Yasanın güvenceye bağladığı diğer bir hal ise; Yaptıkları bildirimden sonra ilgili İH/İGU'nun <<**bu bildirimden dolayı bir hak kaybına uğratılması**>>dır. Nitekim konuyla ilgili olarak yasada <<**Bu bildirimden dolayı işvereni tarafından ...bu kişiler hiçbir şekilde hak kaybına uğratılamaz**>>denilmektedir (İSGK.8/2).

Ancak söz konusu bildirimden dolayı ilgili İH/İGU'nun herhangi bir şekilde hak kaybına uğratımının nasıl gerçekleşeceğine dair örnek bulmak biraz sıkıntılı gözükür. Örneğin ilgili İH/İGU'nun normalde alacağı bir terfinin veya ek ödeme vs nin bu yüzden engellenmesi-verilmemesi, normalde yapılacak ücret vs zammının bu yüzden yapılmaması veya eksik yapılması vs gibi olgular akla gelebilir.

Yalnız konunun oldukça naziklik ve zorluk taşıyan kısmı; İH/İGU'na işverenin sergilediği iş sözleşmesini sonlandırma ve/veya hak kaybına uğratma işleminin ayrıntısı yukarıda sunulan **bu bildirimden dolayı yapıldığının hangi ölçütlere bağlı olarak kabul edileceğidir. Bu konuda isabetli olanı; söz konusu bildirim ile sonrasında maruz kalınan iş sözleşmesinin feshi-sonlandı-**

¹⁷ DEMİRCIOĞLU/KAPLAN, sf. 18.

rımı veya hak kaybına uğra(t)ma arasında, bu işlemlerin bildirimden dolayı yapıldığı sonucuna götürebilecek makul bir sürenin bulunmasına dikkat edilmelidir. Şüphesiz söz konusu bildirim hemen ardından veya bildirim üzerine, işverene yetkili makamlarca yapılan denetim veya kesilen idari para cezasından veya sendika işyeri temsilcisinin yahut çalışan temsilcisinin işvereni yasal sisteme uymaya davet eden ihtar veya tutumundan hemen sonra yapılan fesihle veya hak kaybına uğratmada bu bağlantının bulunduğunu söylemek mümkündür. Fakat böylesi bir durum yokken aylar hatta yıl(lar) sonrasında yaşanan işten atma ve/veya hak kaybına uğratmada bunun <<bildirimden dolayı olduğu>> savının zayıfladığı, (açıkça beyan ve kabul gibi haller ışığında) bildirimle bağlantının koptuğu söylenebilecektir. Fakat özellikle de zamanaşımı süresinin dahi geçtiği bir evreden sonra aradaki bağlantının bulunmadığını söylemek daha isabetli olsa gerektir.

İşverenin yukarıda tanımlanan yasal bildirim görevini gereğince yerine getiren kendi işçisi niteliğindeki işyeri hekimine ve/veya iş güvenliği uzmanına karşı bu bildirimden dolayı (adeta onu cezalandırırçasına) onun iş sözleşmesini feshetmek veya hak kaybına uğratan bir tutum takınması halinde, işveren hakkında bir yıllık sözleşme ücreti tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. İşyeri hekimisi veya iş güvenliği uzmanının iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır (İSGK.8/2).

Buradaki bir yıllık sözleşme ücreti tutarından az olmamak üzere tazminat ifadesindeki bir yıllık sözleşme tutarı deyiminin neyi ifade ettiği pek açık olmadığı gibi, iş hukukunda alışıldık bir kullanım tarzı da değildir. Güvencenin işçi niteliğindeki işyeri hekimisi ve iş güvenliği uzmanına yönelik olduğu dikkate alınır; iş ilişkisinde de ücretin yıllık değil en geç aydan aya ödenmesi gereken bir borç olduğu ve yıllık ücret kavramının kullanılmadığı hatırlanırsa, bunun sanki işçi değil başka sıfatla serbestçe bu hizmeti sunan İH/İGU'na yöneldiği düşüncesi akla gelebilir. Fakat kullanılan deyim isabetli olmasa da bunun, aslında İH/İGU'nun en az bir yıllık ücreti tutarını anlattığı söylenebilecektir. O halde İH/İGU'na tanınan güvence, ilgili İH/İGU'nun iş sözleşmesinde (yasal sisteme uygun olarak saptanan) ücretinin bir yıllık tutarından az olmayan bir tazminat ödenmesi biçimindedir. Bununca, yasa aksine bir açıklık olmadığından, ilgili işçi İH/İGU'nun en azından bir yıllık çıplak brüt ücreti olduğu düşünülür ve dolayısıyla anılan tutardan gerekli vergilerin kesilmesi gerekmektedir¹⁸. Yasal olarak çıplak/temel ücret baz alınacağından, buna fazla çalışma ücreti, yol-yemek yardımı vs gibi sosyal ücret niteliğindeki ekler dahil değildir. Ancak istenirse bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle hesaplanan giydirilmiş brüt ücretten yapılacağı geçerli biçimde kararlaştırılabilir. Yasal düzenlemenin, buna engel olucu bir içerik taşımadığı

¹⁸ Krş. DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, 6645 sayılı Kanun, 19.

söylenmelidir. Bu tazminatın en alt miktarı işçi İH/İGU'nun bir yıllık ücreti tutarı olup, yargıç bundan daha aşağıya karar veremez, taraflar da daha aşağısını kararlaştıramazlar. Her nasılsa kararlaştırdıklarında da bu anlaşma yargıcı bağlamaz. Ancak tarafların anlaşmayla (veya TİS ile) bu tazminatın tabanını artırmalarına engel bulunmadığı ve artırımın dürüstlük kuralı süzgecinden geçirilmek koşuluyla geçerlilik taşıyacağı düşünülmektedir.

Anılan ödemenin nitelikçe bir tazminat olduğunu bizzat kanun belirtmektedir ve bu yüzden de ücrete tanınan korumadan yararlanması mümkün değildir. Keza anılan ödemenin tazminat niteliği, onun alt sınırı yargıç tarafından da aşılamayacak biçimde bizzat kanunen saptanan götürü bir tazminat olduğunu belirtmektedir. Ayrık bir düzenlemeye yer verilmediğinden bu tazminata TBK.146 uyarınca 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir.

Yukarıda dile getirilen güvencenin sadece özel kesimde işçi olarak çalışan İH ve İGU için geçerli olmadığı, onlar yanında kamu sektöründe iş sözleşmesiyle çalışan İH ve İGU'nu da kapsadığı kanısındayız¹⁹. İşçi niteliği taşımayanlarda işçilik ücreti anlamına gelen sözleşme ücreti olmaz ama hak kaybına uğratmanın/uğramanın yaşanabileceği de açıktır. Bu yüzden işçi dışı statüde görev yağan İH ve İGU'nun durumu çeşitli tartışmaları davet edici niteliktedir ve aslında berrak bir düzenlemeyi gerektirmektedir, denilebilir.

Yalnız İSGK. 8/2 de getirilen güvencenin sırf İH ve İGU konumu ve yukarıda bildirilen görevi dolayısıyla getirildiği, yoksa somut bir olaydaki İH/İGU'nun normalde alelade bir işçiye tanınan olağan güvence ve haklardan böylece dışlandığı anlamına gelmez. Bu yüzden de yukarıda belirtilen bildirim görevini yerine getirdiği için işten atılan (iş sözleşmesi işverence sonlandırılan) İH/İGU konumundaki işçinin, bu konum için getirilen özel güvence olan en az bir yıllık ücreti yanında şartları varsa, kıdem ve ihbar tazminatını istemesi ve hatta duruma göre (kapsamındaysa) yasal ve genel iş güvencesini (İş K.18-21, BİK.6) işletmesi de mümkündür. Gerçi fesih sırf ilgili bildirimden olayı olunca iş güvencesi için geçerli sebep oluşturmayacağı açıktır ama Davayı kazanıp kazanmamasına göre bundan da ek bazı ödemelere hak kazanması ve işe iadenin gündeme gelmesi mümkündür²⁰. Nitekim yasanın << İşyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır >> (İSGK.8/2) biçimindeki düzenlemenin de bunu anlattığı açıktır.

3. GÜVENCEDEN DIŞLANMA DURUMU: Yasa yukarıda ayrıntılı sunulduğu üzere, İH ve İGU'na güvenciyi ilgili makama yaptıkları yazılı

¹⁹ Krş. DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, 6645 sayılı Kanun, 18.

²⁰ Bkz. DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, 6645 sayılı Kanun, 19.

bildirim dolayısıyla karşılaşılabilecekleri iş sözleşmesinin sonlandırılması ve/veya hak kaybına uğratan işveren işlemlerine ve tutumlarına karşı getirmiş-tir. Ancak güvencenin işleyebilmesinin ön koşulu yasada aranan biçimde bir bildirim yapılmasıdır. Söz konusu bildirim hiç yapılmadığı veya yazılı değil de sözlü yapıldığı yahut yapılmakla birlikte gerçek dışı bilgilerle donatıldığı kötüniyetle yapıldığı hallerde, işverenin anılan İH /İGU'nun sözleşmesini feshetmesi veya hak kaybına uğratar bir tutum takınması halinde, İSGK.8/2 de dile getirilen güvence gündeme gelmez. Hatta duruma göre, anılan İH/İGU'nun iş sözleşmesinin haklı veya geçerli nedenle işverence feshiyle dahi karşılaşılabılır. Fakat işveren anılan hallerde ilgili İH/İGU'na fesih vs uygulasa da uygulamasa da bu kişiler için yasaca öngörülen bir idari yaptırımın gündeme geleceği anlaşılmaktadır. Öyle ki, yasa;

Bildirim yapmadığı tespit edilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının belgesinin ilkinde üç ay, tekrarında ise altı ay süreyle askıya alınacağını; konuyla ilgili olarak açılan **davada, kötü niyetle gerçek dışı bildirimde bulunduğu mahkeme kararıyla tespit edilen** kişinin belgesininse altı ay süreyle askıya alınacağını>> belirtmektedir (İSGK.8/2). İlgili İH/İGU'nun yukarıda özellikleri verilen bildirim yükümünü hiç yapmamasını tespit etmek pek de zor değildir. Bunun hiç yapılmaması ile yukarıda belirtilen sürede yapılmaması halinde bildirim yapılmadığı anlamını vereceği düşünülür. Hiç değilse de, ilgili İH/İGU hakkında askıya alma işlemi yapılsa dek bildirim yapılmamasını anlatacağı kesindir.

Fakat (herhalde süresinde ve gereğince yapılan) bildirim <<kötüniyetle yapıldığı>>nın nasıl belirleneceği biraz açıklığa muhtaçtır. Öyle ki, her şeyden evvel, buradaki **kötüniyetle gerçek dışı bildirimde bulunmak** olgusunun hem bildirimde bulunmayı ve hem de bu bildirim gerçek dışı bilgilerle donatılmış bulunmasını içermesi ve ayrıca bunun kötüniyetle yapılması da gerekmektedir. Üstelik tüm bunların açılan bir davada mahkeme kararıyla tespit edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla SGK/Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne yapılan tespit yeterli değildir.

Gerçek dışı bildirim, yukarıda belirtilen konuda yapılan bildirim aslında somut olayda doğruyu yansıtmadığı; örneğin henüz işverene tanınan makul süre geçmeden yapılan ve işverenin kendisine bildirilen gerekli hususları yerine getirmedeğine dair bildirim yahut makul süre dolduktan sonra yapılsa da işverene hiç bildirilmeyen veya bildirilse de gerekli tedbirin alındığı hususların yetkili makama bildirim konu edilmesi halinde gerçek dışı bir bildirim bulunduğu akla gelir. Yine örneğin bildirilen tehlikenin acilen durdurmayı gerektirmediği halde gerektiriyor diye veya hayati tehlike taşımadığı halde böyle bir tehlike içeriyor diye veya işverence gerekli önlemler alındığı halde alınmadı diye bildirilmesi hallerinde gerçeğe dışı bir bildirim bulunduğu söylenebilir.

Ancak bildirim gerçeğe dışılığı yanında kötüniyetle yapıldığına gelince; Bunun, anılan bildirim yasal ve hukuki işlev ve amacından sapmış biçimde sırf işverenin idari para cezası/denetim vs gibi çeşitli sıkıntılarla karşılaşması vs düşünülerek yapılmasını anlattığı söylenebilir. Kısacası, bildirim içeriğinin somut olayın gerçeklerine uymadığını bildiği halde ilgili İH/İGU'nun dürüstlük kuralına (MK.2) aykırı olarak bilerek isteyerek (kasten) böylesi bir bildirimde bulunması söz konusudur. Örneğin aslında bildirilen tehlikenin acilen durdurmayı gerektirmediği halde gerektiriyor diye veya hayati tehlike taşımadığı halde böyle bir tehlike içeriyor diye veya işverence gerekli önlemler alındığı halde alınmadı diye bildirilmesinin sırf işveren bir yaptırımla karşılaşsın vs amacıyla yaşandığı hallerde gerçekdışı ve kötüniyetle yapılmış bir bildirim bulunduğu söylenebilir.

Öğretide de belirtildiği üzere; burada sözü geçen davanın nasıl bir dava olduğu, neyi amaçladığı, sırf bu bildirim ve yaptırım çerçevesinde açılmış bir dava mı olacağı, yoksa, işverenle ilgili İH/İGU arasında işçilik hakları ve fesih vs dolayısıyla açılan ve içinde söz konusu bildirim ve ona bağlı işlemlerintutumun da yer aldığı bir dava mı olacağı belli değildir. Lakin bunu geniş yorumlamak uygun düşebilecektir²¹. Böyle bir davada ilgili İH/İGU'nun davacı veya davalı olarak yer alması farksızdır ve bildirim kötüniyetle yapıldığını iddia etmekte kanıtlamak ta ilgili kişiye/makama düşen bir yükümdür. Buna muhatap olan İH/İGU'nun kötüniyetli olarak bildirimde bulunmadığını kanıtlama yükümü yoktur. Zira asıl olan ilgili İH/İGU'nun iyiniyetle hareket ettiği, bir başka deyişle kötüniyetli hareket etmediğidir. Fakat somut olayın koşulları çerçevesinde kendisinden beklenen özeni göstermediği anlaşılan İH/İGU'nun iyiniyetli olmadığı kabul edilmek durumundadır (MK.3).

İlgili İH/İGU'nun yukarıdaki koşullarla belgesinin (işyeri hekimliği yetki belgesi ve iş güvenliği uzmanlığı yetki belgesi) askıya alınma işleminin ÇSGB İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünce yapılması gerekir. Askıya almaya İSGK.8/2 deki bildirim yapmamak veya gerçekdışı bilgilerle donatarak kötüniyetle yapmak neden olabilmektedir. Askı süresinin ne olacağı ise, bildirim yapılmamasının ilk mi yoksa birden fazla mı yaşandığına bağlı olduğu gibi, bildirim halinde de gerçek dışı bilgilerle kötüniyetle mi yapıldığına bağlı olarak değişmektedir. Kötüniyetle gerçekdışı bilgilerle donatılmış bildirim tekrarı halinde de ilk kez yapılması halinde de öngörülen askı süresi aynı gözükmektedir. Aslında bildirim yapmamak gibi, kötüniyetle ve gerçekdışı bilgilerle donatılarak yapılmasında da bunun ilk kez yapılmasıyla tekrarı hali farklı süreli askıyla karşılanabilirdi. Yalnız, belgenin askıya alınacağı süre kesin bir miktar olarak açıkça öngörülmüş ve bu konuda Genel Müdürlüğe veya mahkemeye herhangi bir azaltma veya yükseltme yetkisi tanınmamıştır. Yükseltme sadece,

²¹ DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, 6645 sayılı Kanun, 19-20.

bildirimde bulunmamanın tekrarı halindedir ama bunu bile açıkça yasa belirtmekte, başka bir makama miktarı indirme-artıma yetkisi verilmemektedir.

Yetki belgesi İSG genel Müdürlüğünce askıya alınanlara Genel Müdürlükçe bu durumun yazılı olarak bildirilmesi gerektiği gibi, bu durumun Genel Müdürlüğün internet sayfasında da ilan edilmesi gerekir (İGY.32/4, İHY.39/4). Yetki belgesi askıya alınan bu kişilerin askı süresince yasanın ve ilgili yönetmeliğin verdiği yetkileri kullanamayacağı açıktır (İGY.34/3, İHY.41/3). Bunların anılan yetkilerini tekrar kullanabilmeleri ancak Genel Müdürlük onayıyla gerçekleşebilir (İGY.32/4, İHY.39/4).

Şüphesiz Genel Müdürlüğün askıya alma işlemine karşı itirazın mümkün olup olmadığı, askı işleminin İdari olarak mı, yoksa mahkeme kararıyla mı gerçekleştiğine bakılarak belirlenir. Eğer askı, mahkeme kararıyla gerçekleşmişse buna idari olarak da yargısal olarak da itiraz mümkün değildir. Fakat askı işlemi mahkeme kararı olmadan gerçekleşmişse, buna askı işleminin ilgili İH/İGU'na tebliği tarihinden itibaren en geç 10 işgünü içinde İSG Genel Müdürlüğüne (idari olarak) itiraz etmek mümkündür. Bu süre hak düşürücü süre olup, sürenin kaçırılması halinde itiraz hakkı da düşer (İGY.33/8, İHY.41/8). Ancak itirazı sadece Genel Müdür değil Komisyonca karara bağlanması gerekir. Karar oyçokluğuyla alınır ve eşitlik halinde komisyon başkanının oyu belirleyici (üstün oy) sayılır ve sonuç böylece oluşur. Lakin bu durum, ilgili İH/İGU'nun mahkemeye başvurusunu engellemez. İtiraz üzerine verilen ve aleyhinde olan kararın tebliği üzerine ilgili İH/İGU mahkemeye başvurarak bu karara dava yoluyla itiraz edebilir.

İşyeri hekimin ve/veya İş Güvenliği Uzmanının yetki belgesinin askıya alınması halinde, onun/onların iş sözleşmelerinin hukuken hangi durumda olacağını da bilinmesi gerekir. Yasada ve Yönetmelik'de konuyla ilgili bir düzenleme yoktur ama taraflar iş sözleşmelerinde veya bu konuda sonradan yapacakları bir anlaşmada böylesi hallerde iş sözleşmesinin kaderinin ne olacağını, ilgili İH/İGU'na bir ödemede bulunulup bulunulmayacağını, SGK primlerinin ödenip ödenmeyeceğini kendileri belirleyebilirler ve böylesi hallerde sözleşmesel çözüme itibar edilir. Ancak sözleşmesel bir çözümün getirilmediği hallerde; anılan kişi askı süresince İH/İGU görevi yapamayacağına göre, işverenin onun çalışacağı görevi yapabileceği bir iş ve departman olarak değiştirebilmesi veya <<çalışma yoksa ücret de yok>> ilkesinden hareketle ücret vs SGK primi vs ödemeden sözleşmeyi askıya alması mümkündür. Ancak ilgili İH/İGU'nun kusuruyla bu durum yaşandığından olayın İş K.25/III bağlamında zorlayıcı bir neden olarak görülmesi pek uygun gözükmez.

İşyeri Hekiminin ve/veya İş Güvenliği Uzmanının yukarıda dile getirilen ve belgesinin askıya alınmasına yol açan şekilde ilgili bildirimini gerçek dışı içe-

rikle ve kötüniyetle yaptığı hallerde işverence, İş K.25/II kapsamında, özellikle de 25/II-e veya benzeri bağlamında sözleşmesinin haklı nedenle feshine gidilebilir. Fakat anılan bildirim yapılmadığı hallerde, yani işvereni yetkili makama şikayet etmesi gerektiği halde yapmaması halinde durum tartışmaya açıktır (**Demircioğlu/Kaplan**, 6645 sayılı Kanun, 21). Fakat anılan olgunun ilk kez yaşanması halinde sorunun haklı nedenle fesihe mi yoksa geçerli nedenle fesihe mi neden olacağı noktasında tartışılabilir. Her ne kadar böylesi hallerde işveren bizzat kendisi de bildirimle rağmen gerekli önlemleri almayarak çalışanlarının sağlık ve güvenliğini tehlikeye atmışsa da, aynı zamanda bunu yetkili makama bildirmeyen İH/İGU'nun da yasal yükümüne aykırı davrandığı ve böylece yine aynı tehlikeye neden olduğu söylenebilir. Bu durumun geçerli neden oluşturacağı kanımca tartışmasızdır ama olayın özellikleri çerçevesinde (kasten-bilerek/isteyerek) bildirim yapmama halinde İş K.25/II-ı hükmünün de uygulanması mümkün olabilir. Ayrıca aslında İş K.25/III uyarınca haklı fesihe imkan verip vermeyeceğinin de tartışılabilirliği aklı gelmektedir. Ancak zorlayıcı nedenin ilgili işçinin iradesiyle gerçekleşmemesi gerektiği dikkate alınınca, durum sıkıntıya girmektedir. Bunu körükleyen bir hal de; ilgili işçinin iradesi vs olmadan yaşadığı bir zorlayıcı nedende haklı nedenle fesihe imkan verilirken, bizzat kendi hukuka aykırı tutumuyla belgesinin askıya alınmasına ve İH/İGU işine devam edememesine yol açtığı hallerde neden haklı fesihe imkan tanınmadığı ve sadece geçerli nedenle fesih ihtimaline yönlenileceği sorusudur.

Fakat gerekli bildirimde bulunmamanın birden çok yaşandığı hallerde, artık bunun da haklı fesihe imkan vereceğini düşünüyoruz²².

IV. SONUÇ

İş sağlığı ve güvenliği ülkemiz açısından önemi ve değeri geç bilinmeye başlanan bir kurumdur. 6331 sayılı İSGK ve ikincil mevzuatı bu konuda bir çığır açmış ve İSG'ndeki ilgililere, özellikle de işverenlere önemli görev/yetki ve yükümlülükler getirmiştir. İşverenlerin İSG hizmetleri sunumunda duruma göre başvurdukları yöntemlerden biri, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanınca sunulması gereken hizmetler için kendilerine iş sözleşmesi veya idari sözleşmeyle bağlı personel çalıştırmaktır. Ama istenirse OSGB'den hizmet alımı yoluyla da bu işi kotarabilirler. Hatta gerekli sertifikaya/belgeye sahip-seler bizzat gerçek kişi işverenlerce de anılan hizmetler sunulabilmektedir.

İşyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı olarak başka kişilerin istihdamı halinde, bunların çeşitli yetki ve görevleri ve yükümleri mevcuttur. Bunlardan birisi de işverene işyerindeki İSG durumunu yansıtan ve alınması gerekli ön-

²² Bkz ve krş. DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, 6645 sayılı Kanun, 21.

lem ve tedbirleri belirten yazılı bildirimlerdir. İşverenlerin belirlenen makul sürede buna uymamaları halinde, bildirimde bulunan İH/İGU'nun durumu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne ve ilgili kişilere bildirmesi gerekmektedir. Bu bildirim üzerine ise işverenin çeşitli yasal sıkıntılarla karşılaşabileceği bilinmektedir. İşte böylesi durumdaki bir işvereninse kendisini yetkili ve ilgili yerlere deyim yerindeyse şikayet ederek çeşitli sıkıntılarla karşılaşmasına emin hazırlayan İH/İGU'na karşı onun sözleşmesini sonlandırmak ve/veya başka şekilde haksız işlemlerde bulunması ihtimali mevcuttur. Böylesi işveren eylem ve/veya işlemlerine karşı, anılan kişilerin özel bir koruma ihtiyacı duyduğu ve 6645 sayılı Kanunla da bu güvencenin hukukumuzda getirildiği görülür. Güvence bir yıllık sözleşme ücreti gibi anlaşılması zor bir deyimle ifade edilmişse de ve tartışılmaya müsait kimi noktaları olsa da hiç yoktan iyi gözükmemektedir. Konu yukarıda ayrıntılı olarak sunulduğundan, burada tekrara girilmemesi uygun düşecektir.

KAYNAKÇA

- E. AKYİĞİT, *Toplu İş Hukuku*, Ankara 2015.
- E. AKYİĞİT, *Çalışan Temsilcisi ve Temsilciliği*, Hukuki Araştırmalar Dergisi (HAD)/ Nisan 2013, sf.3-20.
- E. AKYİĞİT, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinde Devlet Desteği*, Sicil/Mart 2013.
- E. AKYİĞİT, *İş Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2014.
- E. AKYİĞİT, *1475 sayılı İş Kanunu Şerhi*, Ankara 2001.
- E. AKYİĞİT, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi*, C.II, 3. Bası, Ankara 2008.
- E. ÖZDEMİR, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, İstanbul 2014.
- G. BAYCIK, *Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler*, ABD.2013/1, sf.128.
- H. SABUNCU, *İşyerinde Sağlık Hizmetleri*, Legal İHD.2005/7, 1100.
- İ. KILKIŞ, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde Yeni Dönem; 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK)*, İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Ocak 2013, sf.33.
- M. ALP, *Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi –Whistleblowing*, İstanbul, 2013.
- M. ÇENBERCİ, *İş Kanunu Şerhi*, 6. Bası, Ankara 1986.
- M. DEMİRCİOĞLU/ H. Ali KAPLAN, *İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi*, ÇTD.2014/3, 233-263.
- M. DEMİRCİOĞLU/ H. Ali KAPLAN, *İş Güvenliği Uzmanları ve İşyeri Hekimlerine 6645 sayılı Kanunla Sağlanan İş Güvencesi*, Sicil 2015/33, 8-22.
- N. Caniklioğlu, *İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı*, İSG Kanun Tasarısı Semineri, 25 Nisan 2012, Ankara, sf.51-52.
- S. SÜZEK, *İş Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 2014.

Bazı Temel Değerler ve Kavramlara İlişkin Bilgelerin Özdeyişleri

Prof. Dr. Erol CİHAN*

1. Yargıç Kavramı

Bir yargıç iyi niyetle dinlemeli, akıllıca cevap vermeli, sağlıklı düşünmeli, tarafsızlıkla karar vermelidir. (Sokrates)

2. Ahlak Kavramı

Tanrının en büyük bağı, iyi bir ahlaktır. Bu nedenle ahlak, insanla birlikte, hatta onun içinde yaşar. Ahlak, toplumun temelidir, toplum temeli de özgürlüktür. Ahlak gücü, teknik güçle birlikte olursa, gerçek bir üstünlük gösterir. Ahlak ile doğruluk, erdem denilen kavramı oluşturur.

İnsanı oluşturan olumlu özelliklerin başında güzel ahlak vardır. Güzel ahlak, en hayırlı dosttur.

Bu gerekçelerle, "ahlak terbiyesi, ekmek ve elbiseden daha gereklidir." (Sokrates)

3. Akıl Kavramı

İnsanoğlunun esas niteliği, özelliği, akıldır.

"Tanrı'nın insanlara bahsettiği nimetlerin en büyüğü akıldır." (Hz. Ali)

"Akıl, vücudun efendisidir." (Alfred de Vigny)

"Akıllılar nedenler konusunda tartışır, aptallar da karar verir." (Anarchasis)

"Akıllı adam, aklını yerinde kullanmasını da bilir" (Descartes)

"Bir akıl iyidir, ama iki akıl daha da iyidir" (Çehov)

"Aklın üç belirtisi vardır; iyi düşünmek, iyi söylemek, iyi yapmak (Democritus)

"Akıllılar sözlerini altın tartan bir terazide tartarak söylerler." (Ecclus)

Zaten, "insanı hayvandan ayıran, akıldır. İnsan, akıldan uzaklaştığı zaman, hayvan ortaya çıkar. (Epictetus)

* T.C. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

"Akıl Tanrı'nın insanlara verdiği bütün şeylerin en iyisidir." (Firdevsi)

"Ham düşünceleri, ancak akıl pişirir." (Firdevsi)

"Akıl yalnız doğrulukta bulunur." (Goethe)

"Akıl, duygunun yanında her zaman bayağı kalır." (Balzac)

"Akla giden yolun, kalpten çıkması gerekir." (Schiller)

"İnsan talihsizlikten, mutsuzluktan değil, akılsızlıktan korkmalı". (Thomas Carlyle)

"Akıllılar, zayıf yönlerini bildiklerinden, yanılmayacaklarını ileri sürmezler, en çok bilen, ne kadar az şey bildiğini, herkesten iyi bilir" (Thomas Jefferson)

4. Aşk Kavramı

"Aşkın gelişi, aklın gidişidir." (Antoine Bret)

"Aşkın gözlükleri öyle pembedir ki, bakırı altın, yokluğu varlık, gözdeki çapağı'nci gibi gösterir." (Cervantes)

"Aşkın ne yasası, ne de sınırı vardır." (Ch. Lahmann)

"Aşk akıllıların aklını alır, akılsızlara da akıl verir (Diderot)

"Aşkı akılla yenmek mümkün değildir." (Gorçakov)

"Aşk eve girince, akıl dışarı çıkar." (Logan Pearsall Smith)

"Aşkın gözü kördür." (Propertius)

"Aşk gözle değil, ruhla görür." (Shakespeare)

5. Bilgi Kavramı

"Bilgili olduğumuz sürece, özgür oluruz." (Sokrates)

"Bilgi gençleri besler, yaşlıları Tanrılaştırır." (Cicero)

"Tek iyi olan şey bilgi, tek kötü olan şey de bilgisizliktir." (Diogenes)

"Bilgili bir insan için, yenilgi yoktur." (Euclides)

"Tanrıya ulaşmak için, bilmek gerekir." (Farabi)

"Bilgi kuvvettir." (Francis Bacon)

"Bilgi ve insan gücü, eşanlımlıdır." (Francis Bacon)

"Bilgi arttıkça, kuşku da artar." (Goethe)

"Sonsuz yaşayacakmışsınız gibi bilgi peşinde, yarın ölecekmişsiniz gibi iyi nitelikler peşinde koşunuz." (Herder)

"Bilgimiz kadar merak ederiz." (J. J. Rousseau)

"Beşikten mezara kadar bilimi arayınız." (Hz. Muhammed)

"Dünyayı isteyen, bilime sarılsın." (Hz. Muhammed)

"Bilgi, ibadetten üstündür." (Hz. Muhammed)

"Bilimle geçen bir saat, ibadetle geçen bir geceden hayırlıdır." (Hz. Muhammed)

"Bir şeyi gerçekten bilmek, onu anlamakla olur" (Sokrates)

"Bilgi bizim en büyük yardımcımızdır." (Sokrates)

"Bilgili olduğumuz ölçüde, özgür oluruz." (Sokrates)

"Bütün bildiğim şey, bir şey bilmediğimdir." (Sokrates)

"Bilim kendin bilmektir." (Yunus Emre)

"Anlayışlı olan anlar, bilgili olan bilir, bilen ve anlayan her vakit dilediğine kavuşur." (Yusuf Has Hacip)

"Korkunun kaynağı, bilgisizliktir." (Emerson)

"Bir insan bilgisizliğini biliyorsa, o bilgisiz değildir." (Jeremy Taylor)

"Cehalet, bir felakettir." (Shakespeare)

"Ben bilmediğimi bildiğim için, başka insanlardan daha akıllıyım." (Sokrates)

6. Düşünce Kavramı

"Konuşma, aklın fihristidir." (Seneca)

"Düşünce, cesurdur." (A. H. Tanpınar)

"Tuz nasıl yemeklere tat verirse, eşyaya niteliklerini veren de insanların düşünceleridir." (Anatolie France)

"Ahlakın temeli, iyi düşünmektir." (Blaise Pascal)

"Soylu düşüncelere sahip ol, kibirli ve nankör olma." (Cledbul)

"Düşünmeden önce konuşma." (Chilou)

"Zerafet, vücut için ne ise, ince düşünce de zeka için öyledir." (Chevalier de Mere)

"Madem ki düşünüyorum, öyle ise varım." (Descartes)

"Düşünceleri ne ise, insan odur." (Emerson)

"İyi düşünceler, namuslu insanlarda olur. (Euripidies)

"Düşünce en üstün güçtür. Doğru düşünmel yaratmaktır." (Ernest Hubbard)

"Düşünmek kolaydır, yapmak zordur. Dünyanın en güç şeyi de, düşünülünü yapmaktır." (Goethe)

"Gençliğinde ne düşünürsen, yaşlılığında ona ulaşırsın." (Goethe)

"Düşünce de gıdadır." (Goethe)

"Düşünmek, görmektir." (Balzac)

"Kim olursa olsun, nerede olursa olsun, düşünen adam bir ışık ve bir güç olur." (Henry George)

"İnsan nasıl düşünürse, öyledir." (James Allen)

"Söylemesi çok kolay iki kelime vardır ki, aslında söylemeden önce çok düşünmek gerekir; evet ve hayır." (Pisagor)

Sigorta Acenteleri Açısından Portföy Tazminatı*

Portfolio Compensation Concerning Insurance Agencies

Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR**

Özet

Sigorta acentelerinin tek görevi sigorta poliçesi satmak olmayıp, bundan çok daha fazla role sahiptirler. İyi bir sigorta acentesi müşterileri bilgilendirmeli, onların ihtiyacına uygun sigortayı yaptırmak hususunda motive etmeli, hasar gerçekleşmeden önce ve sonra bazı hizmetleri yerine getirmeli ve sigorta şirketine müşteri kazandırırken doğru değerlendirme yapmalıdır. Bu nedenle bir sigorta poliçesinin pazarlanmasında, diğer herhangi bir mal veya hizmetin satımına oranla, nitelikli, ikna yeteneği yüksek kişilerin aracı kılınmasına ihtiyaç vardır.

Sigorta acenteleri sigorta şirketlerinin dış dünya ile temasını sağlayarak poliçe pazarladıkları için, zaman içinde bir müşteri portföyü oluşur ve bu portföyün sigorta şirketi veya acenteden hangisine ait olacağı önemli bir hukuksal sorundur. Çünkü sigorta şirketi ile acentesi arasındaki sözleşmenin sona ermesiyle acentenin oluşturduğu müşteri çevresi işletmeye devredilecek olup; işletme, bu müşteri çevresinden kazanç sağlamaya devam edecektir. Portföy tazminatı, acentenin sözleşmenin sona ermesiyle uğrayacağı kayıp ile işletmenin müşteri çevresinden sağlayacağı kazancın dengelenmesi, bir diğer deyişle, acentenin sözleşmenin sona ermesi nedeniyle uğramış olduğu maddi kaybın giderilmesi amacıyla, işletmenin acenteye ödeyeceği tazminattır.

Anahtar Kelimeler

Müşteri Portföyü, Portföy Tazminatı, Sigorta Acentesi, Müşteri, Sigorta Şirketi.

Abstract

Many people assume that the sole duty of an insurance agent is to sell insurance policies. In fact, the role requires much more. A good insurance agent should be able to inform clients, motivate them to take a specified course of action, render certain services before

* Bu makale, 29 Nisan-01 Mayıs 2010 tarihlerinde Bakü-Azerbaycan'da düzenlenen **II. Hukuk Biliminin Güncel Sorunları Uluslararası Sempozyumunda** tarafımdan sunulan "Sigorta Acentelerinde Müşteri Tazminatı ve veya Portföy Hakkının Hukuksal Niteliği" adlı bildiri değiştirilip güncellenerek hazırlanmıştır.

** Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, bgurpinar@fsm.edu.tr; bunyamingurpinar@gmail.com.

and after the losses, and exercise judgement in selecting clients for the insurance company. By this way, marketing of an insurance policy – in comparison with any sale of goods and services – needs the person who is qualified and has ability to convince the people to mediate.

Insurance agents, prepare policy with the contacting insurance company to the foreing world. Because of this a customer's portfolio come into being in the length of time and it's a legal question that it belongs which one of it, insurnce company or agents. Because; by the termination of the agreement, the customer portfolio created by the agent will be transferred to the enterprise and the enterprise will continue to gain income upon such customers. On the other hand, the agent's right of claiming remuneration related to the agreements to be executed with such customers will expire upon the termination of the agency agreement. Portfolio compensation is the compensation to be paid by the enterprise to the agent in order to balance the loss of the agent due to the termination of the agreement and the income to be obtained by the enterprise upon the customers of the agent; in other words, to compensate the financial loss of the agent due to the termination of the agreement.

Keywords

Customer Portfolio, Portfolio Compensation, Insurance Agent, Client, Insurance Company.

1. SİGORTA ACENTELEİNİN İŞLEVİ VE HUKUKSAL STATÜSÜ

Sigortacılık işlemlerinin özelliği sebebiyle sigorta şirketleri, genellikle geniş kitlelere ulaşmayı ve bireylerle daha sıcak ilişkiler kurmayı amaçlarlar¹. Bireylere ulaşmak yanında, aslında somut olmayan ve belki de hiç gerçekleşmeyecek olan bir riskten² korunmak konusunda onları ikna etmeyi, sigortanın faydalarına inandırmayı gerektirir. Bu nedenle bir sigorta poliçesinin satımında, diğer herhangi bir mal veya hizmetin satımına oranla, daha nite-likli, ikna yeteneği yüksek kişilerin aracı kılınmasına ihtiyaç vardır. Sigortacılıkta, piyasa, fonksiyonunu eksiksiz şekilde yerine getirebilmiş olsaydı hukuk, sigorta işlemlerinin düzenlenmesinde daha az bir role sahip olabilirdi. Zira bu durumda sigorta tüketicileri tam olarak ne istediklerini ve kendilerine önerilenin ne olduğunu bilecekler, sigortacı da sigorta himayesinden doğan yükümlülüklerini bilecekti. Böylece sigorta sözleşmelerinde taraflardan herhangi biri üzerinde bir olumsuz etki veya yük kalmazdı. Ancak bilindiği üzere tam fonksiyonel piyasa idealini gerçek hayatta başarmak mümkün değildir³.

Sigorta uygulamaları açısından tarafları, özellikle acenteyi etkileyen en önemli faktör bilgi yetersizliğidir. Sigortacılık ürünleri tam enformasyonun oluşmadığı bir ortamda alınıp-satılır. Bu nedenle fiyatlar (primler ve tazminatlar) optimum

¹ Rayegan KENDER, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi, Güncelleştirilmiş On Birinci Baskı, XII Levha, İstanbul, 2011, s.118.

² "Sigorta uygulamasında belirli bir zaman periyodunda oluşabilecek istenmeyen olaylar ve bunun sonucunda muayyen bir tazminat talebi olasılığı, risk olarak tanımlanmaktadır: Malcolm A. CLARKE, *Policies and Perceptions of Insurance Law in Twenty-First Century*, First Published, New York, 2005, s.2.

³ Kenneth S ABRAHAM, *Insurance Law and Regulation-Cases and Materials-*, Fifth Edition, Foundation Press, New York, 2010, s.5-6.

düzeğe göre çok farklılık gösterebilir. Bu nedenle, bilgi ve bilgilendirme sorununa sigortacılık sektörü çok duyarlıdır. Zira bir sigorta poliçesinin satımı anında, ilgili sigorta ürününün maliyeti, sigorta sağlayıcısı (sigortacı) tarafından tam olarak bilinmemektedir. Ayrıca sigortalının karşılaşılabileceği muhtemel risk düzeyini etkileyebilecek faktörler hakkında sigortacı ve sigortalının olaya uygulanabilecek bilgi düzeyleri arasında da bir dengesizlik söz konusudur. Sonuçta sigortacılıkta bilgi eksikliği potansiyel iki yıkıcı etkiye sahiptir. Birincisi yanlış seçim, diğeri ise sigortacılık anlamında ahlaki zafiyetlerin ortaya çıkabilme eğilimidir⁴.

Sigortacılık işlemlerinin kendine özgü niteliği, başka bir anlatımla sözleşme öncesi müzakere, ikna ve hazırlık çalışmalarından başlayarak riskin gerçekleşip tazminat ödemelerinin yapılmasının söz konusu olacağı zamana kadar, takip gerektiren, dikkatli ve ihtiyatlı bir sürecin işletilmesi kaçınılmazdır. Sigorta şirketlerinin kendi kurumları ve şubeleri aracılığı ile bütün bu süreci takip edip sonuçlandırmaları hem çok maliyetli olmakta, hem de sigortanın amacı açısından istenmeyen durumlar ortaya çıkarabilmektedir. Sigorta şirketinin bünyesine uygun olarak oluşturduğu bazı servisler (istatistik, aktüerya, poliçe, reasürans, hukuk, teftiş servisleri gibi) iç teşkilatı oluşturur ve bu teşkilat anılan işlevleri yerine getirmek için yeterli değildir. Bu nedenle sigorta şirketleri prim üretimlerini artırabilmek ve gerçekleşen hasarları zamanında karşılayabilmek için dış teşkilat kurarlar. Dış teşkilat sigorta aracaları sayesinde oluşturulabilir.⁵

Sigorta aracaları, sigorta acenteleri ve brokerler olmak üzere iki gruba ayrılır.⁶ Sigorta acenteleri⁷, sigorta şirketi adına sözleşme yapma veya sadece sigorta sözleşmelerinin yapılmasına aracılık etme yetkisine sahiptirler.⁸ Si-

⁴ ABRAHAM, "Insurance Law", s.7.

⁵ Ali BOZER, *Sigorta Hukuku - Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri*, Ankara, 2007, 2. Baskı, s.15; Mustafa ÇEKER, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, 12. Baskı, Karahan Kitabevi, 2015, s.39.

⁶ 03.06.2007 tarih ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun "Tanımlar" başlıklı madde 2, fıkra (1), b) bendinde aracı olarak, sigorta acentesi ve broker zikredilmiş ve aynı maddede her iki aracının tanımı da yapılmıştır.

⁷ Acente kavramı, Türk doktrininde "acente" veya "agenta" imlası ile kullanılmaktadır. İMREGÜN, POROY/YASAMAN, TEKİNALP ve CAN "agenta" imlasını kullanmış; DOMANIÇ, ÇEKER, KAYIHAN, ARKAN, BOZER ve MOROĞLU ise "acente" imlasını tercih etmişlerdir. KENDER, 1995 tarihli Türkiye'de Hususi Sigortalar Hukuku isimli eserinde "agenta" imlasını, 1998 yılında yayımlanan Sigorta Acentelerinin Hakları isimli Tebliğinde ise "acente" imlasını, 2011 tarihli kitabında tekrar "agenta" yazımını tercih etmiştir. Sigortacılık Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu'nda da "acente" imlası kullanıldığı için bu çalışmada bu imla tercih edilmiştir.

⁸ TTK m.102/1 (6762 sayılı eski TTK m.116), acenteleri, aracılık yapan acenteler ve sözleşme yapma yetkisine sahip acenteler olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutmuştur. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu sisteminde ise sigorta acenteleri farklı iki tür olarak belirlenmiştir. Birincisi, yalnızca zorunlu sigortalar veya hayat sigortaları faaliyeti yürüten acenteler (bunların başka işle iştirgal etme yasağı yoktur ve yalnızca bu sigorta branşlarında işlem yapabilirler), diğeri ise zorunlu sigortalar veya hayat sigortaları ile sınırlı olmaksızın faaliyet gösteren acentelerdir (bunlar başka bir ticari faaliyette bulunamazlar).

gorta acentesi, sadece sigorta sözleşmesinin kurulması esnasında değil, aynı zamanda sözleşmenin yürürlükte bulunduğu süre içerisinde de sigortacının yardımcısı olarak bazı işlemleri yerine getirmektedir.

Sigortacılık Kanununun 23'üncü maddesi sigorta acentelerinin statüsüne ilişkin olup, anılan maddenin 18'inci fıkrası "Türk Ticaret Kanununun acentelere ilişkin hükümleri sigorta acenteleri hakkında da uygulanır" hükmünü getirmektedir.⁹ Sigortacılık sektörünü düzenleyen kanun olarak 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, Türk Ticaret Kanununa göre özel kanun niteliğinde olmakla beraber, düzenleyici ve denetleyici kanun niteliği dikkate alındığında sigorta şirketi ile onun acentesi arasındaki özel hukuk ilişkisine dair hükümlere yer vermesi esasen beklenen bir durum değildir. Ancak anılan kanunda eleştirilere sebebiyet vermekle beraber bu tür düzenlemelere yer verilmiştir. Bu çalışmanın konusu olan portföy tazminatı da yer verilen düzenlemelerden birisidir. Dolayısıyla acentelerle ilgili hükümler ve bu arada denkleştirme ödeneği TTK'de düzenlenmiş olmakla beraber sigortacılık sektörünün nitelikli durumuna binaen Sigortacılık Kanunu'ndaki ilgili hükümlere de özel kanun düzenlemesi niteliği ile müracaat edilebilecektir.

2. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİNDEN SONRA ACENTENİN HAKLARI BAĞLAMINDA PORTFÖY TAZMİNATI

TTK'nin 102. maddesinin 1. fıkrasında acente; *ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı hukukî konumu haiz olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticarî işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse* olarak tanımlanmıştır. Bu maddeye göre, acentenin unsurları, tacirin bağımsız yardımcısı olmak, bir ticarî işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmek veya bunları tacir adına yapmak, süreklilik, belirli alanda faaliyet göstermek, sözleşme yapma/sözleşmeye aracılık işini meslek edinmiş olarak icra etmek şeklinde sıralanabilir¹⁰.

⁹ 5684 sayılı Kanun sigorta acenteliği yapacakların niteliklerine ilişkin usul ve esasların yönetmelik ile belirleneceğini öngörmüştür. Nitekim bu konu ile ilgili olarak hazırlanan "Sigorta Acenteleri Yönetmeliği" 14.04.2008 tarihli ve 26847 sayılı Mükerrer Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş, anılan yönetmelik 22.04.2014 tarih ve 28980 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan yeni Sigorta Acenteleri Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yine Sigortacılık Kanununda düzenlenen TOBB Sigorta Acenteleri İcra Komitesi ile ilgili olarak "Sigorta Acenteleri Sektör Meclisi İle Sigorta Acenteleri İcra Komitesinin Kuruluş ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" 10.09.2008 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁰ Hüseyin ÜLGEN/Mehmet HELVACI/ Abuzer KENDİGELEN / Arslan KAYA / Ertan NOMER N. FÜSUN: *Ticarî İşletme Hukuku*, Beşinci (Tıpkı) Bası, XII Levha, İstanbul, 2015 s.773 vd.; Fatih BİLGİLİ/ Ertan DEMİRKAPI, *Ticarî İşletme Hukuku*, 5. Baskı, Dora, Bursa, 2014, s.128 vd.; Sabih ARKAN, *Ticarî İşletme Hukuku*, Yirminci Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara,

Sigorta acenteleri bağımsız tacir yardımcıları olmakla beraber kendileri de birer ticari işletmedir. Bir ticarî işletmenin değeri, çoğu kez o işletmenin maddi ve maddi olmayan unsurlarının ekonomik değerleri toplamının üzerindedir. Bu fazlalığın nedeni farklı saiklerle de olsa işletmeyle devamlı iş yapan bir müşteri topluluğunun (goodwill) bulunması¹¹ ve bu müşteri topluluğuna ekonomik bir değer atfedilmesidir.

Müşteri topluluğu daha çok sigorta acentesinin kişisel çabası sonucunda oluşmaktadır. Böylece müvekkili sigorta şirketinin iş çevresi genişlemekte, buna paralel müvekkile ait işletmenin değerinde bir artış meydana gelmekte hatta müvekkil acentenin temin ettiği müşteri çevresi ile ticarî ilişkilerini, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam ettirmek suretiyle ekonomik yarar sağlamayı sürdürmektedir.¹²

Sigorta acentesinin sigorta şirketi adına yaptığı sözleşmeler dolayısıyla kazanılan müşteri çevresi müşteri portföyü olarak adlandırılabilir. Bu durumda müşteri portföyünün sigorta acentesine mi yoksa sigorta şirketine mi ait olacağı sorunu gündeme gelecektir. Aracı acentelerin kazandırdığı müşteri portföyünün sigorta şirketine ait olacağı konusunda duraksama yoktur. Ancak sözleşme yapma yetkisine sahip acentelerde durum farklılaşmaktadır.

Sözleşme yapma yetkisine sahip acentenin müşteri portföyü üzerinde birtakım haklarının olduğu kabul edilmektedir. Türk doktrinindeki eğilim, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra müşteri portföyünün sigorta şirketine kalacağı yönünde olmakla beraber, sigorta acentesinin de bu hakkını denkleştirme ödeneği veya portföy tazminatı şeklinde ve hakkaniyet esasına dayalı olarak tahsil etmesi gerektiği yönündedir. Zira acentelik sözleşmesinin sona ermesi durumunda bu konuda kusursuz olan acente, artık bu müşteri çevresiyle yapılan sözleşmelerden ötürü komisyon alamayacaktır. Ancak ortada, acentenin sözleşme boyunca göstermiş olduğu acentelik faaliyetinin sonucu oluşmuş bir müşteri portföyü söz konusudur ve bu müvekkil sigorta şirketine ekonomik bir değer kazandırmaktadır.¹³

2015, s.203 vd.; Rıza AYHAN / Mehmet ÖZDAMAR / Hayretin ÇAĞLAR, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticarî İşletme Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.314 vd.; Sami KARAHAN, *Ticarî İşletme Hukuku*, 20. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2011, s.321-322.

¹¹ ARKAN, s.32.

¹² M. Çelebi CAN, *Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2006, s.81, (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2238/>, E.T.: 20.10.2015).

¹³ Reha POROY / Hamdi YASAMAN, *Ticarî İşletme Hukuku*, 9. Bası, İstanbul, 2001, s.202; Naci KINACIOĞLU, "Acentenin Komisyon İsteme Hakkı", *Adalet Dergisi*, Eylül-Ekim 1961, C. 52, S.9-10, s.946-951. s.72; ARKAN, a.g.k., s.209; Yaşar KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, C. I, Giriş-Ticarî İşletme, Ankara, 1968. s.535; Rayegan KENDER, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku I, Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi*, 7. Baskı, İstanbul, 2001, s.97.

2.1. Sigortacılık Kanunu Düzenlemesi

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, aşağıda incelenecek olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki düzenlemeye benzer ama ondan önce ve münhasıran sigorta acentelerine yönelik "portföy tazminatı" hakkını düzenlemiştir.¹⁴ Adı geçen kanunun 23'üncü maddesinin 15 ve 16'ncı fıkraları şu hükümlere yer vermektedir:

"(15) Sigorta acentesi, acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde, sigorta ettirenlerle yaptığı veya kısa bir süre içinde yapacağı işlerle ilgili sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği komisyona hak kazanır.

(16) Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra sigorta şirketi sigorta acentesinin portföyü sayesinde önemli menfaatler elde ediyor ve hakkaniyet gerektiriyorsa, sigorta acentesi, sigorta şirketinden tazminat talep edebilir. Ancak, sigorta acentesinin haklı bir nedene dayanmaksızın sözleşmeyi feshetmesi ya da kendi kusuruyla sözleşmenin feshine neden olması halinde tazminat hakkı düşer."

15'inci fıkrada düzenlenen kurum bir müşteri portföy tazminatı olmayıp, acentenin uğramış olduğu bir zararın karşılanmasını ifade eden zarar tazminatıdır ve daha ziyade Tekinalp/Çamoğlu'nun sözünü ettiği "sözleşme sonu akçası" kavramına yakın gözükmektedir.¹⁵ 16'ncı fıkrada düzenlenen tazminat ise portföy tazminatı olarak nitelenebilir. İsviçre BK m.418u düzenlemesi de müşteri portföy tazminatını hedeflemektedir. İsviçre yerleşik mahkeme içtihatlarına göre müşteri portföy tazminatı, acentenin sözleşme süresi boyunca icra ettiği faaliyetler karşılığında ödenen bir ek bedel niteliğinde olmayıp, müvekkil sigorta şirketinin sözleşmenin sona ermesinden sonra kullanmaya devam edebileceği ticarî değere yönelik bir denkleştirme tazminatıdır. Dolayısıyla müvekkil sigorta şirketinin, acentenin faaliyetinden dolayı sözleşme-

¹⁴ Sigortacılık Kanunu ile yasal mevzuata giren "portföy tazminatı" kavramı, doktrinde daha önce kullanılmıştır. Bu kavramı kullananlar için bkz.: POROY/YASAMAN: s.230; Erdoğan MOROĞLU, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı-Değerlendirme ve Öneriler*, 4. Bası, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s.72; Portföy tazminatı yerine "portföy hakkı" kavramını kullananlar için bkz.: Rayegan KENDER, "Sigorta Acentelerinin Hakları", *Sigorta Hukuku Dergisi*, 1998, S.1, s.119.; Oğuz İMREGÜN, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)*, 11. Baskı, İstanbul, 1996, s.137.; Bazı yazarlar ise "müşteri tazminatı" kavramını tercih etmişlerdir bkz.: Karayalçın, a.g.k., s.534; Ali BOZER, *Sigorta Hukuku*, Ankara, 1981, s.42; Şaban KAYIHAN, *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, Ankara, 2008, s.148.; "Sözleşme sonu akçası" ifadesi için bkz.: Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU, *Türk Ticaret Kanunu*, 8. Baskı, İstanbul, 1995, s.77.; "Portföy akçası" kavramı için bkz.: Ünal TEKİNALP, "Türk Hukukunda Acentenin "Portföy Akçası" Talebi", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, s.1.; Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 122'nci maddesi başlığı "denkleştirme istemi" olarak düzenlenmiş, benzer olarak ERDEM, "Denkleştirme talebi" kavramını kullanmıştır (Ercüment ERDEM, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)", Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, İstanbul, 2003, s.91).

¹⁵ TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.77-78.

nin sona ermesinden sonra da muhafaza ettiği katma değer için bir karşı edim ödemesi söz konusudur.¹⁶

2.2. 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi

Acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde acentenin hakları konusunun Sigortacılık Kanunundaki düzenlemesi yukarıda ifade edildi. Yürürlükteki TTK hükümleri ile de bir düzenleme getirilmiştir. Ancak özellikle acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde acentenin sigorta şirketi adına yaptığı sözleşmeler sonucu oluşturduğu müşteri çevresi üzerinde bir hakkının olup olmadığı hususu, 6762 sayılı eTTK'de düzenlenmemiştir. Bu durum, önceki dönemde acente ile sigorta şirketi arasındaki uyumsuzlukların en önemli sebebini teşkil etmekteydi.

Acentenin sözleşme sona erdikten sonraki haklarına ilişkin eTTK m.134 şü düzenlemeyi getirmektedir.

"Muhik bir sebep olmadan ve üç aylık ihbar müddetine riayet etmeksizin akdi fesheden taraf, başlanmış işlerin tamamlanmaması yüzünden diğer tarafın uğradığı zararı tazmine mecburdur.

Müvekkilin veya acentenin iflas veya ölümü yahut hacir altına alınması sebebiyle acentelik mukavelesi sona ererse, işlerin tamamen görülmesi halinde acenteye verilmesi gereken ücret miktarına nispetle tayin olunacak münasip bir tazminat acenteye yahut yukarıdaki hallere göre onun yerine geçenerlere verilir.

Görüldüğü üzere, eTTK 134/1 maddesi, geçerli bir sebep olmaksızın ve üç aylık bildirim süresine uymadan akdin feshedilmesi halinde akdi fesheden tarafın, başlanmış işlerin tamamlanmaması nedeniyle diğer taraf nezdinde oluşan zararın tazmin edilmesini amaçlayan bir hükümdü. Bu hüküm, Sigortacılık Kanunu'nun yukarıda zikredilen 23/15 maddesindeki düzenleme ile paralellik taşımaktadır.

eTTK 134/2 maddesi ile sözleşme sonrası döneme ilişkin bir tazminat hakkı düzenlenmekte idi. Ancak hükümlerle getirilen hakkın doğabilmesi hükümdede yer alan şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar şunlardır: Acentelik sözleşmesinin, müvekkilin veya acentenin iflas veya ölümü yahut hacir altına alınması nedeniyle sona ermiş olması gerekir. Bu hükme göre, acentelik sözleşmesinin başka sebeplerle sona ermesi halinde maddede öngörülen tazminat hakkının doğması mümkün değildir.¹⁷

¹⁶ H. KUBİLAY, Y. C. GÖKSOY, Ö. AYAN, ve A.H. YILDIRIM, *Türk Ticaret Kanunu*, Ticarî İşletme, C. I, İstanbul, 2004, s.374.

¹⁷ Zeynep REVA, "Acente Portföy Tazminatı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Yeri", Sigorta Araştırmaları Dergisi, S.2, Temmuz-2006, s.228.

Portföy tazminatı, acenteye Sigortacılık Kanunu 23/15 ve TTK 122/4'de (eTTK m.134) öngörülen tamamlanmamış işler sebebi ile değil, işletmeye kazandırdığı veya çevresini genişlettiği müşteriler sebebi ile verilmektedir. Bu tazminatın kabulünde hakkaniyet ilkesi egemen olmaktadır¹⁸. Acentenin bu özel hakkının, doktrinde farklı isimlerle anıldığı yukarıda ifade edilmişti¹⁹. Ancak önemli olan sigorta acentesinin portföy hakkına karşılık gelecek ödemenin hangi kavramla anılacağı değil, bu hakkın hangi esasa dayandırıldığı veya başka bir anlatımla hukuksal niteliğinin belirlenmesidir.

eTTK'nin 134/1 fıkrası ile başlanmış ve fakat tamamlanmamış işlerden doğan tazminat hakkı, ikinci fıkrası ile de tahdidi olarak sıralanılan hallere (ölüm, iflas, hacir altına alınma) ilişkin tazminat hakkı düzenlenmiştir. Bu düzenleme acente portföy tazminatına ilişkin değildir. Doktrinde Arkan, eTTK 134/2 hükmünün hakkaniyet ilkesi ve eTTK 22 maddesi gözetilerek geniş yorumlanması gerektiğini savunmuş²⁰, Kender eTTK 134'teki tazminatın portföy tazminatı olmadığını ve bu maddenin geniş yorumlanarak buradan portföy tazminatının kabulüne gidilmesinin hukuken mümkün olmadığını savunmuştur²¹.

İsviçre hukukunda portföy tazminatı İsviçre BK m.418u hükmüyle düzenlenmiştir. Burada acentenin portföy tazminatı hakkı şarta bağlanmıştır. Buna göre, acentenin müşteri sayısını hissedilir derecede artırması, müvekkilin müşterilerle olan iş ilişkilerinden sözleşmenin sona ermesinden sonra da faydalanabilmesi ve hakkaniyete uygun olması şartlarının varlığı halinde portföy tazminatı talep edilebilecektir²².

Alman hukukunda Alman Ticaret Kanunu m.89b gereğince, "denkleştirme talebi" şeklinde ifade edilen portföy tazminatı hakkı, belli şartların varlığı halinde gündeme gelir ve belli durumların varlığı halinde ortadan kalkar. Buna göre, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra da, acente tarafından sözleşme süresince temin edilmiş müşteri grubuyla işlem yapma konusunda, müvekkil avantaja sahip olduğu takdirde ve acente mevcut sözleşmelerin devamına veya muhtemel sözleşmelere ilişkin komisyon hakkını sözleşmenin sona ermesi nedeniyle kaybetmişse portföy tazminatı (denkleştirme talebi) gündeme gelecek ve hakkaniyete de uygun düşüyorsa acente tarafından talep edilebilecektir.

Sigorta şirketi ile acente arasındaki ilişkilerin kapsamlı bir şekilde düzenlendiği ve şirketlerle acenteler arasında tek tip sözleşme esaslarının hakim

¹⁸ Gülören TEKİNALP, *Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı*, İstanbul, 1972, s.35.

¹⁹ REVA, a.g.m., 9 numaralı dipnot.

²⁰ ARKAN, 2006, s.209.

²¹ Rayegan KENDER, "*Sigorta Acentelerinin Hakları*", *Sigorta Hukuku Dergisi*, 1998, S.1, s.127.

²² CAN, s.87.

olduğu Fransa'da portföy hakkı, hayat dışı sigortalarda 11 Ekim 1996'da değiştirilen 5.3.1949 tarihli, 49317 sayılı kararname ile, hayat sigortalarında da gene 11 Ekim 1966'da tadil edilen 28.12.1950 tarihli, 501608 sayılı kararname ile düzenlenmiştir.²³

2.3. Türk Ticaret Kanunu Düzenlemesi

Kanun'un "Denkleştirme İstemi" kenar başlıklı 122'nci maddesi şu düzenleme yer vermektedir:

II - Denkleştirme istemi

MADDE 122- (1) *Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra;*

a) Müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa,

b) Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve

c) Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa,

acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir.

(2) Tazminat, acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalamasını aşamaz. Sözleşme ilişkisi daha kısa bir süre devam etmişse, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama esas alınır.

(3) Müvekkilin, feshi haklı gösterecek bir eylemi olmadan, acente sözleşmeyi feshetmişse veya acentenin kusuru sebebiyle sözleşme müvekkil tarafından haklı sebeplerle feshedilmişse, acente denkleştirme isteminde bulunamaz.

(4) Denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez. Denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir.

²³ Fransa'da hayat dışı sigortalarla ilgili Sigorta Genel Acenteler Statüsünün 20'nci maddesi ile hayat sigortalılarına ilişkin statünün 21'inci maddesi hükümlerine göre sigorta genel acentesi, kendisine acentelik sözleşmesi ile belirtilmiş bölge içinde şirketi temsil yetkisini, azil dâhil herhangi bir nedenle bırakırsa aşağıdaki seçenekleri kullanma hakkın sahiptir.

a. Çalışmayı bırakan acente, sigorta şirketine bir halefini teklif edebilir. Bunun süresi hayat dışı sigortalarda iki aydır. Hayat sigortalılarında bir süre yoktur. Makul bir süre olmalıdır. Şirket, acentenin halefini kabul edip etmemekte serbesttir. Acentenin bu süreyi geçirmesi halinde, sigorta şirketi halef gösterilmesini ve tazminat ödenmesini reddedebilir.

b. Acente halef göstermez veya gösterilen halef reddedilmiş olursa, acente terk ettiği sigorta portföyünden dolayı telafi edici bir tazminat isteyebilir. Bu tazminatın miktarı taraflar arasında sulh yoluyla veya hakem bilirkişiler yoluyla saptanır.

(5) *Bu hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır.*

TTK'nin "Denkleştirme İstemi" kenar başlıklı 122'nci maddesi gerekçesinin ilgili kısmı aynen aşağıdaki gibidir:

Acentenin denkleştirme talebi Türk içtihat hukuku tarafından tanınmaktadır. Bu sebeple, Tasarının 122'nci maddesi yeni bir hukukî kurumu tanutmamakta fakat ilk defa kanunî düzenlemeye kavuşturulmaktadır. Çünkü Yargıtay 1996 yılında verdiği bir kararla olumlu bir kanun boşluğunu doldurmuş, hukukun geliştirilmesi yönünden önemli bir hizmet yapmış, ilkesel bir kararla denkleştirme talebinin dogmatik düzenine işaret etmiş, daha sonra içtihadını yerleştirmiştir.

Tasarının 122'nci maddesi, AET Yönergesinde yer alan, bu sebeple tüm AB üyesi devletlerin kanunlarında bulunan denkleştirme talebini, Yönerge temelinde, ancak Alman (Alm. TK.'nın 89b paragrafı) ve İsviçre (İsv. BK 418u) hükümlerine benzer şekilde düzenlemiştir. Bu talebin amacı ve niteliği tartışmalıdır. Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre işletmeye bağlanan müşteri kitlesinin sürekli olarak işletmeye kazanç sağladığı dikkate alınrsa bu talep acentenin işletmeye yaptığı katkının karşılığı olduğundan acenteye yardım düşüncesine dayanmaz. Hakkaniyet temeline oturtulduğu için de saf bir malî hak şeklinde nitelendirilemez. Diğer görüş uyarınca talep acenteyi feshin olumsuz sonuçlarından korur. Birinci fıkrada "tazminat" sözcüğü kullanılmış olmasına rağmen, talep klasik anlamda bir malvarlığı zararının giderilmesi olarak anlaşılamaz; ancak, öğretilde buna rağmen talebin geniş anlamda zararın giderilmesine yöneldiği yaklaşımı benimsenir.

Birinci fıkra, talebe hak kazanabilmenin şartlarını birbirine eklenir (kümlatif) tarzda belirtmektedir. Birinci bent, acentenin sağladığı, yani işletmeye bağladığı "yeni" müşterilerin, denkleştirme talebine hak kazanmanın şartı olduğunu ve bunların acente sözleşmesinin sona ermesinden sonra da işletmeye "önemli" çıkarlar sağlamakta devam etmelerinin de gerektiğini hükme bağlamaktadır. İkinci bentte yer alan (ikinci) şart işletmeye acente tarafından yeni müşteri kazandırılmış olması ve sözleşme devam etseydi acentenin, işletmeye kazandırdığı "yeni" müşteriler dolayısıyla ücret alacak olmasıdır. Sözleşmenin sona ermesi nedeniyle acente bu ücretleri yitirir. Acentelik sözleşmesine göre "yeni" müşteriler sebebiyle ücret sözleşmenin sona ermesine rağmen bir şekilde ödenmişse denkleştirme talebi ileri sürülemez. Burada ödenmediği söylenen kök ücret olup, bedelin tahsiline ve garanti edilmesine ilişkin komisyonlar dikkate alınmaz. Üçüncü şart ise, talebin hakkaniyete uygun olmasıdır. Bu şart bir taraftan acentenin gayretleri, imaj yaratma, müvekkili

ve ürününü tanıtmaya, diğer taraftan da bir rekabet piyasasında pay alma çalışmaları ile tanımlanır. Acente bu konularda olumsuz not almamış olmalıdır. Ürünün bilinen hatta tanınan bir marka olması acentenin gayretlerinin göz ardı edilmesini, "yeni" müşterilerin işletmeye gelmelerinin (yönelmelerinin) markaya bağlanmasını haklı gösteremez ve "hakkaniyet" unsurunda olumsuz sonuca varmanın gerekçesi olamaz. Rekabet piyasası günümüzde zaten markalar piyasasıdır. Güçlü, hatta tanınmış bir markanın da yeni müşterilerle buluşması için gayrete ihtiyaç vardır. Buluşma sağlanmışsa bunu sadece markaya bağlamak rekabet piyasası kurallarını önemsememek anlamına gelir. Her güçlü ve tanınmış markanın da "yeni" müşteriler edinmesi gayretle olur. Markanın tanıtılması kadar, kendisine yönelme sağlanması ve yönelmenin korunması da gayretle olur. Üçüncü şart, gayretin olduğu her halde (kural olarak) gerçekleşir; olumsuz tutum hakkaniyet şartının gerçekleşmesine engel kabul edilebilir.

Bu fıkra talebin hakkaniyet ile bağlantısını ortaya koymaktadır. Ancak tarafların üçüncü fıkranın aksini kararlaştırmalarına bir engel bulunmadığı şüphesizdir.

122'nci maddeye göre, denkleştirme talebine hak kazanabilmek için; acentenin sağladığı "yeni" müşterilerin acente sözleşmesinin sona ermesinden sonra da işletmeye "önemli" çıkarlar sağlamaya devam etmeleri, acentelik sözleşmesi devam etseydi acentenin "yeni" müşteriler dolayısıyla ücret alacak olması, denkleştirme talebinin talebin hakkaniyete uygun olması, acentelik sözleşmesinin acentenin kusurundan kaynaklanmamış olması gerekmektedir.

TTK'nin 122'nci maddesine göre, denkleştirme istemine hak kazanabilmek için; acentenin sağladığı "yeni" müşterilerin acente sözleşmesinin sona ermesinden sonra da işletmeye "önemli" çıkarlar sağlamaya devam etmeleri, acentelik sözleşmesi devam etseydi acentenin "yeni" müşterilerle yapılan yeni poliçeler dolayısıyla ücret alacak olması, denkleştirme talebinin hakkaniyete uygun olması ve nihayet acentelik sözleşmesinin sona ermesinin acentenin kusurundan kaynaklanmamış olması veya acentenin haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi kendisinin feshetmemiş olması gerekmektedir.

Buna göre ve kısaca denkleştirme istemi (portföy tazminatı)'nde bulunabilmenin koşulları maddeler halinde ve kümülatif olarak şunlardır²⁴:

1. Acentelik sözleşmesinin sona ermesi (Denkleştirmeye imkân verecek şekilde),
2. Acentenin yeni müşteriler kazandırması ve Müvekkilin kazandırılan bu müşteriler sayesinde önemli menfaatler elde ediyor olması,

²⁴ Arslan KAYA, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik (TTK m.102-123), Beta, İstanbul, 2013, s.232 vd.

3. Acentenin ücret kaybına uğraması,
4. Denkleştirme ödenmesinin hakkaniyete uygun olması

Anılan bu dört koşuldan ne kastedildiğinin, muhtemel somut davalarda maddi koşulların oluşup oluşmadığının analizi açısından biraz daha açmakta yarar görülmektedir.

2.3.1. Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermiş Olması

Denkleştirme isteminin ileri sürülebilmesi için öncelikle sigorta acentesi ile sigorta şirketi arasında geçerli bir acentelik sözleşmesinin bulunması ve bu sözleşmenin sona ermiş olması gerekmektedir. Bu şart aynı zamanda yukarıda sayılan diğer beş koşulun birincisi olmazsa olmazı konumundadır²⁵. Somut olayda acentelik sözleşmesi portföy tazminatına (denkleştirme istemine) imkân verecek şekilde sonlanmalıdır. Bu kapsamda taraflar arasındaki acentelik sözleşmesinin sona ermesi ihtimallerine değinmekte yarar vardır.

Bir kere acentelik sözleşmesi müvekkil şirket (sigorta şirketi) tarafından, haklı nedene dayalı olarak feshedilmiş olmamalıdır. Sözleşme hukukunda haklı nedene dayalı fesih ile geçerli nedenlere dayalı fesih ayrı kavramlardır. Haklı neden denildiğinde acentenin kusurlu davranışı veya mevzuata aykırılığın bulunması kastedilir. Tarafların acentelik sözleşmesine aykırılık teşkil eden her fiili haklı neden oluşturmaz. Haklı neden, fesih hakkını kullanan taraf bakımından acentelik sözleşmesini devam ettirmesini, dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenemeyecek duruma sokan olayları yani çekilmezliği ifade eder. Örneğin acentenin sürekli üzerine düşen ödevi yerine getirmemesi, müvekkil adına tahsil ettiği primleri müvekkile göndermemesi, iş sınırlarını başkalarına açıklaması, ticaret yerini tekel bölgesi dışına çıkarması, sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması bu bağlamda gerçeğe aykırı belgeler sunarak müvekkili yanıltması, müvekkil ile rekabet oluşturacak davranışlara girmesi v.b. durumlar haklı nedenlerin bazılarıdır.

Bu durumda örneğin acentelik sözleşmesinde önceden performans kriterlerini acentenin sağlayamaması bir fesih nedeni olarak belirlenmiş olsa bile bu haklı nedene dayalı fesih değil, geçerli nedene dayalı fesih olarak kabul edilmelidir²⁶. Geçerli nedene dayalı fesih, acentenin denkleştirme talebine (portföy tazminatı talebine) engel oluşturmaz.

²⁵ Özge AYAN, *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.149; Rauf Karasu, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008 C.57, S.4, s.288; İrfan AKIN, *Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman hukukundaki Yeni Gelişmeler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C.63, S.3, s.615; Mustafa İsmail KAYA, *Acentelik Hukuku*, Adalet yayınevi, Ankara, 2014, s.355.

²⁶ Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından 02.10.2012 tarih ve 20636 sayılı yazı ile 11.10.2012 tarih ve 21437 sayılı yazılarda Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü'ne sigorta acent-

Kısaca acentenin denkleştirme talebinde bulunabilmesi için, müvekkilin acentelik sözleşmesini, acentenin haklı neden sayılabilecek düzeydeki kusurundan dolayı feshetmemiş olması gerekmektedir. Acentenin kusurlu davranışları sonucu sözleşmenin feshedilmesi durumunda, acente kendi kusuruna bağlı bu fesihden dolayı denkleştirme talebinde bulunamaz²⁷. Ancak müvekkilin haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi durumunda, acentenin denkleştirme talebi gündeme gelebilir. Yine acentenin kusurunun "haklı neden" düzeyinde olması gerektiği de göz önüne alınmalıdır.

2.3.2. Acentenin Yeni Müşteriler Kazandırması ve Sigorta Şirketinin Bu Müşteriler Sayesinde Önemli Menfaatler Elde Ediyor Olması

Sözleşmesi sona erdirilen acente eski müvekkiline yeni müşteriler kazandırmış olabilir ancak bunların halen müvekkil şirketin müşterisi olarak sigorta şirketi ile çalışmaya devam ettiklerini kanıtlama yükümlülüğü acenteye aittir. Örneğin acentenin sözleşmesi sona erdirildikten sonra ilgili acente başka bir sigorta şirketinin acenteliğini yapmaya başlamış ve önceki portföyünü yeni şirkete taşımış olabilir. Yani fiili olarak sigorta acenteliği faaliyetini sürdürebilir. O halde önceki şirket acenteliği feshedildikten sonra, müşterilerini yeni acenteliğine taşıyıp taşımadığı, bunlardan ne kadarının eski şirkette kaldığı belirlenmelidir. Davacı davalı şirket acenteliğini yaparken portföyündeki müşterilerden hangilerinin davalı şirkette olduklarına ilişkin bir bilgi veya belge sunmadığı durumda bilirkişi heyetinin bunu bilme ve değerlendirme imkânı olamaz. Bildirdiği takdirde bunların doğru olup-olmadığı davalı beyan veya kayıtları incelenerek değerlendirilebilir, ya da davalı belge ve bilgi

telerinin haklarına ilişkin olarak çeşitli uygulamalar hususunda sorular sorulmuş, Müsteşarlıkça 01.11.2012 tarih ve 17348 sayılı yazı ile Müsteşarlığın görüşleri bildirilmiştir. Anılan yazıda;

a) "prim üretim ölçütleri önceden belirlenmeksizin üretim yetersizliği sebebiyle veya bağlı bulunan sigorta şirketince belirlenen riziko kabul esaslarına uygun biçimde acentelerce aracılık edilen sigorta sözleşmelerinden elde edilen prim gelirleri ile tazminat ödemeleri arasındaki dengesizlik nedeniyle portföyün verimli olmamasının gerekçe gösterilmesi gibi hallerin "acentenin kendi kusuruyla sözleşmenin feshine neden olması" kapsamında değerlendirilmesinin ve bu noktada acentenin tazminat hakkının düşmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı",

b) "...acentelik sözleşmeleri açısından haklı sebeplerden dolayı feshin ise mevzuata aykırılık ile acentenin kusurunun bulunması gibi halleri kapsadığı",

c) "...acentelik sözleşmesinde somut hükümler bulunmaksızın, komisyon oran ve/veya miktarının sigorta şirketi tarafından düşürülmesi halinin, acente bakımından haklı fesih nedeni olduğu..."

yönünde görüş bildirilmiştir. Bu görüşler esasen mevzuat ve yargısal uygulama ile çelişmemektedir. Ancak Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü'nün (ve Sigorta Denetleme Kurulu) sektörün bir anlamda düzenleyici ve denetleyiciliği görevini yürüten kamu idaresi olduğu ve kişiler arasındaki bireysel somut uyuşmazlıklar açısından karar mercii olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Bununla birlikte somut sektör uygulamalarını ifade etmesi açısından gerek öğreti gerekse yargıya ışık tutabilir.

²⁷ Acentelik sözleşmesinin butlanı halinde de acentenin kusurlu olup olmaması, denkleştirme talebinin ileri sürülebilmesi noktasında önem arz eder. Acente kendi kusurlu davranışları ile acentelik sözleşmesinin butlanına sebep olmuşsa, bu takdirde denkleştirme talebinde bulunamayacaktır. Detaylı değerlendirme için bkz. Ayan, s.150.

sunmaz ise davacının iddiası kanıtlanmış olabilir. Bu herkesçe bilinen ispat külfetinin kime ait olacağı kuralına karşın, davacının aksini iddia etmesi, ispat külfetinin davalıda olduğunu itirazında ifade etmesi anlaşılammamaktadır.

Müvekkil sigorta şirketinin acentenin portföyü sayesinde önemli menfaat elde ettiğinin belirlenmesi gereğine işaret eden yakın tarihli Yargıtay kararında şu sonuca varılmıştır:

"...5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 23/16. maddesi uyarınca, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra sigorta şirketi, acentesinin portföyü sayesinde önemli menfaatler elde ediyor ve hakkaniyet gerektiriyorsa, sigorta şirketinden tazminat talep edebilir, yani bir başka deyişle hüküm altına alınacak tazminat miktarı, sigorta şirketinin acentenin portföyü sayesinde elde ettiği menfaat miktarı kadardır.

*....belirlenen tazminat miktarı sigorta şirketinin acentenin portföyü sayesinde elde ettiği menfaati yansıtmamaktadır."*²⁸.

2.3.3. Acentenin Ücret Kaybına Uğraması

Acentenin sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle portföyü eğer müvekkil şirkette kalmış ise ücret kaybına uğrayacağı açıktır. Zira anılan müşterilere şirketin sattığı yeni poliçelerinden komisyon alamayacaktır. Bu kapsamda ücret kaybına uğrayıp uğramadığı yukarıda sözü geçen müşterilerin karar verileceği zaman kimin müşterisi olduğu tespitine bağlıdır. Davacı, bu müşterilerin şirkette kaldığını iddia ediyor ise belgelemelidir ki, ücret kaybına uğradığı saptanabilir.

2.3.4. Portföy Tazminatına Hükmedilebilmesinin Hakkaniyete Uygun Olması

Portföy tazminatı talebi ile dava açmış olan acentenin örneğin başka bir sigorta şirketinin aracısı olarak faaliyetine devam ettiği durumlarda, önceki müşterilerinin ne kadarını kendisi ile birlikte götürüp götürmediğinin tespiti gerekir. En azından önceki müşterilerin sigorta şirketinde kaldığının davacı acente tarafından kanıtlanması gerekir. Bu tür bir inceleme yapılmaksızın tazminata hükmedilmesi hakkaniyete uygun düşmeyebilir.

Zira hakkaniyet temeline dayandırılan portföy tazminatı, bu nedenle her somut olayda ortaya çıkan bu dengesizliğin varlığının araştırılmasını gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede acentenin çabası, kazandırdığı müşteri çevresi, müvekkilinin varsa marka değerine katkıları, sözleşmenin ne şekilde sona erdiği ve bunun karşısında müvekkilin bu müşteri çevresinden menfaat elde etmeye devam etmesi gibi hususların her somut olayda değerlendirilip, söz-

²⁸ YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ, E. 2015/4466, K. 2015/11816, T. 10.11.2015, www.kazanci.com, (E.T.: 10.10.2015).

leşme sonrası ortaya çıkan menfaat dengesizlikleri hakkaniyet temelinde tanınan denkleştirme talebi ile giderilmeye çalışılmalıdır.

Hakkaniyet şartı, bir taraftan acentenin gayretleri, imaj yaratma, müvekkili ve ürününü tanıtmaya, diğer taraftan da rekabet piyasasında pay alma çalışmaları şeklinde tanımlanır²⁹. Acente bu başlıklar altındaki faaliyetlerde gayret gösterip, başarılı olması durumunda denkleştirme talep etmeye hak kazanmış olacaktır. Hakkaniyet şartının değerlendirilmesinde somut olayın özellikleri, diğer şartlara göre daha fazla rol oynamaktadır. Hatta bir anlamda, diğer şartların gerçekleşmesinden sonra, bu şartların somut olayın özelliklerine göre genel bir yorumu veya hâkimin bir tür takdir alanıdır³⁰. Bu nedenle diğer şartlar gerçekleşse bile, denkleştirme talebinin hakkaniyete uygun olmaması durumunda bu talep ileri sürülemez. Dolayısıyla hakkaniyet, bir denetleme ölçütüdür; takdire imkân tanıdığı gibi düzenleyici ve talepteki çelişkileri önleyici bir işleve sahiptir³¹. Böylece yargılamalarda hâkim tarafından göz önünde bulundurulacak hakkaniyet ölçütü, kanun koyucu tarafından kanunda ayrı bir şart olarak düzenlenmek suretiyle, denkleştirme talebinin gerek varlık koşullarına gerekse miktarının belirlenmesine ilişkin değerlendirmedeki önemi vurgulanmıştır.

Kavramın uygulanmasını iyi anlamak için madde gerekçesine baktığımızda; gerekçe tanınmış marka altında satış yapılması durumunda da acentenin gayretlerinin göz ardı edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Özetle gerekçede, gayretin olduğu her halde (kural olarak) hakkaniyet şartının gerçekleştiği, olumsuz tutumun ise hakkaniyet şartının gerçekleşmesine engel olduğu kabul edilmektedir. Hakkaniyet değerlendirmesinde, acentenin acentelik sözleşmesi çerçevesindeki faaliyetleri ve müvekkile sunduğu hizmetler (markanın, faaliyetin, işletmenin tanıtımı, kazandırılan daimi müşteriler) göz önüne alınırken, acentenin sözleşmenin sona ermesinden sonraki sağlık durumu (gerçek kişi acenteler bakımından), mali gücü, sosyal durumu ve yaşı dikkate alınmaz³².

Diğer yandan hakkaniyet şartının denkleştirme talebi bakımından bağımsız bir şart olduğu da unutulmamalıdır. Hakkaniyet, sadece diğer şartların değerlendirilmesi için getirilen bir şart olmayıp, hakkaniyet şartının yerine gelmemesi durumunda denkleştirme de talep edilemez³³.

2.4. Yargıtay Uygulaması

Acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra sigorta acentesinin portföy tazminatı hakkına ilişkin olarak Yargıtay'ın SK ve Yeni TTK'nin yürür-

²⁹ TTK m.122/I-c) madde gerekçesi.

³⁰ AKIN, s.626-627.

³¹ KAYA, s.244; AKIN, s.627.

³² KARASU, s.299.

³³ AKIN, s.627.

lûge girmesinden önceki dönemde verdiği iki kararı ile sonraki kararlarını kısaca karşılaştırmak yerinde olacaktır. Zira önceki kararlarda aslında portföy tazminatı ile başlamış devam etmekte olan işlerden (sigorta poliçelerinden kaynaklanan prim alacağı) kaynaklanan sigorta acentesi alacağının birbirine karıştırıldığı görülmektedir.

10.5.1996 tarihli E.1996/2189 K.996/3335 sayılı 11'inci Hukuk Dairesi kararında, eTTK 134'üncü maddesine göre acentenin ancak sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi halinde tazminat isteyebileceği belirtilmiştir. Kararda tazminat hakkının, fesihde kusuru bulunmayan acentenin haleflerine tanınması esassından hareket edilmiştir. Yargıtay ilgili kararda:

"Davacı sigorta acentesi vekili, davalı sigortacının acentelik sözleşmesini haksız bir biçimde fesih ettiğini ileri sürerek, müvekkilince gerçekleştirilen hayat sigorta sözleşmeleri uyarınca davalı sigortacının sigorta ettirenlerden fesihten sonra tahsil ettiği primlerden dolayı müvekkiline ödenmesi gereken komisyon ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek bunun tahsilini talep etmiş bulunmaktadır.

Uygulama ile doktrinde "portföy tazminatı" olarak adlandırılan bu alacağın tahsil imkanı TTK'nın sigorta hükümlerinde düzenlenmediği gibi, Sigorta Murakabe Kanunu'nda bu konuda özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu durum karşısında uyuşmazlığın davanın niteliği ve davacının sıfatına göre, TTK'nın acentelik hükümleri ile BK'nın sözleşmenin feshi ile ilgili hükümlerine göre çözümlenmesi zorunlu bulunmaktadır.

... Fesihten sonraki komisyon alacağı (tazminat borcu) adı altında TTK'nın 134'üncü maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre acentenin ancak, sözleşmenin feshi halinde, başlanmış işlerin tamamlanmamasından dolayı uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi mümkündür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ölüm, iflas veya hacir altına alınma sebebiyle sözleşmenin sona ermesi hallerinde acentenin münasip bir tazminat isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü gibi, TTK'nın da sözleşmenin feshine kusurlu davranışlarıyla neden olan acentenin tazminat adı altında komisyon alacağını tahsil edebileceğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu hak ancak fesihte kusuru bulunmayan acente veya haleflerine tanınmıştır.

Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin feshi ile ilgili 108/2'nci maddesinde de sözleşmenin feshinde kusurlu olan tarafın akdin hükümsüzlüğünden dolayı tazminat isteyemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır."

Bu kararda görüldüğü üzere, eTTK'nın 134'üncü maddesi hükmü esas alınarak acentelik sözleşmesinin feshedilmesinde acentenin kusurlu olduğu göz önüne alınarak tazminat istenemeyeceği belirtilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20.6.1996 tarihli, E.1996/2084; K.1996/4544 sayılı kararında ise sözleşmenin feshinde kusurlu olmayan acentenin durumu ele alınmıştır. Müvekkili sigorta şirketi için iyi bir çalışma gösteren acentenin durumunu analiz etmesi açısından anılan kararın ilgili kısmını aynen aktararak değerlendirmek yerinde olacaktır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20.6.1996 tarihli kararından, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, acentelik sözleşmesinin feshinden sonra acentenin kendi döneminde oluşturulan uzun süreli inşaat sözleşmesi nedeniyle sigorta ettiren tarafından sigortacıya ödenen primlerden dolayı hak talep edip edemeyeceği noktasında toplandığı anlaşılmaktadır.

Yerel mahkeme kararının temyize gitmesi üzerine konuyu tetkik eden Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yukarıda değinilen 10.5.1996 tarihli kararında olduğu gibi, doktrinde "portföy tazminatı" olarak isimlendirilen bu alacağın tahsili konusunda TTK ve Sigorta Murakabe Kanununda³⁴ bir hüküm olmadığına ve konunun TTK ve Borçlar Kanunu hükümlerine göre çözümlenmesinin zorunlu olduğuna değinerek, sözleşmenin feshinden sonraki komisyon alacağının tazminat adı altında eTTK'nin 134. maddesinde düzenlendiğini, maddenin ilk fıkrasına göre acentenin ancak sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi veya ihbar süresine uyulmadan feshi halinde, başlanmış işlerin tamamlanmamasından dolayı uğradığı zararın tazminini isteyebilmesinin mümkün olduğunu, bu hakkın fesihte kusuru bulunmayan acente veya haleflerine tanındığını belirtmiştir. Kararda, İsviçre BK 418. maddesinde, acentenin kusuru sebebiyle akdin feshi dışında, acentenin tazminat adı altında mahrum kaldığı prim komisyon alacağını belli ölçüler içinde talep edebileceğine dair hüküm olduğuna değinilerek, Türk Borçlar Kanununun 108. maddesinde de sözleşmenin feshinde kusursuz olan tarafa sözleşmenin hükümsüzlüğünden dolayı oluşan zararın tazminini talep hakkı tanınmış bulunduğu temas edilmiş³⁵ ve "O halde, tüm bu açıklamalar karşısında bir acentenin sözleşmenin feshinde bir kusuru bulunmadığı takdirde kendi döneminde oluşturulan ve uzun süren sigorta sözleşmelerinden dolayı sigorta ettiren tarafından sigortacıya ödenen primler bakımından acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra mahrum kaldığı prim komisyon ücretlerinden dolayı muhik bir tazminat isteyebileceğinin kabulü gerekir..." yolunda hüküm verilmiştir.

³⁴ Sigorta Murakabe Kanunu anılan dönemde yürürlükteydi.

³⁵ Bu kararında Yargıtay, acentenin denkleştirme talebini kabul etmekle beraber, sözleşmenin acentenin kusuru olmaksızın sona ermesi koşulunu aramıştır. Karara dayanak olarak eBK 108 ve eTTK 134/2 maddelerini göstermiş ve ayrıca anılan maddeleri geniş yorumlamıştır. Kanımızca eBK 108, sözleşmeden dönme durumunda, kusurlu olan taraftan menfi zararı talep etme hakkı verir ki, bu denkleştirme talebi ile ilgili değildir. Nitekim TEKİNALP de aynı görüştedir (TEKİNALP, s.6).

İncelenen konu açısından bakıldığında 10.5.1996 tarihli Yargıtay kararında kabul edilen tazminat gerçekte portföy tazminatına işaret etmemektedir. Çünkü vurgu yapılan kavram "sigorta şirketine kazandırılan müşteri çevresi değil, acente tarafından aracılık edilmiş ve acentelik sözleşmesinin son bulmasından sonra da devam eden sigorta sözleşmelerinin priminden mahrum kalma karşılığında ödenen tazminattır. Bu ise SK m.23 f. 15 ile TTK m.121 f. 4'te düzenlenen kurumun karşılığıdır.

Yakın zamanda sigorta acentelerinin portföy tazminatı taleplerine ilişkin olarak Yargıtay tarafından verilen kararların hemen hemen tamamında SK m.23'ün temel alındığı görülmektedir. Bazı örnek kararlar aşağıda özet olarak ve ilgili kısımları itibariyle incelenmiştir.

"Dava, acentelik sözleşmesinin feshinden kaynaklanan portföy tazminatının tahsili istemine ilişkindir. 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 23/16. maddesi uyarınca, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra sigorta şirketi, acentesinin portföyü sayesinde önemli menfaatler elde ediyor ve hakkaniyet gerektiriyorsa, sigorta şirketinden tazminat talep edebilir, yani bir başka deyişle hüküm altına alınacak tazminat miktarı, sigorta şirketinin acentenin portföyü sayesinde elde ettiği menfaat miktarı kadardır.

Somut olayda, mahkemece benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda davacının son üç yıllık komisyon ücreti üzerinden oranlama yapılarak 37.125 TL portföy tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş olup, belirlenen tazminat miktarı sigorta şirketinin acentenin portföyü sayesinde elde ettiği menfaati yansıtmamaktadır. Bu durumda, mahkemece taraflardan portföy tazminatı konusunda delillerini sunması istenerek, acentenin davalı adına ne tür poliçeler düzenlediği, bu poliçelerin süreleri, davalının ne gibi önemli menfaatler elde edeceği ve hakkaniyet ilkesi gereğince portföy tazminatı gerekip gerekmediği belirlenerek, gerektiğinde 818 sayılı BK'nın 42. maddesine göre tazminat miktarı takdir edilerek neticesine göre bir karar vermek gerekirken, yanlıgılı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır."³⁶

Yargıtay, sigorta acentesinin sözleşmesinin sigorta şirketince haklı nedenle feshedilmesi durumunda acente lehinde portföy tazminatına hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı aynen aşağıya alınmıştır:

"Dava, acentelik sözleşmesinin feshinden kaynaklanan portföy tazminatı ile birikmiş komisyon alacağıının tahsili istemine ilişkin olup mahkemece, davalının acentelik sözleşmesini fesihte haksız olduğu, dolayısıyla davacının portföy tazminatına hak kazandığı, ayrıca bakiye komisyon alacağıının da bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Ancak, bu davanın ta-

³⁶ YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ, E. 2015/4466, K. 2015/11816, T. 10.11.2015, www.kazanci.com, (E.T.: 10.10.2015).

rafları arasında görülen ve Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşen Beyoğlu 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2008/36 Esas, 2009/178 Karar sayılı dosyasında, davalı sigorta şirketinin acentelik sözleşmesini haklı nedenlerle feshettiği hükme bağlanmış olup artık bu hususun tartışma konusu yapılması söz konusu değildir. Bu itibarla, mahkemece, davalı sigorta şirketinin taraflar arasındaki acentelik sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi karşısında acente lehine 5684 sayılı Kanun'un 23/16. maddesi uyarınca portföy tazminatına hükmedilemeyeceği gözetilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

5684 sayılı Kanun'un 23/15. maddesinde, sigorta acentesinin, acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde, sigorta ettirenlerle yaptığı veya kısa bir süre içinde yapacağı işlerle ilgili sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği komisyona hak kazanacağı düzenlenmiştir. Mahkemece söz konusu hüküm uyarınca davacının komisyon alacağı olduğu kabul edilerek bu miktar hüküm altına alınmış ise de somut olayda davacının bu madde kapsamında herhangi bir talebi bulunmamaktadır. Davacı, taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen oran üzerinden değil, daha düşük bir oran üzerinden kendisine komisyon ödendiğini ileri sürerek, sözleşmedeki orana göre hesaplanacak komisyonun tahsilini istemiş, mahkemece de eksik komisyon ödemesinin bulunmadığı tespit edilmiştir. O halde, davacı tarafca 5684 sayılı Kanun'un 23/15. maddesi uyarınca bir tazminat talebi olmamasına rağmen mahkemece talep olunmayan bir şeye hükmedilmesi de doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle de bozulması gerekmiştir³⁷.

Yine yakın tarihli bir kararında Yargıtay, yukarıda sözü edilen ve taraflar arasında belirlenen geçerli nedene dayalı olarak özellikle sigorta şirketince yapılan feshin haklı sayılmayacağı, zira haklı nedene dayalı fesihlerin öğretisi ve yargı uygulama ile belirlenebilir olduğuna dikkat çekmiş ve sigorta acentesi ile müvekkili şirket arasındaki uyuşmazlıkta SK m.23 ve TTK m.122 hükümlerini birlikte dikkate almıştır.

"Taraflar arasında 07.07.2008 tarihinde bir yıl süreli acentelik sözleşmesi imzalandığı, anılan sözleşmenin 22. maddesinde sözleşmenin herhangi bir sebeple feshedilmemesi veya sona erme tarihinden bir ay önce ihtarname ile diğer tarafa devam edilmemesi arzusunun bildirilmemesi halinde kendiliğinden birer sene müddet için aynı şartlarla yenileceğinin kararlaştırıldığı, 14.07.2010 tarihli ihtarname ile davalı-birleşen davanın davacısının sebep göstermeden akdi feshettiğini karşı tarafa bildirdiği hususları uyuşmazlık konusu değildir. Yapılan yargılama ve toplanan kanıtlardan davalı-birleşen davanın davacısının savunmasında bildirdiği fesih sebeplerinin yerinde olmadığı, sözleşmeyi haksız şekilde

³⁷ YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ, E. 2013/17517, K. 2014/18559, T. 28.11.2014, www.kazanci.com, (E.T.: 14.11.2015).

feshettiği ortaya çıkmıştır. Mahkemece, bilirkişi raporuna itibar edilerek yazılı şekilde davacı-birleşen davanın davalısı lehine portföy tazminatına hükmedilmiştir. Ancak, portföy tazminatı bakımından yapılan değerlendirme yerinde görülmediği gibi bu yönüyle hükme temel alınan bilirkişi raporu da karar vermeye elverişli değildir. Genel olarak portföy tazminatı, acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra, bu ilişki devamı boyunca acentenin kişisel gayretiyle yarattığı müşteri çevresinden akidinin halen yararlanması, acentenin ise yararlanmaması nedeniyle uğradığı kaybın karşılığıdır. Somut olaydan sonra yargılama sırasında yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nun 122. maddesinde açıkça 'denkleştirme istemi' olarak tanımlanan, doktrinde de 'müşteri tazminatı', 'portföy tazminatı', 'portföy akçesi' olarak da ifade edilen bu tür tazminat dava konusu uyuşmazlığa uygulanan mülga 6762 sayılı TTK'nun sigorta hükümlerinde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, anılan Kanununun 134. maddesinde muhik bir sebep olmadan ve üç aylık ihbar müddetine riayet etmeksizin akdi fesheden tarafın, başlanmış işlerin tamamlanmaması yüzünden diğer tarafın uğradığı zararı tazmine mecbur olduğu, müvekkilin veya acentenin iflas veya ölümü yahut hacir altına alınması sebebiyle acentelik mukavelesi sona ererse, işlerin tamamen görülmesi halinde acenteye verilmesi gereken ücret miktarına nispetle tayin olunacak münasip bir tazminatın acenteye yahut yukardaki hallere göre onun yerine geçenlere verileceği hükme bağlanmıştır. Fesihden sonraki tazminat alacağı bu şekilde belirlenmiştir. Ayrıca, dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan ve uyuşmazlığa uygulanması gereken 5684 sayılı Sigorta Kanununun 23/16. maddesi uyarınca sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra sigorta şirketi sigorta acentesinin portföyü sayesinde önemli menfaatler elde ediyor ve hakkaniyet gerektiriyorsa, sigorta acentesi, sigorta şirketinden tazminat talep edebilecektir.

Somut olayda hükmedilen portföy tazminatı, taraflar arasındaki sözleşmenin yürürlükte kaldığı süre itibarıyla ortalama günlük net komisyon alacağı dikkate alınarak bir yıllık süreye göre tayin edilmiştir. Ancak, bu hesaplama yapılırken davacı-birleşen davanın davalısı acentenin, davalı-birleşen davanın davacısı adına ne tür poliçeler düzenlediği, bu poliçelerin süreleri, davalı-birleşen davanın davacısının ne gibi önemli menfaatler elde edeceği ve hakkaniyet ilkesi gereği portföy tazminatı verilmesinin gerekip gerekmediği hususları tartışılmamıştır. Bu durum karşısında, davalı-birleşen davanın davacısı vekilinin, bilirkişilerin uzmanlığı da dahil olmak üzere rapora yönelik itirazları üzerinde durulup, portföy tazminatı isteminin buna göre değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken...³⁸ demek suretiyle, davalı sigorta şirketine acentenin ne tür menfaatler kazandırdığının belirlenmesi ve hakkaniyet ilkeleri üzerinde durulmuştur.

³⁸ YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ, E. 2013/16672, K. 2014/17367, T. 11.11.2014, www.kazanci.com. (E.T.: 14.11.2015).

KAYNAKÇA

- Ali BOZER, *Sigorta Hukuku*, Ankara, 1981.
- Ali BOZER, *Sigorta Hukuku, Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri*, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- Arslan KAYA, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik* (TTK m.102-123), Beta, İstanbul, 2013.
- Erdoğan MOROĞLU, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarısı Taslağı-Değerlendirme ve Öneriler*, 4. Bası, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006.
- Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, Dora, Bursa, 2014.
- Gülören TEKİNALP, *Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı*, İstanbul, 1972.
- H. Ercüment ERDEM, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)", *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp'e Armağan, Yıl: 2003, Cilt 1 (s.91-118).
- H. KUBİLAY/Y. C GÖKSOY/Ö. AYAN, ve A.H. YILDIRIM, *Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme*, C. I, İstanbul, 2004.
- Hüseyin ÜLGEN/ Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA/ Ertan NOMER ve N. FÜSUN: *Ticari İşletme Hukuku*, Beşinci (Tıpkı) Bası, XII Levha, İstanbul, 2015.
- İrfan AKIN, "Acentenin Denkleştirme Hakkı ve Alman Hukukundaki Yeni Gelişmeler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.63, S.3.
- Kenneth S ABRAHAM, *Insurance Law and Regulation-Cases and Materials-*, Fifth Edition, Foundation Press, New York, 2010.
- M. Çelebi CAN, *Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara Üniversitesi SBE Özel Hukuk ABD, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2006, (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2238/>, E.T.: 20.10.2015).
- Malcolm A. CLARKE, *Policies and Perceptions of Insurance Law in Twenty-First Century*, First Published, New York, 2005.
- Mustafa ÇEKER, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, 12. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2015.
- Naci KINACIOĞLU, "Acentenin Komisyon İsteme Hakkı", *Adalet Dergisi*, Eylül-Ekim 1961, C. 52, S.9-10, s.946-951.
- Oğuz İMREGÜN, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)*, 11. Baskı, İstanbul, 1996.
- Özge AYAN, *Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı*, Seçkin, Ankara, 2008.
- Rauf Karasu, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentanın Denkleştirme Talebi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C.57, S.4.

- Rayegan KENDER, "*Sigorta Acentelerinin Hakları*", *Sigorta Hukuku Dergisi*, S.1, 1998.
- Rayegan KENDER, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku I: Sigorta Müessesesi- Sigorta Sözleşmesi*, 7. Baskı, İstanbul, 2001.
- Rayegan KENDER, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku: Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi*, Güncelleştirilmiş On Birinci Baskı, XII Levha, İstanbul, 2011.
- Reha POROY/ Hamdi YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 9. Bası, İstanbul, 2001.
- Rıza AYHAN/Mehmet ÖZDAMAR/Hayrettin ÇAĞLAR, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Sabih ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, Yirminci Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2015.
- Sami KARAHAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 20. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2011.
- Şaban KAYIHAN, *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, Seçkin, Ankara, 2008.
- Ünal Tekinalp, "*Türk Hukukunda Acentanın 'Portföy Akçası Talebi'*", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998.
- Ünal TEKİNALP/Ersin ÇAMOĞLU, *Türk Ticaret Kanunu*, 8. Baskı, İstanbul, 1995.
- Yaşar KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku*, C. I, Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968.
- Zeynep REVA, "*Acente Portföy Tazminatı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Yeri*", *Sigorta Araştırmaları Dergisi*, S.2, Temmuz-2006.

Yargıtay Kararları

- YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ, E. 2013/16672, K. 2014/17367, T. 11.11.2014, www.kazanci.com. (E.T.: 14.11.2015).
- YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ, E. 2013/17517, K. 2014/18559, T. 28.11.2014, www.kazanci.com, (E.T.: 14.11.2015).
- YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ, E. 2015/4466, K. 2015/11816, T. 10.11.2015, www.kazanci.com, (E.T.: 10.10.2015).

Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Dönemi

Le Période de Contrôle Concret de Constitutionnalité des Normes Dans la Justice Constitutionnelle Française

*Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN**

Özet

2008 yılında Fransa'da yapılan Anayasa Reformu, Fransız Anayasa Yargısına "somut norm denetimini" getirerek bireylerin dolaylı da olsa Anayasa Konseyi'ne ulaşmasının önünü açmıştır. "Öncelikli anayasallık sorununun" gündeme geldiği Fransız sistemindeki bu yeni dönem, doktrinde tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Kara Avrupası'ndaki bir çok ülkede, bireylerin anayasa yargısına doğrudan ulaşmasına "bireysel başvuru yolu" ile imkan tanınmışken, Fransa'da ancak Yargıtay veya Danıştay filtresinden geçerek Anayasa Konseyi önüne gelebilme imkanının yeni sağlanması, temel hak ve özgürlükler adına düşündürücüdür. Söz konusu değişikliklerle birlikte, görülmekte olan bir davada, yasal düzenlemeyle Anayasada düzenlenen herhangi bir hak ve özgürlüğün ihlal edildiği ileri sürülebilmektedir. 2010'da yürürlüğe giren somut norm denetimi ile a priori denetim usulünü kabul etmiş Fransa, böylelikle a posteriori denetim usulünü de anayasa yargısı sistemine dahil etmiştir. Böylelikle, 1958 Fransız Anayasası'nın siyasi mülahazalarla oluşturduğu Anayasa Konseyi, kuruluşundan ancak elli sene sonra temel hak ve özgürlükleri korumak adına bir adım daha yol alabilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Anayasa Yargısı, Fransız Anayasa Konseyi, Somut Norm Denetimi, A Posteriori Denetim, 2008 Anayasa Reformu.

Résumé

La réforme constitutionnelle de 2008 a composé "le contrôle concret de constitutionnalité des normes" dans la justice constitutionnelle française pour que les individus, même si indirectement, puissent saisir le Conseil constitutionnel. Tout d'abord, "la question prioritaire de constitutionnalité" est une nouvelle voie de droit qui a fait commencer du discours doctrinal dans le système français. Dans la plupart des Etats européens pratiquent le "recours individuel" à la justice constitutionnelle, mais cependant le Conseil constitutionnel français peut être saisine d'une question préalable par les tribunaux ordinaires et donc ce filtrage

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, ebrukaraman@beykent.edu.tr

exercé par le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation préoccupe au nom des libertés et des droits fondamentaux. Il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, le 1^{er} mars 2010, on a adopté le contrôle concret et a posteriori devant le Conseil constitutionnel. Ainsi, cinquante ans après sa fondation, le Conseil constitutionnel qui est formé des arguments politiques avait un peu avancé pour protéger des libertés et des droits fondamentaux.

Mots-Clés

Justice Constitutionnelle, Conseil Constitutionnel Français, Contrôle Concret de Constitutionnalité des Normes, Contrôle a Posteriori, Réforme Constitutionnelle de 2008.

GİRİŞ

Fransız geleneği, yasaların anayasaya uygunluğunun her türlü denetimine uzun süre düşmanca bir tutum sergilemiştir. Bu dönemdeki anayasa uygunluk denetimi fikri, “yasaların egemenliği dogması” ve “yasamanın yanılmazlığı miti” ile çelişmekteydi. Çoğunluğun ve halkın iradesinin ifadesi olan yasalar, ancak halkın bizzat kendisi ya da temsilcisi aracılığıyla tartışmaya açılabilirdiğinden, yasaların anayasaya uygunluğunu incelemekle görevli bir kurumun varlığı ancak V. Cumhuriyet Dönemin’de gerçekleşebilen bir yenilik olmuştur¹.

Siyasi bir denetim aracı olarak kurulan Anayasa Konseyi’nin, soyut norm denetiminin süreç içerisinde yargısallaşmasından sonra, 23 Temmuz 2008 Anayasa Değişikliği ile, oluşumunu tamamladığı ileri sürülmektedir². Ancak anayasaya uygunluk denetiminde yetkili bir özel mahkeme öngören sistemi benimseyen çoğu Kara Avrupası ülkesinde olduğu gibi, Fransız anayasa yargısında temel hak ve özgürlüklerin ihlali halinde, bireylerin doğrudan Anayasa Konseyi’ne ulaşabilme imkanı yoktur. Fransız anayasa yargısının bu yönü dikkate alındığında, gelişim sürecini tamamladığını söylemek pek mümkün değildir.

2008 değişikliği sonrası Fransız Anayasası’nın 61-1. maddesi, bir mahkeme önünde görülmekte olan bir davada, yasal düzenlemenin Anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal ettiği ileri sürüldüğü takdirde, bu sorun hakkında Danıştay veya Yargıtay’ın belirli bir süre içerisinde vereceği kararlar Anayasa Konseyi’ne başvurulabileceğini düzenlemektedir³.

¹ Jean-Claude Zarka, *Introduction au Droit Constitutionnel*, 5.éd., Ellipses, Paris, 2014, s.58.

² Guillaume Tusseau, “La Fin d’Une Exception Française”, *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, Pouvoirs, Revue Française d’Etudes Constitutionnelles et Politiques, N.137, Seuil, 2011. s.7.

³ Eric Sales, “La Question Prioritaire Constitutionnalité (QPC) en France: une Réforme Majeure a l’Epreuve de sa Première Année d’Existence”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, N.2, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.23.

Bu çalışmanın ilk bölümünde, söz konusu değişiklik öncesi “klasik Fransız anayasa yargısı” kapsamında Fransız anayasa yargınının gelişimi ve Fransız Anayasa Konseyi’nin yapısı açıklanmakta; ikinci bölümde, temel hak ve özgürlüklerin korunması çerçevesinde Fransız anayasa yargısında yeni bir dönem olarak kabul edilen ve 2008 Reformuyla sisteme dahil edilen “somut norm denetimi” ile doktrin tartışmaları üzerinde durulmaktadır.

I. KLASİK FRANSIZ ANAYASA YARGISI

A. Fransız Anayasa Yargısının Gelişimi

İlk kez 1958 Fransız Anayasası özel bir kurum olarak Anayasa Konseyi’ni öngörmüştür⁴. 1958 Anayasası’nın ilk halinde, Anayasa Konseyi, kanunların yayınlanmasından önce sadece Cumhurbaşkanı, Başbakan, Senato ve Millet Meclisi’nin başkanları tarafından görevlendirilebilirdi. Soyut norm denetiminin, kanunların yürürlüğe girmesinden önce gerçekleştirilen *a priori* bir denetim olması ve bu denetim mekanizmasının harekete geçmesinde başka aktörlerin yetkisinin olmaması; Anayasa Konseyi’nin siyasi niteliğini göstermekle birlikte, Parlatentonun yetkilerini kötüye kullanmasına karşı bir ağırlık olarak düşünüldüğünün göstergesidir⁵.

Fransız anayasa yargısının siyasal bir organ olmaktan çıkıp anayasal model haline gelmesindeki ilk önemli aşama, 16 Temmuz 1971 tarihli Anayasa Konseyi’nin içtihadıdır. Anayasa Konseyi, bu tarihe kadar verdiği kararlarda, yasal düzenlemeleri temel hak ve özgürlüklerin ihlali açısından değerlendirmekten kaçınmıştır⁶. Söz konusu kararla Anayasa Konseyi, yasal düzenlemenin Anayasa’nın başlangıcına ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Böylece, kanunun anayasaya uygunluk denetiminde sadece anayasa metniyle değil, “**anayasallık bloku**” olarak adlandırılan anayasal değerlerde ilkeleri de dikkate alarak değerlendirme yapılmaya başlanmıştır⁷. Diğer bir ifadeyle, bu karar sayesinde Anayasa Konseyi, Anayasa’nın başlangıcını “Anayasallık Bloku” olarak adlandırdığı anayasal referans normlara dahil ederek temel hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin güvencelere aykırılığı yaptırıma bağlamıştır. Böylelikle, 1958 Anayasası’nın atıf yaptığı 1789 İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, 1946 Anayasası’nın başlangıcı ile burada değinilen

⁴ Ancak kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi için IV. Fransız Cumhuriyeti’nde kurulan “Anayasa Komitesi” sembolik yetkilerinden dolayı işlevsel olamamıştır. “Anayasa Konseyi” ise, bunun ardından V. Fransız Cumhuriyeti’nde kurulmuştur. Bkz.: Hasan Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s.59.

⁵ Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2004, s.43.

⁶ Jean-Claude Acquaviva, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 5éd., Mémentos, Paris, 2001, s.196.

⁷ Acquaviva, *age.*, s.196.

“çağımız için gerekli siyasal, iktisadi ve sosyal ilkeler” ve 1958 Anayasası’nın başlangıcı ile burada yer alan “Cumhuriyet yasaları tarafından tanınmış temel ilkeler” Anayasa Konseyi’nin gittikçe daha fazla başvuracağı tükenmez bir metin ve ilkeler grubunu oluşturmaktadır⁸.

Fransız anayasa yargısının ikinci önemli aşaması ise, Anayasa Konseyi’nin rolünün Valery Giscard d’Estaing tarafından 29 Ekim 1974 Anayasa Reformu ile sağlamaştırılmasıdır. Anayasaya uygunluk denetiminin yargısallaşması sürecindeki bu reform ile kanunların anayasaya uygunluk denetiminde 60 senatör ya da 60 milletvekili tarafından Anayasa Konseyi’nin görevlendirilmesine izin verilmiştir⁹. Böylelikle, Anayasa Konseyi’nin görevlendirilmesinde, siyasi aktörler ya da siyasi stratejiler daha fazla etkili olmaya başlamış ve muhalefet tarafından da Anayasa Konseyi’ne başvurulabilmesi yolu açılmıştır¹⁰.

Fransız Anayasa Konseyi’nin 1981 yılında verdiği “ulusallaştırma” kararı anayasa yargısının gelişim sürecinde örnek niteliğindedir¹¹. Anayasa Konseyi, yasakoyucunun niyetini yargılamayı reddetmekle birlikte, yasa metnini de iptal etmiştir. Anayasa Konseyi aynı doğrultudaki 1982 tarihli “özelleştirme” kararında ise; Anayasa Konseyi’nin yasakoyucunun amaçlarını tartışmaya açıp siyasi bir kontrol yapamayacağını belirtmiştir¹². 1985 yılında Anayasa Konseyi’nin Nouvelle Calédonie içtihadıyla, kanunun tanımı değiştirilmiştir. Söz konusu karara göre; kanun, anayasaya saygı duymadıkça genel iradeyi ifade etmemektedir¹³. Anayasa Konseyi’nin birbirini izleyen 1981, birlikte varolan 1986’dan 1988’e, 1993’ten 1995’e ve 1997’den 2002’ye içtihatları, anayasacılığa saygı gösteren ve hukuk devletini gözetten bir anayasaya uygunluk denetiminin oluşmaya başladığını göstermektedir¹⁴.

Fransa’da kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, anayasa yargıcının içtihatlarıyla yavaş yavaş oluşturduğu bir eserdir. Doktrinde de “görevine kendini adanmış anayasa yargıcının” anayasaya uygunluk denetimini tatmin edici bir şekilde yaptığı kabul edilmektedir. Fransız anayasa yargısı, kanunun yayımlandıktan sonraki değişmezliği ve etkin bir anayasaya uygunluk denetimi

⁸ Jean Rivero, *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés*, 2.éd., Colleciton Droit Public Positif, Presses Universitaires d’Aix-Marseille et Economica, Paris, 1987, s.153.

⁹ Hugues Portelli, *Droit Constitutionnel*, 3.éd., Dalloz, Paris, 1999, s.288.

¹⁰ Tunç, *age.*, s.60.

¹¹ 19-20 Ocak 1981 tarihli, Fransız Anayasa Konseyi’nin *Güvenlik ve Özgürlük Kararı*, Bkz. Portelli, *age.*, s.289.

¹² Robert Etien, “*Faut-il Reformer Le Contrôle de la Constitutionnalité de la Loi en France?*”, Bkz. http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf (29/30 Eylül 2006)

¹³ 23 Ağustos 1985 tarih, 85-197 sayılı Fransız Anayasa Konseyi Kararı, Bkz. Portelli, *age.*, s.289.

¹⁴ Etien, *ae.*

gerekliliği arasında bir denge kurmak gerektiğini kabul ederek; somut norm denetimi yoluyla anayasa yargıcını görevlendirmemiştir¹⁵.

Hans Kelsen'e göre; yargı düzeni, bir çok katmandan oluşan katı bir hiyerarşidir. Bu hiyerarşinin önemli bir boyutu da anayasa tarafından korunan ilkelere kanunların zarar vermesini engellemektir¹⁶. Olması gereken halkın temsilcilerinin bu anayasal ilkelere uyararak kanun çıkarmasıdır. Anayasaya uygun olmadan çıkarılan kanunların denetimi ise; denetimin yapılaş zamanına göre "a priori denetim" ve "a posteriori denetim" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁷.

1958 Fransız Anayasası, yayınlanmamış kanunlara yönelik olan "a priori denetimi" kabul etmiştir. "Önleyici denetim" ya da "önceden denetim" olarak da ifade edilen bu denetim; kanunun parlamento tarafından kabulünden cumhurbaşkanınca Resmi Gazete'de yayınlanması arasındaki sürede Anayasa Konseyi tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetimidir. Diğer bir ifadeyle, kanunların anayasaya uygunluğunun a priori denetimi, kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmaktadır¹⁸.

Fransız Anayasası'nın ilgili 61. maddesi uyarınca; Organik kanunlar yayınlanmadan önce, 11. maddede adı geçen kanun teklifleri referanduma sunulmadan ve parlamento meclislerinin düzenlemeleri yürürlüğe konulmadan önce anayasaya uygunluk kararı verecek olan Anayasa Konseyi'ne sunulmalıdır (f.1). Aynı amaçlarla, kanunlar yayınlanmadan önce Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi Başkanı, Senato Başkanı veya 60 milletvekili ya da 60 senatör tarafından Anayasa Konseyi'ne gönderilebilir (f.2). Önceki iki fıkrada öngörülen hallerde, Anayasa Konseyi bir aylık süre içerisinde karar vermek zorundadır. Ancak, acil durumlarda ve hükümetin isteği üzerine, bu süre sekiz güne indirilebilir (f.3). Aynı hallerde, Anayasa Konseyi'ne başvuru, yayın süresini durdurur (f.4)¹⁹.

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde a priori denetim yoluyla iptal davası usulünün (soyut norm denetimi) öngörüldüğü bu sistemde, kanunlar Resmi Gazete'de yayımlandıktan sonra Anayasa Konseyi'ne başvurulması mümkün değildir. Diğer Avrupa ülkelerinin çoğundan farklı olan Fransız anayasa yargısında, dolaylı da olsa bireylerin başvurusuna kapalı olması, doktrinde hukuk devleti anlayışı karşısında geri kalmışlığının bir göstergesi olarak eleştirilmekteydi²⁰.

¹⁵ Etien, ae.

¹⁶ Yvan Potin, "La Reforme des Institutions Françaises – La Loi Constitutionnelle du 23 juillet 2008", Bkz. <http://www.creg.ac-versailles.fr/spip.php?article428>

¹⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 5.bs., Ekin Yayınları, Bursa, 2014, s.457.

¹⁸ Zarka, *age.*, s.62.

¹⁹ 1958 Fransız Anayasası md.61. Bkz. Ambassade de France en Turquie, *4 Ekim 1958 Fransız Anayasası*, Ankara, 2011, s.34.

²⁰ Özen Ülgen, "Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu", Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, 2014/1, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2015, s.592.

Bu konudaki ilk girişim, dönemin devlet başkanı François Mitterrand'ın 14 Temmuz 1989'da yaptığı açıklama ve daha sonra Bakanlar Kurulu'nun 28 Mart 1990'da yapmak istediği reformdur²¹. Kendisine bir hukuk kuralı aracılığıyla uygulanan yasamaya dair bir metnin anayasaya aykırı olduğunu düşünen bir davacıya, anayasaya aykırılığı itiraz yoluyla talep etmeyi mümkün kılacak bir hak tanımayı amaçlamaktadır. Söz konusu talebin yargıçlar tarafından sağlam temelli bulunması halinde, her yargı düzeninin en yüksek mahkemesi tarafından Anayasa Konseyi'ne gönderilebileceğine dair metin, Senato'nun esaslı değişimlere uğraması nedeniyle tamamlanamamıştır. Daha sonra, 1990 reformuna benzeyen 15 Şubat 1993 tarihli Georges Vedel'in raporunda da itiraz yoluyla anayasaya aykırılık öngörülmüş; ancak bu girişim de başarısızlıkla sonuçlanmıştır²². Sonuç olarak, 1990'lı yılların başında ikinci kez başarısızlığa uğrayan anayasa reformu tasarısı, Fransa'daki a priori denetimin varlığıyla baş edememiştir²³.

2001 yılında, doktrinde Louis Favoreu gibi ünlü anayasa hukukçuları, bireyin anayasa yargıcına doğrudan başvurusunu tavsiye etmiş; ancak Avrupa Hukuku'nun etkisinde kalmasına rağmen Fransa, bireysel başvuru yoluyla denetim konusunda da kararını olumsuz yönde vermiştir

Fransa'da a priori denetimin etkili ve gerçek bir denetim olup olmadığı tartışılmıştır²⁴. Buna göre;

1. Anayasa Konseyi sadece siyasi otoriteler tarafından görevlendirilebilir. Cumhurbaşkanı, Başbakan, Senato Başkanı ve Millet Meclisi Başkanı ve 1974 anayasa reformundan itibaren de 60 milletvekili ya da 60 senatör tarafından Anayasa Konseyi görevlendirilebilir. Siyasi otoritelerin Anayasa Konseyi'ni görevlendirmesi, anayasaya uygunluk denetiminin gelişimini engellemektedir. Parlamentonun kendisi yasama tartışmalarıyla anayasallık sorununu yürüttüğü için anayasaya uygunluk denetiminin gelişimi olamaz. Anayasa Konseyi'nin iptal riskinden kaçınmak için parlamenter tartışmalar sırasında metinler sık sık değiştirilmektedir. Böylece anayasaya uygunluk denetimi parlamentoyu engelleyici bir fonksiyonda bulunmuş olmaktadır²⁵.

²¹ 3 Mart 1989'da, *Le Monde Gazetesi'ne* Robert Badinter tarafından verilen ve daha sonra François Mitterrand'ın teklifinin temelini oluşturacak ifadeler: "Vatandaşların, kanun tarafından tanınan temel haklarına yargısal bir filtreleme aracılığıyla saygı duyabilmek için Anayasa Konseyi'ne kendilerinin başvurabilme olasılığını verme zamanı gelmiştir." şeklinde. Bkz.: Fanny Jacquolot, "La Procédure de la QPC", Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, N.40, juin 2013, s.1.

²² Jacquolot, *ae*.

²³ Hugues Portelli, "Projet de Loi Organique Relatif a l'Application de l'Article 61-1 de la Constitution", Rapport du Conseil Constitutionnel, (29 Eylül 2009), Bkz. <http://www.senat.fr/rap/108-637/108-637.html>

²⁴ Olivier Dutheil de Lamothe, "L'Effectivité et l'Efficacité du Contrôle de Constitutionnalité en France", Bkz. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/controloi.pdf, (Aralık 2006)

²⁵ Dutheil de Lamothe, *ae*.

2. A priori denetimde, kanunun kabulü ile yayınlanması arasında Anayasa Konseyi görevlendirilir. Bu sürede kanun ile anayasa uyumlu değilse, anayasaya uygunluk denetimi kararın yayını engelleyen bir etkiye sahiptir. Böylelikle söz konusu kanun ya da kanunun bir bölümü hukuk düzeninden kaybolmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Konseyi'nin müdahalesiyle anayasa tarafından korunan bir hakkı ya da özgürlüğü zarara uğratan bir kanun radikal ve soyut bir yaptırıma tabi tutularak ortadan kaldırılmaktadır²⁶.

A priori denetimde, taraflar olmadığı gibi sübjektif haklar da yoktur²⁷. Bireysel bir hak arama karara bağlanmamaktadır. Anayasa Konseyi'nde objektif olarak kanunun anayasaya uygunluğunun denetimi yapılmaktadır. Anayasal anlaşmazlık, kanunla anayasa arasındadır²⁸. Ancak düzeltici denetim olan “*a posteriori denetim*”, kanunun Resmi Gazete’de yayınlanmasından sonra yapılır. Anayasaya uygunluk denetiminin, kanunun yayınlanmasından sonra yapılması “*sonradan denetim*” denilmesine de neden olmuştur. Yürürlüğe girip hukuki sonuçlar doğurmuş bir kanunun, anayasaya aykırılığı halinde yaptırıma geç tabi olması, Anayasa Konseyi'nin görevli otoritesinin varlığından söz edilmesine neden olmuştur²⁹. Dolayısıyla a priori denetimin daha sağlam olduğu ve yasama tarafından hakların ve özgürlüklerin ihlaline karşı daha etkili bir koruma mekanizması sağladığı ileri sürülmektedir.

3. Anayasa Konseyi'nin kanun yürürlüğe girmeden yaptığı a priori denetim, soyut bir denetimdir. A posteriori denetimde ise; itiraz yoluyla vatandaşlara uygulanan kanun vesilesiyle anayasa yargıcı, somut bir denetim yapmaktadır. Soyut karakterli a priori denetim, parlamenter çoğunluğa rağmen vatandaşların korunmasında geniş bir etkinliğe sahiptir. A priori denetim, kanun yürürlüğe girmeden önce hakların ve özgürlüklerin ihlalinin yaptırıma tabi tutulmasına izin veren bir denetim şeklidir. Böylelikle “kontrol ve denge” teorisi bu denetim türünde daha iyi gerçekleşmektedir³⁰.

B. Fransız Anayasa Konseyi'nin Mevcut Yapısı

Siyasi hayatın düzenleyicisi olarak ortaya çıkan Fransız Anayasa Konseyi, yasakoyucunun sınırları içinden çıkmaya çalışması halinde, denetleme yaparak koruyucu rolünü oynamaktadır.

²⁶ Dutheiller de Lamothe, *ae.*

²⁷ Georges Abadie, “*Principe du Contradictoire et Procès Constitutionnel*”, Bkz. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/contradictoire.pdf, (13/16 Eylül 2000)

²⁸ Abadie, *ae.*

²⁹ Julien Bonnet, “*Les Conroles a Priori et a Posteriori*”, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, N.40, juin 2013, s.2-3.

³⁰ Dutheiller de Lamothe, *ae.*

Fransız Anayasa Konseyi dokuz üyeden oluşur. Yargıçların görev süresi objektif bir yaş sınırına bağlı olmaksızın dokuz yıldır ve bu süre uzatılmaz. Her üç yılda bir üyelerin üçte biri yenilenir. Üyelerden üçü Cumhurbaşkanı, üçü Millet Meclisi Başkanı, üçü de Senato Başkanı tarafından atanır³¹. Bu kişiler yetkilerini Parlatentonun her türlü etkisinden bağımsız olarak kendi takdirleri doğrultusunda kullanmak zorundadırlar. Atama yapan organların üzerinde Parlatentonun herhangi bir etkisi olmadığından, Fransa'da Anayasa yargıçlarının seçim usulü, diğer ülkelerle karşılaştırıldığında otoriterdir. Zira Avrupa modeli çerçevesinde, sadece Fransa'da üyelerin hepsi atama yoluyla belirlenir. Atamaların bu şekilde yapılması ise, seçimlerde kişisel ilişkileri ön plana çıkarmaktadır. Meclis Başkanlarınca yapılan atamalar sadece görüşünü almak amacıyla ilgili Meclisteki daimi komiteye sunulur³².

Bahsi geçen dokuz üyeden başka, eski Cumhurbaşkanı da hayatları boyunca Anayasa Konseyi'nin doğal üyesidirler. Bu hüküm, eski İtalyan başkanlarının hayatları boyunca senatör olmaları gibi, sadece Anayasa Konseyi'ne onursal bir aidiyet olarak görünmektedir³³. Ancak eski başkanın Anayasa Konseyi'ndeki varlığı ile siyasi tutumunun kararlarına yansıma olasılığı, tarafsızlığı açısından şüphe uyandırmaktadır. Nitekim bu durum, Georges Vedel tarafından hazırlanan anayasa raporu ile 2008 Anayasa değişiklikleri sırasında tartışılmış, eski başkanların Konsey'e doğal üyeliğinin kaldırılması önerilmiş, ancak eski başkânlara karşı kırııcı bir durum yaratmamak için mevcut statülerinin devam etmesine karar verilmiştir³⁴.

Fransız Anayasa Konseyi Başkanı, Cumhurbaşkanı tarafından atanır³⁵. Cumhurbaşkanı'nın Eşitlik halinde, Başkanın oyunun bulunduğu tarafa üstünlük tanınır. Buna ilişkin yazılı başka bir düzenleme olmadığından, Cumhurbaşkanı daha önceki örneklerde olduğu gibi, Konsey üyesini aynı zamanda Konsey başkanı olarak da 9 yıllığına atayabilir. Cumhurbaşkanı'nın tayin edeceği Anayasa Konseyi başkanı, Meclis başkanlarının tayin ettiği bir kişi olabileceği gibi, Konsey'in doğal üyesi de olabilir. Ayrıca, Anayasa Konseyi başkanına vekalet süresi hakkında herhangi bir düzenleme öngörülmediğinden, bu yasal boşluk

³¹ Valérie Goesel-Le Bihan, *Contentieux Constitutionnel*, Ellipses, Paris, 2010, s.78-79.

³² Simon-Louis Formery, *La Constitution Commentée (Article par article)*, 18.éd., Hachette Supérieur, Paris, 2015, s.119.

³³ Jean-Claude Colliard, "Un Nouveau Conseil Constitutionnel", La Question Prioritaire de Constitutionnalité", *Pouvoirs*, Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques, N.137, Seuil, 2011, s.157.

³⁴ Formery, *age.*, s.120.

³⁵ 1958 Fransız Anayasası md.56 Bkz. Ambassade de France en Turquie, *4 Ekim 1958 Fransız Anayasası*, Ankara, 2011, s.33.

Anayasa Konseyi başkanının bağımsızlığına tehdit oluşturabileceğine yönelik endişe uyandırmaktadır³⁶.

En hassas konu ise, üyelik yapısının ortak paydası olan iyi bir hukuki formasyondur. Ancak Fransız Anayasa Konseyi üyelerinin mesleki ya da hukuki açıdan uzman niteliğine sahip olmaları ya da uzun süreli mesleki deneyimlerinin olması gerekmez. Sadece Fransız vatandaşı olup medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmaları yeterlidir³⁷. Bu yönüyle Fransa, diğer birçok ülkeden farklılaşır³⁸. Ancak uygulamaya bakıldığında, çoğunluğunun hukuk formasyonu aldığı görülmektedir³⁹. Ayrıca Fransız Anayasası'nın 57. maddesi; Anayasa Konseyi üyeliği görevinin, bakanlık ve Parlamento üyeliği görevleriyle bağdaşmadığını düzenlemektedir⁴⁰. Diğer bir ifadeyle, bağdaşmazlık rejimi kısımidir⁴¹. Nitekim, Anayasa Konseyi üyeliğiyle bağdaşmayan diğer görevler organik kanunda tek tek sayılarak oldukça geniş tutulmuştur. Söz konusu bağdaşmazlık, Anayasa Konseyi'nin bağımsızlığını garanti etmek ve bunun akabinde kurumun gücünü kuvvetlendirmek için getirilmiştir⁴². Konsey üyelerinin bağımsızlıklarının garanti altına alınabilmesine yönelik bu kaygı, beraberinde bir dizi yasağı da getirmiştir. Anayasa Konseyi üyeleri, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Parlamento ya da hükümet üyelikleri yapamayacağı gibi, siyasi partilerde de sorumluluk alamazlar. Ancak görevlerinin onur ve bağımsızlıklarını tehlikeye sokmayacak şekilde kamu ve özel görevlerini sürdürebilirler⁴³.

Son olarak, Anayasa Konseyi üyeleri, Konsey'in yetkisine ilişkin sorunlarda kamuya karşı objektifliklerini ortadan kaldıracak her konuda dikkatli davranmak zorundadırlar. Bir başka ifadeyle, Konsey üyeliğinin zahmetli taraflarından birini oluşturan bu durum, üyelere ihtiyatlı olma zorunluluğunu getirmektedir. Nitekim, Konsey üyelerinin görevlerine başlamadan önce tarafsızlık ve kapalı tartışmalara saygı göstereceklerine dair yemin ettikleri de unutulmamalıdır. Ancak Anayasa Konseyi, 2008 yılında aldığı bir kararla, arşivlerini Fransız Anayasa Hukuku Derneği'nin incelemesine açarak onlara emanet etmiştir⁴⁴.

³⁶ Formery, *age.*, s.121.

³⁷ Philippe Ardant, Bertrand Mathieu, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 22.éd., L.G.D.J., Paris, 2010, s.118.

³⁸ İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Yargısı (Avrupa Modeli ve Türkiye)*, 4.bs., İmge Yayınevi, Ankara, 2007, s.43.

³⁹ Ardant, Mathieu, *age.*, s.119.

⁴⁰ 1958 Fransız Anayasası md.57 Bkz. Ambassade de France en Turquie, *4 Ekim 1958 Fransız Anayasası*, Ankara, 2011, s.33.

⁴¹ Kaboğlu, *age.*, s.52, dp.40.

⁴² Formery, *age.*, s.121.

⁴³ Ardant, Mathieu, *age.*, s.119.

⁴⁴ Ardant, Mathieu, *age.*, s.119.

II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASI ÇERÇEVESİNDE FRANSIZ ANAYASA YARGISI

A. 23 Temmuz 2008 Anayasa Reformuyla Başlayan Yeni Dönem

1. Somut Norm Denetiminin Özellikleri

2008 Anayasa Reformu, V. Fransız Cumhuriyeti'nin kurumlarının modernleştirilmesi projesinin bir parçasıdır. Söz konusu reformun yapılmasının 3 nedeni vardır:

- Vatandaşlara, bir yasa hükmünün anayasal düzenlemelere uymadığını ileri sürerek anayasa tarafından korunan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği gerekçesiyle anayasa yargısına başvurma hakkı tanımaktadır. Böylelikle vatandaşlarla anayasa yargısı arasında doğrudan bir bağ kurulmaktadır.
- Anayasaya aykırı olduğu tespit edilen hükümlerin yargı düzeninden temizlenmesi gerekmektedir⁴⁵.
- Anayasa Konseyi'nin, diğer yüksek mahkemelerin içtihatlarıyla uyumlu hale getirilerek iç yargı düzeninde anayasanın üstünlüğünü garanti altına almak gerekmektedir⁴⁶.

1958 Anayasası'na 23 Temmuz 2008 tarih ve 2008-724 sayılı Kanun'un 46-1. maddesi ile eklenen 61-1. maddesi, kanunların anayasaya uygunluğu sorununun "somut norm denetimi" yoluyla Anayasa Konseyi'ne taşınmasını düzenlemektedir. Söz konusu maddenin 1. fıkrası uyarınca; "Bir yargılama sırasında, kanuni bir düzenlemenin Anayasada garanti altına alınan hak ve özgürlüklere aykırı olması halinde, Anayasa Konseyi bu soruya Danıştay veya Yargıtay yollaması ile belirli bir sürede cevap verir."⁴⁷

Anayasa'da yapılan bu değişiklikte, bir mahkeme önünde görülmekte olan bir davada uygulanmakta olan bir yasal düzenlemenin Anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal ettiğinin davanın taraflarınca ileri sürülmesi halinde, davayı gören mahkemenin ve bu mahkemenin bağlı bulunduğu yüksek yargı organının verecekleri kararlarla sorunun Anayasa Konseyi önüne götürülebilmesi ve Konsey'in ilgili yasal düzenlemenin iptaline karar verebilmesi mümkün hale gelmiştir.

Aynı maddenin 2. fıkrasında, bu maddenin uygulanma koşullarının bir organik kanun ile düzenleneceği hükme bağlanmış ve bu doğrultuda, 7 Kasım 1958 tarih ve 58-1067 sayılı "Anayasa Konseyi Organik Kanunu"nda deği-

⁴⁵ Marc Guillaume, "La Question Prioritaire de Constitutionnalité", Justice et Cassation, Revue Annuelle des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation", 2010, s.1.

⁴⁶ Portelli, a.e.

⁴⁷ 1958 Fransız Anayasası md.61-1. Bkz. Ambassade de France en Turquie, 4 Ekim 1958 Fransız Anayasası, Ankara, 2011, s.35.

şiklik yapan 10 Aralık 2009 tarih ve 2009-1523 sayılı “Anayasa’nın 61-1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Organik Kanun” çıkarılmıştır. Böylelikle, mevcut maddenin uygulanma koşullarını belirleyen Organik Kanun, 10 Aralık 2009 tarihinde çıkmış ve 1 Mart 2010’da yürürlüğe girmiştir⁴⁸.

2008 Anayasa Reformunun getirdiği en büyük yenilik “*öncelikli anayasallık sorunu*” adı verilen bir “*a posteriori denetim*” yolunun kabulüdür. Böylece Fransa’da, hukuk devletine ilişkin bir adım daha atılmış ve uzun süredir a posteriori denetimi benimsemiş diğer Kara Avrupası ülkeleri arasına katılmıştır. Anayasa madde 61-1’in sağladığı bu denetim ile Fransa’da anayasaya uygunluk denetiminde yeni bir dönem başlamıştır. Artık somut norm denetimi yoluyla *a posteriori* bir kontrolün var olması söz konusudur. Dolayısıyla eğer bir yasa ya da yasa hükmü Anayasaya aykırı olmasına rağmen yürürlüğe girmişse, yargıçlar yasanın anayasa ile uyumluluğunu takdir etmekte yetkili hale gelmiştir.

2008 Anayasa Reformu ile, Anayasa Konseyi’nin kararlarının etkisini düzenleyen Anayasa’nın 62. maddesinde de değişiklik yapılmıştır. Buna göre, “61-1. madde uyarınca Anayasaya aykırılığı tespit edilen hüküm, Anayasa Konseyi kararının yayınlandığı tarihte ya da kararda belirtilen daha ileri bir tarihte yürürlükten kalkar. Bu kararın, hükmün uygulanmasıyla ortaya çıkmış sonuçlara etkisinin sınırları ve koşulları Anayasa Konseyi tarafından belirlenir”⁴⁹.

Fransız anayasa yargısında öngörülen “somut norm denetimi”, diğer bir ifadeyle “*öncelikli anayasallık sorunu*”, Türk anayasa yargısındaki somut norm denetimiyle paralellik göstermektedir. Ancak Fransız tipi somut norm denetiminin, sadece Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerle sınırlı olması, Anayasa Mahkemelerine yapılan bireysel başvurulara özgü bir durumdur. Yalnızca Anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarını kapsayan Fransız modeli, bu noktada Türk Hukuku’ndan ayrılmaktadır⁵⁰. Bu açıdan bakıldığında, Anayasa’nın hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan, devlet organlarının kuruluş ve işleyişini ya da bu organlar arasındaki yetki dağılımını düzenleyen hükümlerine aykırılıklar, somut norm denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte, Fransız tipi somut norm denetiminin referans normları, sadece Fransız Anayasa metni değildir. 1958 Anayasası’nın başlangıcında atfı yapılan 1946 Anayasası’nın başlangıç bölümü ve onun göndermesiyle 1789 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde yer alan hak ve özgürlükler, cumhuriyet kanunlarınca tanınan temel ilkeler ile 2004 Çevre

⁴⁸ Guillaume, *age.*, s.1.

⁴⁹ 1958 Fransız Anayasası md.62. Bkz. Ambassade de France en Turquie, 4 Ekim 1958 Fransız Anayasası, s.35.

⁵⁰ Ülgen, *age.*, s.594.

Şartı da, somut norm denetiminde referans alınacak temel hak ve özgürlükleri oluşturmaktadır⁵¹.

Fransız Anayasası'nın 61-1. maddesine göre, somut norm denetimi ile Anayasaya aykırılığı denetlenilecek normların “yasal düzenleme” niteliğinde olması gerekmektedir⁵². Diğer bir ifadeyle, parlamento tarafından onaylanmış olan kanun, organik kanun ve kanun hükmünde kararname gibi metinlerdir⁵³. Önemli olan, normun anayasaya uygunluğu denetlenirken, yüksek mahkemelerin o norma verdiği anlamdır. “Kanun” yerine “yasal düzenleme” kavramının Anayasakoyucu tarafından tercih edilmesi, kanun olmasa da kanun gücü ve etkisine sahip tüm yasal düzenlemelerin somut norm denetimi kapsamında olduğunun kabul edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla, yasama organınca onaylanmak suretiyle kanun gücünde kararname de yasama işlemi niteliğine sahip oldukları andan itibaren somut norm denetiminin kapsamına dahildir⁵⁴. Diğer bir ifadeyle, Fransız tipi somut norm denetiminde, anayasaya uygunluk denetiminin konusu, sadece kanun değil; yürürlükte olan tüm yasal düzenlemeler olarak belirlenmiştir.

2008 değişiklikleri sonucu, Fransız anayasa yargısında düzenlenen somut norm denetimini Türk anayasa yargısındaki somut normdan ayıran bir başka özellik ise, tüm mahkemelerin doğrudan Anayasa Konseyi'ne başvuru yapmayıp, sadece iki yüksek mahkeme aracılığıyla, onların süzgecinden geçtikten sonra başvuruların Anayasa Konseyi'ne iletilmesidir. Diğer bir ifadeyle, adli yargı düzeninin yüksek mahkemesi olan Yargıtay ve idari yargı düzeninin yüksek mahkemesi olan Danıştay incelemesinden geçtikten sonra başvuruların Anayasa Konseyi'ne iletilmesi usulü benimsenmiştir. Anayasaya aykırılık iddiası, bu iki mahkemenin yargı düzeninde yer alan tüm mahkemeler önünde ileri sürülebilir. Bunun tek istisnası, adli yargı düzeninde yer aldığı halde kanunla kapsam dışında bırakılan “*cour d'assises*”dir⁵⁵. Tüm mahkeme-

⁵¹ Bertrand Mathieu, “*La Question Prioritaire de Constitutionnalité: Une Nouvelle Voie de Droit*”, La Semaine Juridique, Edition Générale, 21 décembre 2009, N.52, s.613.

⁵² Mathieu, *age.*, s.611.

⁵³ “*12 Questions Pour Commencer*” Bkz.: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/decouvrir-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html#questions> (13.5.2015).

⁵⁴ René Chapus, *Droit Administratif Général*, C.I, 15.éd., Montchrestien, Paris, 2001, s.669.

⁵⁵ *Cour d'assises*, Fransız Ceza Yargılaması Kanunu'nun 231 vd. maddelerinde düzenlenen, bazı suçları yargılamakla görevlendirilmiş özel bir ceza mahkemesidir. Bunun yanı sıra, Uyuşmazlık Mahkemesi (*Tribunal des conflits*) ve Yüksek Hakem Mahkemesi (*Cour supérieure d'arbitrage*); aynı şekilde, cumhurbaşkanlarını ve bakanları yargılamak üzere özel olarak oluşturulan mahkemeler (*Haute Cour - La Cour de la Justice de la République*) de Yargıtay'ın alanında yer almaktadır. Sayıştay (*Cour des comptes*) ise, idari yargı sistemi içinde yer aldığından Danıştay tarafından incelenerek Anayasa Konseyi'ne gönderilebilmektedir. Seçim uyuşmazlıklarına ilişkin başvurularda ise, Anayasa Konseyi kendisine doğrudan yapılan anayasaya aykırılık iddialarını incelemektedir. Bkz.: Ülgen, *age.*, s.598.

ler vasıtasıyla doğrudan başvuru yapılması usulünün benimsenmemiş olması ise, Anayasa Konseyi'nin iş yükü altında boğulmasını önlemek isteğiyle açıklanabilir.

Fransız tipi somut norm denetiminin bir başka özelliği ise, anayasaya aykırılık sorununun mahkemelerce re'sen dikkate alınamamasıdır. Diğer bir ifadeyle, yalnızca görülmekte olan bir dava sırasında, sadece davanın tarafları uygulanacak yasal düzenlemenin anayasal hak ve özgürlüklerden birini ihlal ettiğini ileri sürebilirler. Anayasaya aykırılık iddiası, mahkeme tarafından re'sen dikkate alınamaz, zira Anayasa'nın 61-1. maddesi, anayasallık sorununun mahkeme tarafından re'sen ileri sürülmesini yasaklamasa da, Organik Kanun'un 23-1. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde, bu iddianın mahkemece re'sen dikkate alınamayacağı açıkça hükme bağlanmaktadır⁵⁶. Ancak bu durum, anayasaya aykırılık sorununun kamu düzenine ilişkin olduğu ve tarafların tasarrufuna bağlı bir husus olmadığı; dolayısıyla hukuk düzeninde anayasanın üstünlüğü ile hak ve özgürlükler yönünden etkili bir korunma mekanizmasının sağlanması gerektiği yönünde eleştirilmektedir⁵⁷.

2. Somut Norm Denetiminin Usulü

2008 Anayasa Reformuyla Fransa'da kabul edilen somut norm denetimi üç aşamadan oluşmaktadır: İlk aşamada, ilk derece ya da istinaf mahkemesi tarafından incelenen başvuru, gerekli şartları taşıması halinde, ikinci aşama olan Yargıtay ya da Danıştay'a gönderilmektedir. Buradaki incelemede, gerekli şartları sağlayan başvurular ise, son aşama olan Anayasa Konseyi'ne iletilmektedir.

Görülmekte olan bir davanın her aşamasında ileri sürülebilecek olan anayasallık sorununun, davayı gören mahkeme tarafından karara bağlanması mümkün değildir. Öncelikli anayasallık sorununun Anayasa Konseyi'ne iletilmesi sürecinde, davayı gören mahkeme ile bağlı bulunduğu yüksek mahkeme bir tür "ön denetimini içeren ikili bir süzgeç" vazifesi yapmaktadır. Anayasallık sorununun idari ve adli yargı yerlerinde açılan davalarda ve bu davalarda verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurularının incelenmesi aşamasında ileri sürülmesi durumunda, ilgili ilk derece mahkemesi veya istinaf mercii derhal vereceği gerekçeli bir kararla itirazın Danıştay ya da Yargıtay'a iletilip iletilmeyeceği konusunu hükme bağlayacaktır⁵⁸.

⁵⁶ 1958 Fransız Anayasası'nın 61-1 maddesinin uygulamasına ilişkin 10 Aralık 2009 tarih, 2009-1523 sayılı Organik Kanun md.23/1 Bkz.: www.legifrance.gouv.fr (25.11.2015)

⁵⁷ Burak Öztürk, "Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi", Erdal Onar'a Armağan, C.II, Ankara Üniversitesi Yayınları, N.391, 2013, s.1203.

⁵⁸ Öztürk, *age.*, s.1205.

1958 Fransız Anayasası'nın 61-1. maddesinin uygulamasına ilişkin Organik Kanun'un 23/2. maddesi uyarınca; öncelikli anayasallık sorunuyla ilgili, dosyanın Yargıtay'a ya da Danıştay'a iletilmesi için aşağıdaki şartların varlığı gerekmektedir:

- Anayasaya aykırılığı iddia edilen yasal düzenleme, davaya konu olan uyuşmazlığa ya da yargılama usulüne uygulanıyor olmalı veya davanın temelini (ceza takibine dayanak) oluşturmalı;
- Anayasaya aykırılığı iddia edilen yasal düzenleme, şartların değişmesi hariç, daha önceden Anayasa Konseyi'nin bir kararında ya da gerekçesinde anayasaya uygun olarak belirtilmemiş olmalı,
- Anayasaya aykırılığı iddia edilen yasal düzenlemenin, anayasaya ya da Fransa'nın taraf olduğu uluslararası antlaşmalara aykırı olduğu iddiası ciddi bir nitelikte olmalıdır.

Söz konusu Organik Kanun "*ikili bir filtre*" ön görmektedir⁵⁹. İlgili Kanuna göre; başvuru doğrudan Anayasa Konseyi'ne yapılmamaktadır. İlk derece hakimi başvurunun ciddi olup olmadığına ve ortaya çıkan şartların dava ile ilgili olup olmadığına baktıktan sonra bu sorunu ilgili yargı düzeninin en üstündeki mahkemeye göndermektedir. Dolayısıyla duruma göre ilk etapta Danıştay ya da Yargıtay başvuruyu değerlendirmekle görevli olacaktır. Doktrinde kimi yazarlar, Danıştay ve Yargıtay'ın yapacağı bu değerlendirmenin özel mahkeme sistemi açısından sorun oluşturmayacağını, çünkü yüksek mahkemelerin sadece kanunun anayasaya uygun olduğu yönünde karar verebileceğini, kanunun anayasaya aykırı olduğu yönünde karar vermeye yetkili olmadığını ileri sürmektedir. Nitekim anayasaya uygunluk denetiminde "anayasaya aykırılık kararını" nihai olarak Anayasa Konseyi verebilmektedir⁶⁰.

Danıştay ya da Yargıtay'ın anayasaya uygunluk denetiminde tutumlarının ne yönde olacağı (anayasaya aykırılık itirazlarını kabul ya da ret ederken kullandıkları kriterleri), verdikleri kararlarla ortaya çıkmaktadır. Danıştay ya da Yargıtay'ın yaptığı anayasaya uygunluk denetiminde, yaptığı inceleme ile sadece filtre mi olduğu yoksa temel hakları ve özgürlükleri ihlal ettiği ileri sürülen bir kanunu iptal etmeyerek somut bir sansür mü yaptığı içtihatlarla ortaya çıkacaktır. Ancak önemli olan her iki durumda da, başvuru üzerine anayasaya uygunluk denetiminin ilk önce Yargıtay ya da Danıştay tarafından kendi içtihatları dikkate alınarak yapılacaktır⁶¹.

⁵⁹ Potin, *ae.*

⁶⁰ Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Nathalie Jacquinot, Xavier Magnon, Wanda Mastor, Agnes Roblot-Troizier, "*Question sur la Question: La QPC Façonnée par ses Acteurs: Quelle(s) Tendance(s)?*", Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, N.38, janvier 2013, s.11.

⁶¹ Fatin-Rouge Stefanini, Jacquinot, Magnon, Mastor, Roblot-Troizier, *age.*, s.10.

İlk derece mahkemesi yargıcının Anayasa Konseyi yerine Yargıtay'a ya da Danıştay'a başvurmasındaki amaç, Anayasa Konseyi'ne yapılacak başvuruları konu bakımından sınırlayarak Anayasa Konseyi'ne gelecek iş yükünün azalmasını sağlamaktır. Diğer bir ifadeyle, bu ikili süzgecin amacı, bir yandan önemsiz iddialar karşısında kanunun otoritesini korumak, diğer yandan da Anayasa Konseyi'nin aşırı iş yükü altında boğulmasını önlemektir. Bu durum, Anayasa Konseyi'nin aşırı iş yüküyle karşılaşmasını engellemek için anayasa yargıcının önüne, doğrudan başvurunun çerçevesi basitleştirilmiş bir prosedür konulmasına neden olmuştur⁶².

Öncelikli anayasallık sorununun iletilmesine ilişkin karar kesin olup, verildiği tarihten itibaren sekiz gün içerisinde Danıştay ya da Yargıtay'a bildirilmektedir. İlk derece mahkemesinin sorunu iletmeye karar vermesi halinde ise, ancak davanın esasına ilişkin kararlar birlikte temyiz talebinde bulunulabilir. İlgili Organik Kanun'un 23-3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; adli ve idarî yargı içerisinde yer alan ilk derece ve istinaf mahkemeleri, anayasallık sorununu Danıştay ya da Yargıtay'a ilettikleri takdirde, bu mahkemelelerin kararı kendilerine bildirilene kadar hüküm vermeyi askıya alırlar. Anayasa Konseyi'ne başvurulması hâlinde ise, Konsey'in kararının bildirilmesine kadar hüküm verilmez. Diğer bir ifadeyle, ilk derece mahkemesi, Danıştay ya da Yargıtay'dan karar gelinceye kadar davayı geri bırakır⁶³.

İkinci aşamayı oluşturan Danıştay ya da Yargıtay tarafından yapılan inceleme, ilk derece mahkemeleri tarafından yapılan inceleme ile benzerlik göstermektedir. Bu incelemede esas alınan kriterler ise; anayasaya aykırılığı iddia edilen yasal düzenlemenin davada uygulanacak kural olması, daha önce anayasaya uygun bulunmamış olması ve sorunun yeni/ciddi olmasıdır⁶⁴.

Söz konusu Organik Kanun'un 23-4. maddesi; "Yargıtay ya da Danıştay, dosyanın kendisine gelmesinden itibaren 3 ay içinde anayasallık ön meselesiyle ilgili kararını Anayasa Konseyi'ne bildirir." şeklindedir⁶⁵. Öncelikli anayasallık sorununun kendisine iletilmesinden itibaren 3 ay içerisinde karar vermek zorunda olan Danıştay ya da Yargıtay, sorunun iletilmesine ilişkin gerekçeli kararını Konsey'e göndermelidir⁶⁶. Ancak ilgili yüksek yargı mercii,

⁶² Pierre Marie Rousseau, "La Pertinence de Choix Français de la Question Préjudicielle de Constitutionnalité", Bkz.: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC5/RousseauTXT.pdf> (1.9.2015)

⁶³ Mathieu, *age.*, s.607.

⁶⁴ Ülgen, *age.*, s.606.

⁶⁵ 1958 Fransız Anayasası'nın 61-1 maddesinin uygulamasına ilişkin 10 Aralık 2009 tarih, 2009-1523 sayılı Organik Kanun md.23/4 Bkz.: www.legifrance.gouv.fr (25.11.2015)

⁶⁶ Sales, *age.*, s.35.

3 aylık süre içerisinde bu konudaki kararını Konsey'e iletmediği takdirde, sorun kendiliğinden Konsey'e iletilmektedir⁶⁷.

Anayasallık sorununun ilk kez Danıştay ya da Yargıtay önünde ileri sürülmesi durumunda da, ilgili yüksek mahkeme sorunun ileri sürüldüğü tarihten itibaren üç ay içerisinde konunun Anayasa Konseyi'ne gönderilmesi hakkında bir karar verecektir⁶⁸. Danıştay ve Yargıtay'ın bu konuda verdiği kararlar kesindir. İlgili Organik Kanun'un 23-5. maddesinin son fıkrasında ise, anayasallık sorununun Danıştay veya Yargıtay önünde ileri sürüldüğü ve bu mahkemelerce Anayasa Konseyi'ne başvurulduğu durumlarda da, anılan yargı yerleri tarafından, Anayasa Konseyi'nin kararı kendilerine bildirilene kadar, hükmün verilmesinin askıya alınacağı öngörülmektedir⁶⁹.

Son aşama ise, Anayasa Konseyi'ne iletilen öncelikli anayasallık sorunun incelenmesidir. Danıştay ya da Yargıtay kararı ile bir anayasaya aykırılık sorununun Anayasa Konseyi'ne iletilmesi durumunda, Konsey'in sorun hakkında bir karar vermek için yapacağı incelemenin yöntemi, Organik Kanun'un 23-8 ilâ 23-12. maddeleri ile 04.02.2010 tarihli "Anayasaya Aykırılık Öncelikli Sorunu Hakkında Anayasa Konseyi Önünde İzlenecek Usule İlişkin İç Tüzük"te düzenlenmektedir⁷⁰.

Danıştay ya da Yargıtay'ın Anayasa Konseyi'ne başvurulmasına ilişkin kararının, davanın tarafları ile Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi ve Senato Başkanlarına bildirilmesi ve bunlara konu hakkındaki yazılı görüşlerini Konsey'e sunmak için süre tanınmaktadır⁷¹.

Anayasa Konseyi, başvuru konusu normun yasal bir düzenleme olup olmadığı, ihlal edildiği ileri sürülen hak veya özgürlüğün Anayasada yer alıp almadığı ve daha önce Anayasaya uygun bulunduğu bir düzenleme bakımından yeniden inceleme yapmayı gerekli kılacak bir değişiklik olup olmadığı konusunda yetkilidir. Anayasa Konseyi'nin denetiminin alanı geniş yorumlanmalıdır⁷². Ancak Anayasa Konseyi, başvuran mahkemenin görevine, anayasaya

⁶⁷ 1958 Fransız Anayasası'nın 61-1 maddesinin uygulamasına ilişkin 10 Aralık 2009 tarih, 2009-1523 sayılı Organik Kanun'un 23/7. maddesi uyarınca; "Danıştay'ın ya da Yargıtay'ın Anayasa Konseyi'ni gerekçeli görevlendirme kararı, taraflara layihalarla birlikte gönderilir. Anayasa Konseyi, Yargıtay ya da Danıştay'ın anayasallık ön meselesiyle ilgili gerekçeli kararının bir örneğini alır. Eğer Yargıtay ya da Danıştay, 23/4 ve 23/5 maddelerde öngörülen sürelerde karar vermemişse, anayasallık ön meselesi Anayasa Konseyi'ne iletilir." Bkz.: www.legifrance.gouv.fr (25.11.2015).

⁶⁸ Mathieu, *age.*, s.606.

⁶⁹ 1958 Fransız Anayasası'nın 61-1 maddesinin uygulamasına ilişkin 10 Aralık 2009 tarih, 2009-1523 sayılı Organik Kanun md.23/5 Bkz.: www.legifrance.gouv.fr (25.11.2015)

⁷⁰ Öztürk, *age.*, s.1215.

⁷¹ 1958 Fransız Anayasası'nın 61-1 maddesinin uygulamasına ilişkin 10 Aralık 2009 tarih, 2009-1523 sayılı Organik Kanun md.23/8 Bkz.: www.legifrance.gouv.fr (25.11.2015)

⁷² Jacquelo, *ae.*

aykırılığı ileri sürülen normun davada uygulanacak kural olup olmadığına ve iddianın ciddiliğine ilişkin hiçbir değerlendirme yapmamaktadır. Böylelikle Anayasa Konseyi, başvuru yapan yüksek mahkemelerin kendi yargı alanlarına herhangi bir müdahalede bulunmamış olacaktır. Anayasa Konseyi, sorunun kendisine iletilmesine ilişkin kararda belirtilen yasal düzenleme dışında herhangi bir kanun hükmünün anayasallığını inceleme yetkisine sahip değildir. Anayasaya aykırılık gerekçeleri bakımından ise, sorunun iletilmesine ilişkin kararlar bağlı olmayıp ilgili yasal düzenlemenin hangi yönlerden anayasaya aykırı olduğunu re'sen değerlendirme yetkisine sahiptir⁷³. Anayasa Konseyi'ne göre, görülmekte olan bir davada uygulanacak yasal düzenlemenin Anayasa'da güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal ettiği iddiasını nihai olarak incelemek ve karara bağlamak yetkisi Anayasa Konseyi'ne aitken, aynı düzenlemenin uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu iddiası hakkında karar vermek davayı gören ilk derece mahkemesinin yetkisinde olduğundan, uluslararası sözleşmelere aykırılık iddiası somut norm denetimi kapsamında bir anayasaya aykırılık sorunu oluşturmaz.

Konsey'in anayasallık sorununu kendisine iletiği tarihten itibaren üç ay gibi kısa bir süre içinde karara bağlamak zorunda olması, tarafların ihmali ya da oyalayıcı tutumlarına karşı önlem alınması ihtiyacı ile açıklanabilir. Söz konusu karar, gerekçeli bir şekilde taraflara, Danıştay veya Yargıtay ile ilgili mahkemeye bildirilmelidir⁷⁴.

B. Fransız Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlük Odaklı Tartışmalar

V. Cumhuriyet'in kurumlarının tekrar dengelenme ve modernizasyon çalışmaları göstermektedir ki; temel hak ve özgürlüklerin korunmasının iyileştirilmesi, devletlerin insafına kalmakta ve demokratik devletlerde temel hak ve özgürlükler için öngörülen farklı koruma teknikleri de bu konuda etkili olmaktadır.

Fransa'da tanınan temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olan Anayasa Konseyi, referans niteliğindeki anayasa normlarının alanını kayda değer biçimde genişletmiştir. "Anayasallık Bloku"nun genişletilmesi Anayasa Konseyi'nin özellikle haklar ve özgürlükleri koruyan kararlar almasını beraberinde getirmiştir. Liste uzun ve kapsamlıdır. 1971 kararından itibaren Anayasa Konseyi anayasa normları arasına 1958 Anayasası'nın girişini dahil etmiştir. Bu, daha çok mülkiyet hakkı ve ihlalleri, özel hayata saygı hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü ve eşitlik ilkesi gibi kişisel hürriyetlere vurgu yapan 1789 İnsan Hakları Bildirisi'ne açık bir gönderme yapmaktadır. 1946 Anayasası'nın giriş bölümü kişisel haklara daha az gönderme yapmakta, buna karşın ekonomik

⁷³ Öztürk, *age.*, s.1217.

⁷⁴ Mathieu, *age.*, s.609.

ve sosyal ilkeleri ön plana çıkarmaktadır⁷⁵. Anayasa Konseyi temel olarak bu metinlerin tümüne dayanmıştır ve haklarla özgürlüklerin korunmasıyla ilgili uzun faaliyetini sürdürmüştür. Fransa’da haklar ve özgürlüklerin korunması, aşama aşama gelişmektedir ve halen tamamlanmış değildir⁷⁶.

Farklı anayasal sistemlerde, temel hakların korunması değişik şekillerde garanti altına alınmış olabilir. Fransa’da temel hakların korunması, a priori olarak yapılan soyut norm denetimi ile gerçekleştirilirken, hak ve özgürlük ihlallerinin önlenmesi için getirilen koruma mekanizması “somut norm denetimi” 2008 Anayasa Reformuna kadar gündeme gelmemiştir. İlk derece mahkemeleri ise, 1 Mart 2010’dan itibaren başvuruları kabul etmeye başlamıştır. Bu tarihten itibaren, somut norm denetiminin Fransız anayasa yargısına ilave edilmesiyle de doktrindeki tartışmalar başlamıştır⁷⁷.

Kimi yazarlar tarafından temel hak ve özgürlüklerin korunması için “nec plus ultra” olarak kabul edilen somut norm denetimi, kimileri için abartılı ve gereksiz olarak değerlendirilmektedir. Bu denetim yolunu benimsememiş olan sistemlerde de temel hak ve özgürlüklerin yeterince korunduğuna ve bu denetim usulünde eksiklikler olduğuna dair yorumlar yapılmaktadır. Söz konusu denetim yolunun, belli bir noktaya kadar sadece bireyi tatmin etmek için olduğunu ve karşılaştırmalı hukuk açısından da bazı yazarların kompleksinin sonucu olarak, bu durumun “aslında sadece kötü bir Fransız öğrenciyle dalga geçmek” olduğunu söylemektedirler⁷⁸.

Fransız hakimlerin neredeyse tamamı a priori denetimin, Anayasa Konseyi’nin temel hak ve özgürlükleri koruma konusunda garantör olduğu ve anayasal demokrasinin koruyucusu olmasına izin veren sağlam temellere dayandığı yönünde görüş birliği içindedirler. Dolayısıyla soyut norm denetiminin, genel olarak tatmin edici bir denetim sağladığına inanılmaktadır⁷⁹. Ünlü anayasa hukukçusu Louis Favoreu da, Anayasa Konseyi önündeki “somut norm denetiminin” Fransa’da uygulamaya konulmasına itiraz etmektedir:

- Bu tür bir başvuruyu kabul etmek, yürürlüğe giren kanunun yasal dayanağından vazgeçmek anlamına gelmektedir. Yürürlüğe giren kanunun

⁷⁵ Guy Carcassonne, “Le Parlement et la QPC”, *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, Pouvoirs, Revue Française d’Etudes Constitutionnelles et Politiques, N.137, Seuil, 2011, s.73.

⁷⁶ Etien, ae.

⁷⁷ Dominique Rousseau, “Le Procès Constitutionnel”, Guy Carcassonne, “Le Parlement et la QPC”, *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, Pouvoirs, Revue Française d’Etudes Constitutionnelles et Politiques, N.137, Seuil, 2011, s.47.

⁷⁸ Etien, ae.

⁷⁹ Patrick Wachsmann, “Question Prioritaire de Constitutionnalité et Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *L’Homme et le Droit en Hommage au Professeur Jean-François Flauss*, Pedone Edition, Paris, 2014, s.804.

sabitliği, garanti altına alınmış olduğundan, herkesin bu kanunu temel olarak düzenlemeler yaptığını ve yapabileceğini düşünmek gerekir.

- Bir diğer itiraz ise; somut norm denetimi sonucunda, halihazırda ağır işleyen anayasaya uygunluk denetimi mekanizması, yasakoyucunun (parlamentonun) Konsey'in hakimiyetine girmesiyle daha da ağırlaşacak olmasıdır. Böylelikle söz konusu parlamentonun özerkliğini azaltacak; Anayasa Konseyi "imparatorluk senatosuna" dönüşürecektir.
- Teknik boyutla ilgili bir itiraz ise; eş zamanlı olarak hem *a priori* hem de *a posteriori* denetimin işlenmesini tatmin edici biçimde sağlamanın zor olmasıdır. Tüm bunların *a priori* denetimin işleyişini bloke etme riskine girmeye ve yasal güvenliği, Almanya ve Avusturya örneklerindeki gibi önemsiz etkisi olan sonuçlar elde edilmesi için tartışmaya açmaya değip değmeyeceği sorgulanmalıdır.

Tüm bu itirazların aksine, Anayasa Konseyi önünde, dolaylı da olsa bireyi sürece dahil eden somut norm denetiminin, kamu güçlerinin temel hak ve özgürlüklere bağlılığı açısından en iyi yol olduğu da ileri sürülmektedir. Böylelikle, söz konusu koruma prosedürünü öngören devletler, "hukuk devletini" en iyi koruyanlar olarak değerlendirilmektedir. Bireylere kamu gücü organları tarafından alınan kararlar ve hükümlerin kontrolünü istemek için Anayasa Mahkemesine başvurma olanağı veren özel yargısal bir yoldur. İdarenin ya da mahkemenin bir kararının başvuruçunun hukuki konumunu etkilemesi ve anayasada korunan bir hak ya da özgürlüğüne zarar vermesi gerekmektedir. Bu durumda, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında kamu otoritelerinin kontrolüne izin veren somut norm denetimi, hukuk devleti ilkesini sağlamlaştırmakta birlikte Fransa'da parlamenter demokrasiyi de kuvvetlendirmektedir⁸⁰.

1 Mart 2010'da yürürlüğe giren somut norm denetimiyle, anayasa yargıcı, diğer yargıçların kararlarını verirken temel haklara öncelik vermeye saygı gösterip göstermediklerini ve iyi uygulayıp uygulamadıklarını kontrol edebilir. Bu tür bir yetki, temel hakların sürekli korunmasını sağladığı gibi, kamu otoriteleri ve yargı düzenlerinin kontrolünde de etkili bir rol oynar⁸¹. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında anayasallık kriterinin artırılması, iç hukukta anayasanın üstünlüğünü de garanti altına almaktadır⁸².

Dolaylı da olsa bireyin anayasaya uygunluk denetimine katılma duygusu, bireyde yargısal güvenlik duygusunu da arttırarak; aktif olarak temel hak

⁸⁰ Jean-Louis Debré, "La QPC, Une Question pour la Démocratie", 5 avril 2013, s.1. Bkz.: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>, (13.5.2015).

⁸¹ Debré, *ae*.

⁸² Guillaume, *age*, s.1.

ve özgürlükleri iyileştirmeye katılmayı ve koruması gerekeni korumayı sağlamaktadır. Somut norm denetimi yoluyla birey, bireysel durumunu koruduğu ölçüde objektif anayasa hukukunu da korumaktadır⁸³. Böylelikle bireyler, toplumda temsili demokrasiyi kontrol eden ve hak ve özgürlüklere saygıyı savunan kişiler haline gelmektedir.

Fransa’da mahkemelerde anayasal hak ve özgürlükleri yeterince korunamayanlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne giderek, kanunlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı olduğunu, zira doğrudan ya da dolaylı olarak Anayasa Konseyi önüne gidemediklerini ileri sürmektedirler. Hak ve özgürlüklerinin korunması adına bireylerin doğrudan da anayasa yargıcını görevlendirebilmeleri gerekmektedir. Bu görevlendirme izni, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne gitme oranını düşüreceği gibi, aynı zamanda iç düzende temel hak ve özgürlüklerin korunmasının etkisini kamuoyunda da arttıracaktır. 2008 Anayasa Reformuyla Anayasa’nın 61-1. maddesinde yapılan değişiklik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin temel hak ve özgürlükleri koruyucu etkisiyle yapılmış ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde doğrudan olmasa bile dolaylı olarak bireylerin Anayasa Konseyi’ne başvurmalarına imkan vermiştir⁸⁴.

SONUÇ

Kanunların anayasaya uygunluğunun genel mahkemeler tarafından değil, bu işle görevlendirilen özel bir mahkeme “Anayasa Mahkemesi” tarafından denetlenmesi olan “Avrupa modeli anayasa yargısını” benimsemiş Fransa’nın, 2008 Anayasa Reformuyla genel mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yaptığı “Amerikan modeli anayasa yargısına” kaydığı söylenebilir. Nitekim görülmekte olan dava sırasında, Anayasa’da düzenlenmiş olan bir temel hak ve özgürlüğün yasal düzenlemeyle ihlal edildiği iddiası üzerine, ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay ya da Danıştay’ın filtresinden geçerek Anayasa Konseyi’ne iletilmesi, anayasaya uygunluk denetiminin Anayasa Konseyi haricindeki diğer mahkemeler tarafından da kısmen yapıldığının göstergesidir⁸⁵.

Bununla birlikte, a priori denetim sistemini kabul etmiş Fransa’nın, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından somut norm denetimi yolunu da kabul etmesiyle, *a posteriori* denetimi de benimsediği söylenebilir. Ancak 2008 Anayasa değişiklikleriyle, Fransız anayasa yargısı kendine özgü bir duruma gelmiştir. Somut norm denetimine ilişkin hatırı sayılır bir tecrübesi olan Türk anayasa yargısından ise, önemli noktalarda farklılaşmaktadır.

⁸³ Mathieu, *age.*, s.614.

⁸⁴ Wachsmann, *age.*, s.811.

⁸⁵ Agnes Roblot-Troizier, “La QPC, le Conseil d’Etat et la Cour de Cassation”, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, N.40, juin 2013, s.3.

Yargıçların önlerindeki dava ile ilgili re'sen başvuru yapamaması, anayasanın değil sadece temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının ileri sürülebilmesi, başvuruların ancak Yargıtay ya da Danıştay incelemesinden geçtikten sonra Anayasa Konseyi'ne iletilebilmesi önemli farklılıklardır. Aynı şekilde, Türk Hukuku'nda daha önce Anayasa Mahkemesince incelenmiş bir normun yeniden incelenebilmesi için kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl beklemek gerektiği halde, Fransa'da herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın koşullarda değişiklik olması yeniden inceleme yapılmasına yol açabilmektedir. Bununla birlikte, yargılama sürecinin aleni ve çekişmeli yargılama usulüne uygun düzenlenmiş olması da önemli bir farktır⁸⁶.

2008 Anayasa Reformuna kadar Fransa, vatandaşlarına temel hak ve özgürlüklerini korumak için anayasa yargıcını doğrudan ya da dolaylı görevlendirme yetkisi vermemekteydi. Ancak somut norm denetimiyle, vatandaşlar temel hak ve özgürlüklerinin savunuculuğunu yapabilir hale gelmiştir⁸⁷. Vatandaşlara sağlanan bu başvuru hakkı ile anayasa yargısının işlevi artarak temel hak ve özgürlükler daha iyi koruma altına alınmıştır⁸⁸. Ancak söz konusu reformla, her iki anayasa yargısı modeliyle birlikte her iki denetim usulünü de benimsemiş gibi gözükten Fransa'nın, birçok ülkede olan Anayasa Konseyi'ne doğrudan başvuru yolunu benimsemeyip, filtreleme sistemiyle anayasaya uygunluk denetiminde önce Yargıtay veya Danıştay'a gidilmesi zorunluluğunun, diğer ülkelerdeki sistemlere göre temel hak ve özgürlükler açısından ne derecede koruma sağlayacağı ise ayrı bir tartışma konusudur.

⁸⁶ Ülgen, *age.*, s.616.

⁸⁷ Potin, *ae.*

⁸⁸ Portelli, *ae.*

KAYNAKÇA

- Agnes Roblot-Troizier, “*La QPC, le Conseil d’Etat et la Cour de Cassation*”, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, N.40, juin 2013.
- Ambassade de France en Turquie, *4 Ekim 1958 Fransız Anayasası*, Ankara, 2011.
- Benjamin Beauverger, “*La Désobéissance Civique, des Nouvelles Perspectives Pour la Séparation des Pouvoirs*”, Bkz.: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/beauvergerTXT.pf>
- Bertrand Mathieu, “*La Question Prioritaire de Constitutionnalité: Une Nouvelle Voie de Droit*”, La Semaine Juridique, Edition Générale, 21 décembre 2009, N.52.
- Burak Öztürk, “*Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*”, Erdal Onar’a Armağan, C.II, Ankara Üniversitesi Yayınları, N.391, 2013.
- Céline Rouden, “*Le Conseil Constitutionnel, Nouveau Recours Pour Les Citoyens*”, Bkz.: <http://www.la-croix.com/article/index.jsp?docId=2416478&rubId=4076>.
- Dominique Rousseau, “*Le Procès Constitutionnel*”, Pouvoirs, Revue Française d’Etudes Constitutionnelles et Politiques, N.137, Seuil, 2011.
- Eric Sales, “*La Question Prioritaire Constitutionnalité (QPC) en France: une Réforme Majeure à l’Epreuve de Sa Première Année d’Existence*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, N.2, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Fanny Jacquolot, “*La Procédure de la QPC*”, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, N.40, juin 2013.
- Georges Abadie, “*Principe du Contradictoire et Procès Constitutionnel*”, Bkz.: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/ban_mm/pdf/Conseil/contradictoire.pdf
- Guillaume Tusseau, “*La Fin d’Une Exception Française*”, La Question Prioritaire de Constitutionnalité, Pouvoirs, Revue Française d’Etudes Constitutionnelles et Politiques, N.137, Seuil, 2011.
- Guy Carcassonne, “*Le Parlement et la QPC*”, La Question Prioritaire de Constitutionnalité”, Pouvoirs, Revue Française d’Etudes Constitutionnelles et Politiques, N.137, Seuil, 2011.
- Hasan Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Hugues Portelli, “*Projet de Loi Organique Relatif à l’Application de l’Article 61-1 de la Constitution*”, Rapport du Conseil Constitutionnel, (29 Eylül 2009), Bkz.: <http://www.senat.fr/rap/108-637/108-637.html>
- Hugues Portelli, *Droit Constitutionnel*, 3.éd., Dalloz, 1999.
- İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Yargısı (Avrupa Modeli ve Türkiye)*, 4.bs., İmge Yayınevi, Ankara, 2007.
- Jean Rivero, *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés*, 2.éd., Colleciton Droit Public Positif, Presses Universitaires d’Aix-Marseille et Economica, Paris, 1987.

- Jean-Claude Acquaviva, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 5.éd., Paris, 2001.
- Jean-Claude Colliard, “*Un Nouveau Conseil Constitutionnel*”, La Question Prioritaire de Constitutionnalité, Pouvoirs, Revue Française d’Etudes Constitutionnelles et Politiques, N.137, Seuil, 2011.
- Jean-Claude Zarka, *Introduction au Droit Constitutionnel*, 5.éd., Ellipses, Paris, 2014.
- Jean-Louis Debré, “*La QPC, Une Question pour la Démocratie*”, 5 avril 2013. Bkz.: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>
- Julien Bonnet, “*Les Contrôles a Priori et a Posteriori*”, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, N.40, juin 2013.
- Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 5.bs., Ekin Yayınları, Bursa, 2014.
- Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2004.
- Lech Garlicki, “*Le Recours Individuel à la Cour Constitutionnelle – Un Moyen Efficace de la Protection des Droits de l’Homme?*”, Bkz.: [www.venice.coe.int/docs/1997/CDL-JD\(1997\)038-f.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1997/CDL-JD(1997)038-f.asp)
- Leon Jozeau Marigne, “*Fransız Anayasa Mahkemesi*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, Y.1987, C.IV.
- Louis Favoreu, “*Sur l’Introduction Hypothétique du Recours Individuel Direct Devant Le Conseil Constitutionnel*”, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, No.10, 2001.
- Marc Guillaume, “*La Question Prioritaire de Constitutionnalité*”, *Justice et Cassation*, Revue Annuelle des Avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de Cassation”, 2010.
- Martel-Valerie Pouchelon, “*La Justice Constitutionnelle*”, Bkz.: www.facedroit-lyon3.com, Faculté de Virtuelle Université Lyon 3, (7 Ekim 2009).
- Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Nathalie Jacquinet, Xavier Magnon, Wanda Mastor, Agnes Roblot-Troizier, “*Question sur la Question: La QPC Façonnée par ses Acteurs: Quelle(s) Tendance(s)?*”, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, N.38, janvier 2013.
- Olivier Duhamel, Yves Meny, *Dictionnaire Constitutionnel*, Press, 1992.
- Olivier Dutheil de Lamothe, “*L’Effectivité et l’Efficacité du Contrôle de Constitutionnalité en France*”, Bkz.: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/controlloi.pdf, (Aralık 2006).
- Özen Ülgen, “*Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu*”, Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, 2014/1, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2015.
- Patrick Wachsmann, “*Question Prioritaire de Constitutionnalité et Convention Européenne des Droits de l’Homme*”, L’Homme et le Droit en Hommage au Professeur Jean-François Flauss, Pedone Edition, Paris, 2014.

- Paul Tanvernier, “Le Conseil Constitutionnel Français et la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, No.7, Bkz.: www.droits-fondamentaux.org, (Ocak 2008-Aralık 2009).
- Philippe Ardant, Bertrand Mathieu, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 22.éd., L.G.D.J., Paris, 2010.
- Pierre Marie Rousseau, “La Pertinence de Choix Français de la Question Préjudicielle De Constitutionnalité”, Bkz.: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC5/RousseauTXT.pdf>
- Pierre Pactet, *Institutions Politiques, Droit Constitutionnel*, 10.éd., Masson, 1991. “12 Questions Pour Commencer” Bkz.: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/decouvrir-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html#questions>
- René Chapus, *Droit Administratif Général*, C.I, 15.éd., Montchrestien, Paris, 2001.
- Robert Etien, “Faut-il Reforme Le Contrôle de la Constitutionnalité de la Loi en France?”, Bkz.: http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf (29/30 Eylül 2006).
- Simon-Louis Formery, *La Constitution Commentée (Article par article)*, 18.éd., Hachette Supérieur, Paris, 2015.
- Thierry Renoux, “Le Conseil Constitutionnel et Le Pouvoir Judiciaire en France Dans Le Modèle Européen de Contrôle de Constitutionnalité des Lois”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol.46, No.3, s.891-899, Bkz.: www.persee.fr, (Temmuz-Eylül 1994).
- Valérie Goesel-Le Bihan, *Contentieux Constitutionnel*, Ellipses, Paris, 2010.
- Yvan Potin, “La Reforme Des Institutions Françaises – La Loi Constitutionnelle du 23 juillet 2008”, Bkz.: <http://www.creg.ac-versailles.fr/spip.php?article428> 10 Aralık 2009 tarih, 2009-1523 sayılı Organik Kanun, www.legifrance.gouv.fr

Ölmüş Vericiden Organ ve Doku Nakline İlişkin Hukuki Esaslar*

The Legal Aspects of Organ and Tissue Transplantation From Dead Vendor

Yrd. Doç. Dr. A. Hulki CİHAN**

Özet

Bu çalışmada organ ve doku nakillerine ilişkin temel yasal düzenleme olan 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun ("ODNK") kapsamında düzenlenen ölü vericiden organ ve doku alınmasının hukuki esasları, bu konuda söz konusu kanunun eksik yönleri, içinde bulundurduğu bazı çelişkiler ve bunları ilişkin çözüm önerileri bulunmaktadır.

Bu kapsamda özellikle kanunda öngörülmuş olan ölmüş vericinin organ ve dokularının nasıl ve ne şekilde, hangi hukuki kıstaslarla naklinin sağlanabileceği irdelenmiştir. Ayrıca söz konusu kanunun 14. maddesinin 4. fıkrasındaki hukuki çelişki içeren durum ayrıntılı bir şekilde mercek altına alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Organ ve Doku Nakli, 2238 s. Kanun, Kişilik Hakkı, Miras Hukuku, Organ ve Doku Nakli Hukuku.

Abstract

In this study, the basic regulations relating to organ and tissue transplants in 2238 n. The Code Organ and Tissue Removal, Storage and Transport ("ODNK") the legal basis of regulated dead donor organs and tissues taken within the scope of the missing aspects of the law in this regard, which have in some There are contradictions and propose solutions for them.

In this context, especially how the dead donor's organs and tissues, which are prescribed by law and in what way, transportation can be provided with legal criteria which were examined. There are also scrutinized in detail the cases involving legal contradictions in paragraph 4 of Article 14 of the said law.

Keywords

Organ and Tissue Transplantation, Code n. 2238, Personality Right, Inheritance law, Organ and Tissue Transplantation law.

* Bu makale, kısa zaman önce ebediyete intikal eden tıp bilgini, seçkin bilim insanı Prof. Dr. Suavi TOPÇUOĞLU'na ithaf edilmiştir.

** T.C. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı
hulkicihan@beykent.edu.tr.

GİRİŞ

I. ÖLMÜŞ VERİCİ VE ORGAN VE DOKU NAKLİ KAVRAMLARI

Ölmüş vericiden organ ve doku nakli, vericinin canlı olduğu nakillerden farklı olarak, tedavi amacının yanında bilimsel amaçlarla da yapılabilir¹. Vericinin öldüğü anın belirlenmesi çok büyük önem arz eder. Ölüm anının belirlenmesi, hem organ ve doku naklinin amacına ulaşarak alıcının tedavi edilmesine imkan sağlaması, hem de verici bilinenin aksine henüz ölmemişse, organ ve doku naklinden dolayı vericinin ölümüne sebep olmamak açısından önemlidir².

ODNK m.11 uyarınca, tıbbi ölüm hali, "*bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kural ve yöntemler uygulanarak bir kardiolog, bir nörolog, bir nöroşirürjiyen ve bir de anestiyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulu tarafından oybirliği ile saptanır*". Yani, ODNK m.11'de sayılan dört uzman doktorun oybirliğiyle ölüm olayına kanaat getirmiş olması yasal bir zorunluluktur³. Tıbben ölüm olayının gerçekleştiğini ve ölüm zamanını, tespit edecek olan doktorlardır. Dolayısıyla, ölüm anının tespiti biz hukukçuların uzmanlığı ve yetkisi dışındadır. Hukukçu ölümün ne olduğu ile uğraşamaz⁴. O, tıp biliminin yaptığı tespitin hukuki sonuçları ile ilgilenir⁵. Ancak yine de belirtmekte fayda gördüğümüz bir nokta şudur:

Tıbben ölüm olayının meydana geldiğinin tespiti yönünden, beyin vücudu yönetim yeteneğini kaybedip kaybetmemesi önem kazanmaktadır⁶. Buna göre, beyin vücudu yönetme imkân ve yeteneği tamamen ve geriye dönülemez şekilde kaybolmuşsa, ölüm gerçekleşmiş olacaktır⁷. Organ ve dokunun alınması için vericinin ölmüş olması gereklidir ancak nakledilecek organın hayatiyetini sürdürmesi gerekmektedir⁸. Bu da vericinin ölümünden kısa bir süre sonra nakledilecek organ veya dokunun çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır⁹.

¹ Ali Hulki CİHAN (Selin Sert) *Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.16.

² Hilmi ÖZARPAT *Transplantasyon=Organ Nakli Hukuku* (s.258, 259), ABD, C:25, S:2; s.259.

³ CİHAN, s.17.

⁴ Nuşin AYİTER, *Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli*, (s. 137-144) AÜHFD, C:15 S:1-2, 1968, s.144.

⁵ AYİTER, s.144.

⁶ Köksal BAYRAKTAR, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu* Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s.184.

⁷ BAYRAKTAR, s.184, 185; CİHAN, s.17.

⁸ Nevzat TOROSLU, *Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk*, AÜHFD, C. XXXV, S.1-4, Ankara, 1981, s.104.

⁹ Arif BİLGİN, *Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme*, İstanbul Barosu Mecmuası, Eylül-Ekim 1968 - Eki: 1, İstanbul, 1968, s.9, 44 vd.

II. ÖLMÜŞ VERİCİDEN ORGAN VE DOKU NAKİLLERİNDE RIZA

Ölmüş vericiden organ naklinde önemli hususlardan biri de, ölenin yakınlarının rızasının gerekli olup olmadığı meselesidir. Belirtmek gerekir ki, ODNK m.14 uyarınca, bir kimse sağlığında vücudunun tamamını ya da belirli organ ve dokularını, tedavi, teşhis ya bilimsel amaçlar için bıraktığını vasiyetname yoluyla belirtmiş ya da bu yöndeki isteğini iki tanık huzurunda sözlü olarak açıklamış ise, ölmüş vericinin yakınlarının rızasına gerek yoktur¹⁰. Vericinin hayattayken organ ve dokularının ölümünden sonra nakline yönelik iradesini sözlü olarak belirtmesi halinde, vasiyet ehliyetine sahip olması gerekmekte, ancak sözlü vasiyete ilişkin şartlar aranmamaktadır¹¹. Vericinin ister vasiyetname yoluyla, ister iki tanık huzurunda sözlü olarak organ ve dokularının naklini talep etmesi halinde, mirasçılarının buna uyması şarttır¹².

Vericinin sağlığında bu konuda herhangi bir irade açıklamasında bulunmaması halinde, organ ve doku nakli için mirasçuları ya da yakınlarının rızası söz konusu olacaktır. ODNK m.14 bu hususta kademeli bir çözüm öngörmüş ve ölmüş kimsenin ölüm anında yanında bulunan sırasıyla eşi¹³, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlardan hiçbiri yoksa yanında olan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilecektir. Görüldüğü üzere ODNK m.14 önce birtakım mirasçılardan herhangi birinin rızasını aramış, bunların olmaması halinde, mirasçı olup olmamasına bakmaksızın yanında bulunan yakınının rızasını aramıştır. Bu şekildeki düzenlemeyle, kanun koyucunun ölmüş vericiden organ ve doku naklini

¹⁰ CİHAN, s.18.

¹¹ Teoman AKÜNAL, *2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması ve Nakli Hakkında Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler* (s. 19-30) Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983, s.24, 25.

¹² CİHAN, s.18.

¹³ Eş konusunu da açıklığa kavuşturmak gerekir. Kadını hukuki anlamda ve özellikle de miras hakları yönünden mağdur eden bir ülkemiz gerçeği; kadın ile erkeğin arasında dini nikâh olmasına rağmen, Türk Medeni Kanunu hükümlerince evlilik birliğini hukuken kuran, resmi nikâhın olmaması durumudur. Bu durumda kişilerin ODNK m.14/1 anlamında "eş" sayılıp sayılmayacakları sorunu ortaya çıkar. Belirtmek gerekir ki, böyle bir durumda kadın miras hukuku anlamında yasal mirasçı değildir.

Ülkemizde yakın zamana kadar, TCK m.230 /5 uyarınca resmi nikâh olmadan dini nikâh kılılması suç idi. Anayasa Mahkemesi'nin bu kanun hükmünü iptal etmesiyle, bu durum artık suç olmaktan çıktı.

ODNK m.14/1'in "eş" ifadesi aslında oldukça açıktır. Buradaki eş deyimini; Türk Medeni Kanununun ilgili hükümlerine göre aralarında evlilik birliği kurulan kimse anlamındadır. Ancak konunun sosyolojik boyutu gözardı edilemez ve edilmemelidir. Aralarında hukuken evlilik birliğini kuran resmi nikâh olmayan ancak dini nikâh bulunan kadın ile erkekten birinin ölümü halinde, diğerinin ölen dini nikâhlı eşinin organ ve dokularının alınması konusunda iradesini ortaya koyamaması, olayların çoğunda geride kalan kadını ya da erkeği manevi anlamda rahatsız edecektir. Bundan dolayı ODNK'da resmi nikâh olmadan dini nikâh yapılmasını özendirmeyecek, buna teşvik etmeyecek tarzda, kadının birçok medeni hakkından yararlanamaması sonucuna çanak tutmayacak şekilde bir düzenleme öngörülebilir. Bu sayede aralarında yalnızca dini nikâh bulunan kimseler, ODNK 14/1' de nakle ilişkin rıza gösterebilirler.

kolaylaştırmak istediği anlaşılmaktadır¹⁴. Ancak ölüm halinde, aynı derecede yakınlar arasında bir kişinin iradesine itibar edilmemeli ve ölüm anında kandaki kademeli sıralamaya göre aynı yakınlık derecesindeki yakınların oybirliği aranmalıdır¹⁵. Örneğin birden fazla reşit çocuğu bulunan ölü vericinin çocuklarından birinin, vericinin organ ve dokularının nakline rıza göstermesi halinde ODNK m.14 uyarınca nakil gerçekleştirilebilir. Bunun anlamı, nakle rıza gösteren reşit çocuğun iradesinin, nakle rıza göstermeyen kardeşlerinin iradesinden daha değerli, itibarlı olduğunu kabul etmektir ki; bu bizi çok isabetsiz ve hakkaniyete aykırı bir sonuca götürür. Çünkü her çocuğun, ölmüş verici ana veya babasının cansız bedeni üzerindeki kişilik hakları¹⁶ eşittir. Biri diğerine tercih edilemez. Organ ve doku naklini kolaylaştırmak adına, kişilik hakları ihlal edilmemelidir¹⁷.

III. RIZA KONUSUNDA MİRAS HUKUKU KURALLARI İLE KARŞILAŞTIRMA

Peki mirasçılıktan çıkarılan, mirastan yoksun olan ya da mirastan feragat eden kimselerin, vericinin ölüm anında yanında olmaları ve başkaca mirasçı ya da yakınının, vericinin ölüm anında yanında olmaması halinde durum ne olacaktır? Başka bir deyişle mirasçılıktan çıkarılan, mirastan yoksun olan ya da mirastan feragat eden kimseden başka hiç kimsenin vericinin ölümü anında yanında olmaması halinde, bu kimselerin organ ve doku nakline ilişkin rızalarının etkisi olacak mıdır, olmayacak mıdır?

Kanun koyucu bu hükümde, vericinin sırasıyla eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin rızasını aramıştır. Dikkat edileceği üzere burada rızası aranan herkes, vericinin yasal mirasçısıdır. Bunlardan hiçbirisinin ölüm anında vericinin yanında olmaması halinde, yanında olan herhangi bir yakınının rızası gerekmektedir. Bu demek oluyor ki, kanun koyucu vericinin organ ve dokularının nakline ilişkin rızayı verecek kimseler yönünden mirasçı olma şartı aramamaktadır. Bunun aksi söz konusu olsa idi, kanun koyucu "... *bunlardan hiçbirisinin olmaması halinde, ölüm anında yanında bulunan herhangi bir yakınının rızası aranır*" demez, "... *"bunlardan hiçbirisinin olmaması halinde, herhangi bir mirasçısının rızası aranır"* şeklinde bir düzenleme öngörürdü¹⁸.

Dolayısıyla mirastan yoksun olma, mirastan ıskat edilme ya da mirastan feragat etme, ölü vericinin organ ve doku nakline ilişkin rıza gösterme bakı-

¹⁴ CİHAN, s.19.

¹⁵ Şahin AKINCI, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.159.

¹⁶ Mirasçıların, ölmüş verici miras bırakanın bedeni üzerindeki hakları bize göre kişilik hakkıdır.

¹⁷ AKINCI, s.159.

¹⁸ CİHAN, s.20.

mından doğrudan bir engel teşkil etmez. Böyle bir sınırlama ODNK m.14'te bulunmamaktadır. ODNK m.14 bu düzenlemede rıza gösterecek kimseleri belirlerken, miras hukuku kurallarına göre bu belirlemeyi yapmamıştır. Zaten vericinin cesedi, bir malvarlığı değeri de değildir ki yalnızca mirasçılarının onun üzerinde hakkı olsun. O halde ODNK m.14'ün ilk başta birtakım yasal mirasçuları saymasının sebebi, bu sayılan mirasçı kimselerin hayatın olağan akışına ve genel kabule göre, vericinin en yakınları olmalarıdır. Ancak; ODNK m.14'te kademeli olarak sayılan birtakım mirasçılardan rızası aranacak sıradaki kimsenin, mirastan yoksun olması ya da mirastan ıskat edilmiş olması halinde kanaatimizce rızasının olumlu ya da olumsuz bir etkisinin olmaması, yani vericinin organ ve dokularının nakli hususunda bir söz hakkının olmaması gerekir. Böyle bir durumda ıskat ve yoksunluk hükümlerinin kıyasen uygulanması, vicdanen bizi daha doğru bir sonuca götürecektir. Çünkü hiç kimse örneğin sağlığında kendisini öldürmeye teşebbüs etmiş ve bu yüzden mirastan yoksun olan ya da ıskat edilmiş bir kimsenin, kendi organ ve dokularının nakline ilişkin bir kararda söz sahibi olmasını istemeyecektir. Mirastan feragat halinde ise, bize göre nakle rıza gösterip göstermeme bakımından bir engel yoktur. Bu yüzden mirastan feragat eden vericinin mirasçı yakını, vericinin organ ve dokuları üzerinde ODNK m.14 uyarınca belirleyici bir etki gösterebilir.

IV. ÖNEMLİ BİR HUKUKİ EKSİKLİK OLARAK EVLATLIĞA İLİŞKİN HÜKÜM BULUNMAYIŞI

ODNK m.14'te evlatlıkla ilgili hiçbir ifadenin bulunmaması kanaatimizce büyük bir eksikliklerdir. Gerek TMK m.314/2, gerekse de TMK m.500 uyarınca evlatlık, evlat edinenin mirasçısı olur. Hatta TMK m.500 der ki; "*evlatlık ve altsoyu evlat edinene kan hısımlı gibi mirasçı olur.*" Yani, evlatlık da, evlatlığın altsoyu da evlat edinenin altsoyu gibi miras hakkına sahiptir. O halde, soybağı olarak evlatlığın evlat edinenin altsoyu olması, ayrıca TMK'nın evlat edinmeye ilişkin hükümleri uyarınca evlat edinmenin gerçekleşmesi için evlatlıkla evlat edinen arasında çok sıkı ve güçlü ve özel bir bağın bulunması şartı karşısında, evlatlığın evlat edinenin ölmesi halinde ODNK m.14'teki ilk kademede bulunanlar arasında sayılmaması, isabetsizdir¹⁹. Gerek evlat edinme ilişkisinin kurulmasındaki katı teorik gerekçeler, gerekse de hayatın olağan akışı içindeki beşeri ilişkiler göstermiştir ki, evlatlık ile evlat edinen çoğu zaman birbirlerinin belki de en yakını olmuşlardır²⁰. Hal böyle iken, ODNK m.14'te evlatlığın sayılmaması, evlatlığın evlat edinenin ölümü halinde onun organ ve dokularının nakli hususunda söz hakkının olmayabileceği sonucunu doğurmaktadır. Hatta, eğer ODNK m.14'te sayılan ilk kademe yakınlar (ki bunların hepsi yasal mirasçıdır) ölüm anında

¹⁹ CİHAN s.21.

²⁰ CİHAN, s.21.

vericinin yanında iseler, evlatlığın evlat edinen vericinin organ ve dokularının nakli hususunda gerçekten de hiçbir söz hakkı olmayacaktır. Ancak Türk Medeni Kanunu ("TMK") hükümleri uyarınca yukarıda belirttiğimiz üzere evlatlık evlat edinenin altsoyudur ve nasıl ki TMK m 495 uyarınca da altsoy birinci derece mirasçısıdır, o halde evlatlığın da ODNK m.14'te ilk kademedede sayılması gerekirdi²¹.

V. ÖLMÜŞ VERİCİNİN BEYANI

Ölmüş vericinin aksine bir vasiyet ya da beyanı yoksa ODNK m.14/2 uyarınca kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular alınabilir. Vasiyetin, ölmüş vericinin vasiyeti olacağına kuşku yok ise de, beyanın yalnızca ölmüş vericinin beyanı mı olacağı yoksa yakınlarının da beyanın kastedilip kastedilmediği madde hükmünden anlaşılamamaktadır. Bize göre maddedeki "beyan" dar yorumlanarak, yalnızca ölmüş vericinin beyanı şeklinde algılanmalıdır. Yani; ölmüş verici sağlığında organ ve doku alınması hususunda bir irade açıklamasında bulunmadıysa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir. Beyan sahibinin geniş yorumlanarak ölmüş verici ya da yakınları şeklinde algılanması halinde, ODNK m.14/2 bir anlamda ODNK m.14/1 gereksiz bir tekrar olur.

ODNK m.14/4'te ise, ilk fıkrada kademeli olarak sayılan yakınlarının ölüm anında vericinin yanında olmamaları halinde, bazı şartlarla vasiyet ve rıza olmadan da organ ve doku nakli yapılabileceği düzenlenmiştir. Kuşku yok ki, bu şartların başında vericinin sağlığında organ ve doku alınmasına karşı olduğunu bildirmemiş olması gelir. Bundan başka madde hükmünde sayılan şartlar; kişinin kaza veya doğal afet sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet sebebiyle ölmüş olması, ODNK m.11'de bahsedilen doktorlar kurulunun raporuyla tıbbi ölüm halinin alınacak organ ve dokulara bağlı olmadığını belgelenmesidir. Bu çeşit bir organ ve doku nakli yine ODNK m.14/4 uyarınca, ivedilikle nakilde tıbbi zorunluluk olan ve yaşaması bu nakle bağlı kişilere, vasiyet ve rıza aranmadan nakil yapılabilir. ODNK m.14/4 de kanunun diğer birçok hükmü gibi, anlaşılması bakımından pek kolay olmayan ve çelişkili ifadelerle sahip bir hükümdür. Şöyle ki:

Hükümde önce ölüm aranmış, ancak sonraki cümlede "*tıbbi ölüm halinin alınacak organ ve dokulara bağlı olmaması şartı*" aranmıştır. Ölüm olayı olduysa, zaten tıbbi ölüm hali, alınacak organ ve dokulara bağlı olamaz, çünkü ölüm zaten gerçekleşmiştir. Şu halde, maddede aranan "*ölüm*" değil "*beyin ölümü*" olmalıdır²².

²¹ CİHAN, s.21.

²² CİHAN, s.22.

Eğer bu hüküm cesetten alınmak istenen organ ve dokudaki bir "harabiyet" sebebiyle 11. maddedeki doktorlar kurulu raporunun alınarak, ölümün alınacak organla bağlantılı olmadığı belgelenmesi; yani alınacak organın sağlam olduğunu ancak ölümün başka organ ya da dokulardan kaynaklandığının belgelenmesi amacını güdüyorsa, mevcut ifade pek bu anlama gelecek şekilde değildir. (Örneğin; kaza sebebiyle böbreği parçalanmış ve bundan dolayı ölen kimseden, böbrek alınmayacağı gibi...)

VI. MİRASÇILARIN KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRILIK

ODNK m.14/4'te bizce eleştirilmesi gereken bir husus da, "*kaza ya da doğal afet sonucu vücudun ağır şekilde harap olması sebebiyle ölüm olayının gerçekleşmesi ve ölümün yakınlarının ölüm anında yanında olmaması*" şartıdır. Bu durumda, ölümün kaza ya da doğal afet sonucu vücudun ağır harabiyet sebebiyle değil de, başkaca bir sebepten gerçekleşmesi halinde organ ve doku nakli için vasiyet, beyan veya yakınların rızası gerekecektir. Dolayısıyla ölüm olayının kaza ya da doğal afet sonucu vücudun ağır harabiyeti sebebiyle gerçekleşmesi halinde ise vericinin vasiyeti ya da beyanı veya yakınlarının rızasının aranmaması, mirasçılarının kişilik hakkına aykırılık teşkil edebilecektir²³. Çünkü ölümün doğal afet ya da kaza sonucu vücudun ağır zarar görmesi dışında bir sebeple gerçekleşmesi halinde, vericinin vasiyeti, beyanı ya da yakınların rızası aranır. Aynı hassasiyetin sırf ölümün kaza ya da doğal afet nedeniyle gerçekleşmesi halinde gösterilmemesi, gereksiz kalmış ve düşündürücüdür. ODNK m.14/4 bu şekliyle, mirasçılarının ölümün cesedi üzerindeki kişilik hakkına, deyim yerindeyse ölümün gerçekleşme şekline göre müdahale etmektedir. Bu ise, hukuken kesinlikle kabul edilebilecek bir düşünce şekli değildir²⁴.

SONUÇ

- Tıbben ölüm olayının gerçekleştiğini ve ölüm zamanını, tespit edecek olan doktorlardır. Hukukçu ölümün ne olduğu ile uğraşmaz.
- ODNK m.14 uyarınca, bir kimse sağlığında vücudunun tamamını ya da belirli organ ve dokularını, tedavi, teşhis ya bilimsel amaçlar için bıraktığını vasiyetname yoluyla belirtmiş ya da bu yöndeki isteğini iki tanık huzurunda sözlü olarak açıklamış ise, ölü vericinin yakınlarının rızasına gerek yoktur.
- Vericinin ister vasiyetname yoluyla, ister iki tanık huzurunda sözlü olarak organ ve dokularının naklini talep etmesi halinde, mirasçılarının buna uyması şarttır.

²³ CİHAN s.22.

²⁴ CİHAN, s.22.

- Vericinin sağlığında bu konuda herhangi bir irade açıklamasında bulunmaması halinde, organ ve doku nakli için mirasçılar ya da yakınlarının rızası söz konusu olacaktır.
- ODNK m.14/1'deki "eş" konusunu da açıklığa kavuşturmak gerekir. ODNK m.14/1'in "eş" ifadesi aslında oldukça açıktır. Buradaki eş deyi-mi; Türk Medeni Kanununun ilgili hükümlerine göre aralarında evlilik birliği kurulan kimse anlamındadır. Ancak konunun sosyolojik boyutu gözardı edilemez ve edilmemelidir. Aralarında hukuken evlilik birliğini kuran resmi nikâh olmayan ancak dini nikâh bulunan kadın ile erkekten birinin ölümü halinde, diğerinin ölen dini nikâhlı eşinin organ ve dokula-rının alınması konusunda iradesini ortaya koyamaması, olayların çoğun-da geride kalan kadını ya da erkeği manevi anlamda rahatsız edecektir. Bundan dolayı ODNK'da resmi nikâh olmadan dini nikâh yapılmasını özendirmeyecek, buna teşvik etmeyecek tarzda, kadının birçok medeni hakından yararlanamaması sonucuna çanak tutmayacak şekilde bir dü-zenleme öngörülebilir. Bu sayede aralarında yalnızca dini nikâh bulunan kimseler, ODNK 14/1' de nakle ilişkin rıza gösterebilirler.
- Mirasçıların, ölmüş verici miras bırakanın bedeni üzerindeki hakları bize göre kişilik hakkıdır.
- Her çocuğun ölmüş verici ana veya babasının cansız bedeni üzerindeki kişilik hakları eşittir, aynı değerdedir.
- Organ ve doku naklini kolaylaştırmak adına, kişilik hakları ihlal edilmemelidir.
- Mirastan yoksun olma, mirastan ıskat edilme ya da mirastan feragat etme, ölmüş vericinin organ ve doku nakline ilişkin rıza gösterme bakımından doğrudan bir engel teşkil etmez. Böyle bir sınırlama ODNK m.14'te bu-lunmamaktadır. ODNK m.14 bu düzenlemede rıza gösterecek kimseleri belirlerken, miras hukuku kurallarına göre bu belirlemeyi yapmamıştır.
- Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca yukarıda belirttiğimiz üzere ev-latlık evlat edinmenin altsoyudur ve nasıl ki TMK m 495 uyarınca da altsoy birinci derece mirasçıdır, o halde evlatlığın da ODNK m.14'te ilk kademedede sayılması gerekirdi. Evlatlığın ODNK m.14'te sayılmamış olması eksikliklidir.
- ODNK m.14/'de kastedilen beyanın yalnızca ölmüş vericinin beyanı mı olacağı yoksa yakınlarının da beyanın kastedilip kastedilmediği madde hükmünden anlaşılamamaktadır. Bize göre maddedeki "beyan" dar yo-rumlanarak, yalnızca ölmüş vericinin beyanı şeklinde algılanmalıdır.
- ODNK m.14/4'de ölüm olayının kaza ya da doğal afet sonucu vücudun ağır harabiyeti sebebiyle gerçekleşmesi halinde ise vericinin vasiyeti ya da beyanı veya yakınlarının rızasının aranmaması, mirasçılarının kişilik hakkına aykırılık teşkil edebilecektir.

KAYNAKÇA

- Ali Hulki CİHAN (Selin Sert) *Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Arif BİLGİN, *Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları Üzerinde Bir Deneme*, İstanbul Barosu Mecmuası, Eylül-Ekim 1968 - Eki: 1 İstanbul, 1968.
- Hilmi ÖZARPAT *Transplantasyon=Organ Nakli Hukuku* (s.258, 259), Ankara Barosu Dergisi, C:25, S:2.
- Köksal BAYRAKTAR, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972
- Nevzat TOROSLU, *Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk*, AÜHFD, C. XXXV, S.1-4, Ankara, 1981
- Nuşin AYİTER, *Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli*, (s. 137-144) AÜHFD, C:15 S:1-2, 1968.
- Şahin AKINCI, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Teoman AKÜNAL, *2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması ve Nakli Hakkında Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler* (s. 19-30) Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İstanbul, 1983.

Yağma Suçu ve Cebir Kavramı

The Plunder and the Concept of Violence

Arş. Gör. Ezgi CANKURT*

Özet

5237 sayılı TCK'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında; mağdurun, herhangi bir vasıta kullanılması sonucunda kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi cebir sayılmıştır. Bu özel düzenlemenin varlığı, cebrin unsur teşkil ettiği suçlar bakımından bu varsayımın uygulanıp uygulanmayacağı hususunda net bir cevap vermemektedir. Fakat Cebir Suçunun düzenlendiği TCK m.108'de de açıkça bir sınırlandırma yapılmamıştır. Söz konusu husus sadece madde gerekçesinde açıklanmıştır. Kanımızca, genel hükümlerde tanımlayıcı bir norm bulunması tereddütleri ortadan kaldıracaktır. Mevcut düzenleme ile, cebrin ayrı bir unsur olarak madde metninde yer aldığı suçlar bakımından; mağdurun direncini kıran her şey, cebir sayılmalıdır.

Anahtar Kelimeler

Yağma Suçu, Yağma Suçunda Cebir Kavramı, Tanımlayıcı Norm.

Abstract

According to the Article 148/3 of Turkish Penal Code no 5237; Injury of the victim by any means in such a way to cause loss of conscious and strength to defend oneself is also considered violence in offense of plunder. The existence of this special arrangement does not provide a clear answer regarding whether the application of these assumptions with regard to offenses that constitute elements of violence. But the violence crime in the Article 108 of TPC no 5237, where it is yet clearly limited. The relevant matters are described only in the motives of the article. In our opinion, a defining rule in general terms will eliminate all the doubts. With existing regulations, according to the offenses that includes the violence as a separate element in the terms of the article's text; anything broke the resistance of the victim, should be considered as violence.

Keywords

The Plunder Crime, The Concept of Violence in the Plunder Crime, Defining Rule.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

GİRİŞ

Yağma Suçu, Malvarlığına karşı suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının onuncu bölümünde düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK, Malvarlığına Karşı Suçların bulunduğu yer açısından, 765 sayılı TCK'dan farklı bir yol izlemiştir. Kişilere Karşı Suçlar kısmında yer alması, Kanun Koyucunun "*bireye öncelik vermesi ve bunun sonucu olarak bireylere karşı suçların topluma ve devlete karşı suçların düzenlenmesi şeklindeki genel suç politikası yaklaşımının bir görünümüdür.*"¹ Malvarlığına² karşı suçların sadece malvarlığına yönelik hukuksal değerleri koruduğu düşünülse de, ceza kanunumuzun sistematğinde düzenlendikleri yer itibarıyla de değerlendirildiğinde; kişilere yönelik koruma içerdiği de görülmektedir.³

Tam ve sağ doğumla başlayan kişilik (Medeni Kanun m.28)⁴, bireye bazı kişilik hakları da bahşeder. İnsan hakları kişilik kavramına uluslararası bir koruma sağlarken; 1982 tarihli Anayasa'nın 2., 12., 17. ve 35. maddeleri ise ulusal bir koruma sağlar. Söz konusu maddeler kişilikle bağlantılı hakları düzenlemektedir.⁵ Suç konumuz ile bağlantılı kişi haklarından vücut bütünlüğü de mutlak olarak koruma altındadır.⁶

¹ Selman DURSUN, "*Malvarlığına Karşı Suçlar*", Sonbahar HPD, 2004, S.2, s.190, "*Mal aleyhinde işlenmiş olmakla beraber, yağma suçlarının toplum üzerindeki etkisine ve maldan ziyade suçun işlenmesinde kullanılan cebir, şiddet ve tehdide önem veren yasa koyucu, bu suçlarda mal değerinin azlığı nedeniyle cezadan bir indirim yapılmasını yerinde görmüştür. Bundan başka, az değerde bir malı almak için cebir, şiddet veya tehdit uygulayan kişinin gösterdiği ahlaki kötülük ve bu eylemin toplum üzerinde gerçekleştirdiği etki, yasa koyucuyu bu şekilde harekete zorlamıştır.*" YCGK, 08.02.2005, 2004/6-190, 2005/10; Legal Hukuk Dergisi, C.3, S.30, İstanbul 2005 Kanaatimizce bireye verdiği değeri 5237 sayılı TCK'da ön planda tutan kanun koyucunun yağma suçunda 765 sayılı TCK'nın aksine indirim öngörmesi kanun koyucunun vermiş olduğu bu önemle çelişmektedir. Bkz. 5237 sayılı TCK m.150/2 "*Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir.*"

² "*Bir kişinin aktif ve pasifinin bütünü mamelektir.*" Görüşü için Bkz. Francesco ANTOLİSEI (Çev. Uğur ALACAKAPTAN), "*Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar*", AÜHFD, C.XIX, 1962, S.1-2, s. 68.

³ Benzer görüşte bkz. Durmuş TEZCAN/ Mustafa Ruhan ERDEM/ R. Murat ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yay.2012, s.517; Mahmut Koca, "*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu*", Legal Hukuk Dergisi, 2005, s.2799; Nur CENTEL/ Hamide ZAFER/ Özlem Yenerer ÇAKMUT, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Beta Yay. İstanbul 2011, s.275; "*Birden çok hukuksal varlık veya menfaatin ihlale uğradıkları kimi suçlarda (reatiplurioffensivi), yasa yapıcısı, ister istemez bunlardan hangisine öncelik ve üstünlük tanıyorsa, suçu o hukuksal konu içinde düzenlemek gereğini duymaktadır.*" Açıklamalar için bkz. Sami SELÇUK, *Dolandırıcılık (Evrimi-Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri)*, Yasa Yay, İstanbul 1982, s.19.

⁴ Serap HELVACI, *Gerçek Kişiler*, 3.Bası, Legal Yay., İstanbul 2010, s.23 vd., M. Kemal OĞUZMAN/ Özer SELİÇİ/ Saibe Oktay ÖZDEMİR, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 12.Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2012, s.10.

⁵ "*Demokrasilerde "Ferd hür olmaya mecburdur." Hürriyetin tarifi kanunlarda değildir. Çünkü sadece kanunlara itaat hürriyet sayılmaz. Demokrasilerde ferd, kendini hür hissettiği zaman hürdür.*" Özgürlüğe yönelik açıklamalar için bkz. Faruk EREM, *Hürriyet ve Suç*, AHF Yay, Ankara 1952.

⁶ Kişilik hakkı bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı, s.98vd., Kişilik hakkının konusu olan değerler için ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR,, s.15vd.

İnceleme konumuz olan *cebir karinesi* yağma suçunun temel şeklinin düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Cebir karinesi ile bağlantılı olarak öncelikli olarak yağma suçunun unsurları incelenecek, daha sonra bu kavrama yönelik açıklamalarda bulunulacaktır.

I. GENEL OLARAK YAĞMA SUÇU

Yağma suçu⁷ 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının onuncu bölümünde madde 148 ve devamında düzenlenmiştir. Yağma suçu kanunumuzda "*Malın yağması*" ve "*Senedin yağması*" olmak üzere iki kategoride düzenlenmiştir.⁸

Yağma suçunun temel şeklinin düzenlendiği ilk fıkra eşya yağmasını yaptırma bağlamaktadır. 5237 sayılı TCK m.148/1'de "*Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi*"nin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

İkinci fıkrada ise senedin yağması düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK m.148/2'de ise "*Cebir veya tehdit kullanılarak mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet hâline getirilebilecek bir kâğıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymaya mecbur edilmesi hâlinde de aynı ceza verilir.*" şeklinde düzenlenmiştir.

İnceleme konumuz olan *cebir karinesi* ise 765 sayılı mülga TCK'nın 501. maddesinde düzenlenmekteydi.⁹ 5237 sayılı TCK m.148/3'te de benzer bir hükme yer verilmiştir: "*Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır.*"¹⁰ Böylelikle

⁷ "Yağma suçu, cebir ve tehditle başkasının malını almaktır diye tanımlanabilir." Tanım için bkz. İsmail MALKOÇ, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-187) 1.cilt, Malkoç Kitapevi, Ankara 2007, s.1004; 765 sayılı kanunda 495-502. Maddeler arasında düzenlenmiş olan yağma suçları bazı kategorilere ayrılmıştı. Bunlar "a - Zorla yağma (md.495); b - senedin yağması (md.496); c - Korkutarak faydalanma (md. 498); d - Adam kaldırmak (md.499); e - Muhabere nakletmek (md.500)tir. 497. maddede yağma cürümlerinin ortak ağırlatıcı sebepleri gösterilmiş, 501. maddede, bir kimseyi kendini bilemeyecek veya müdafaa edemeyecek hale bir vasıta ile getirilmiş olması cebir ve şiddet sayılacağı gösterildiği gibi, 502.maddede gece vaktinin tespitine yönelik bir kural konulmuştur." bkz. Ayhan ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitapevi, İstanbul 1994, s.342.

⁸ Doktrinde malın yağması ve senedin yağması olarak iki ayrı başlıkta inceleyen yazarlar da vardır. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, malın yağması için bkz s.342 vd. ve senedin yağması için bkz s.371 vd.

⁹ Bkz. 765 sayılı TCK m.501 "*Bir şahsın herhangi bir vasıta ile kendini bilmeyecek veya müdafaa edemeyecek hale getirilmesi dahi hırsızlık cürmünde cebir ve şiddet sayılır.*"

¹⁰ Kanun koyucunun bu maddede "*özel bir cebir hali*" ne yer verdiği hususunda bkz. Erdener YURTCAN, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 1. baskı, Beta yay. İstanbul 2008; Erdal NOYAN, *Hırsızlık ve Yağma Suçları*, Bilge Yay, Ankara 2011, s.362.

mağdurun, herhangi bir vasıta kullanılması sonucunda kendisini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi¹¹ aynı şekilde yaptırım altına alınmıştır.

765 sayılı TCK'da yer alan korkutarak yararlanma ve adam kaldırma suçları, 5237 sayılı TCK'da suç kapsamına alınmamıştır. Adam kaldırma fiilleri ve yağma suçunun maddi unsuru olan fiillerin bir arada olması durumunda 5237 sayılı TCK m.109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu uygulanacaktır.¹²

1. KORUNAN HUKUKSAL DEĞER

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2002/1-94 Esas 2002/225 karar sayılı 26.03.2002 tarihli kararında da belirtildiği üzere "*Yağma suçu bir kişinin malını cebir ve şiddet veya tehdit kullanarak almak suretiyle oluşturduğundan, unsurları itibarıyla kişinin hem zilyetliğine hem de hürriyetine yönelik bir suçtur. Ancak burada kişi hürriyetine yönelen saldırı, mal aleyhine işlenen suçun gerçekleştirilmesi bakımından bir araç niteliğinde bulunduğundan, bu suç sonuç itibarıyla "mal aleyhine" işlenen bir suçtur.*"¹³

Yağma suçu birden fazla hukuksal değere yönelik koruma sağlayan bir suçtur. Fakat kendi bünyesinde hırsızlık ve işleniş biçimine göre cebir veya tehdit suçlarını kapsamına alır. Bu sebeple birleşik suçtur, fakat bünyesinde barındırdığı suçlardan ayrı bağımsız bir suçtur.¹⁴ Bu nedenle bünyesinde barındırdığı suçlara yönelik nitelikli hallerin yağma suçu bakımından uygulanması mümkün değildir. Bu genişletici yorum olacaktır. Hatta Ceza Hukukunun temel ilkele-

¹¹ Örnek kararlar için bkz. "*Sanığın, yakınının kahvesine uyuşturucu madde koyarak bayılmasını sağlayıp üzerinde bulunan para ile aracın anahtarını alması şeklinde gerçekleşen eylemin kanunda yer alan düzenleme dikkate alındığında cebir kullanarak yağma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.*" Y6CD, 17.01.2012, 2011/9428-2012/232, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi) 14.02.2013; "*Sanık Osman Ç...nin diğer sanıklar Hasan Ç...ve İsmail E... ile yakınana karşı şantaj amacıyla kullanmak üzere cinsel içerikli uygunsuz fotoğraf ve kamera çekimi yapmak için yaptıkları plan uyarınca; katılanı olay yeri olan evde davet edip, içeceğine uyutucu veya uyuşturucu ilaç katarak bayılmasını veya kendinden geçmesini sağlayıp, diğer bayan sanık ile cinsel ilişkide bulunuyormuş gibi fotoğraf ve kamera çekimleri yaptıkları sırada, sanık Osman'ın diğer sanıklar ile aralarındaki suç işleme kasıtlarından farklı olarak, yakınının paralarını ve bir kısım eşyalarını aldığı, katılanın aşamalarda tutarlı anlatımından, sanık İsmail'in ifadesinden ve olay sonrası katılanın sanık ile yaptığı telefon görüşmesi kayıtlarının dökümünden anlaşılma karşısında; sanığın yükletilen yağma suçunu işlediği gözetilmeden, yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle sanığın beraatine karar verilmesi.."* Y6CD, 11.05.2010, 2006/7714-2010/6220, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi) 14.02.2013.

¹² Aynı doğrultuda bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.555; KOCA, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2808

¹³ Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi) 14.02.2013

¹⁴ 5237 sayılı TCK m.42 uyarınca, "*Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*"; Hırsızlık suçunda bulunan genel unsurların yağma suçunda da bulunması gerektiği hususunda bkz. Mahmut KOCA, "*Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı*", Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta Yay. İstanbul 2002, s.1482; Çok hukuksal konulu suçlarda suçların birleşerek bir başka hukuksal ad altında yeni bir suç oluşturmaları hususundaki açıklamalara bkz. SELÇUK, S.20.

rinden olan kıyas yasağına aykırı şekilde, yağma suçunun bünyesindeki suçlara özgü nitelikli haller yağma suçu bakımından uygulanamayacaktır.¹⁵

Yağma suçunda hem bireyin beden bütünlüğü, hem iç huzuru hem de bu kapsamda malvarlığı değerlerini, mülkiyet hakkı (beraberinde zilyetlik) korunmaktadır.¹⁶ Ayrıca cebir suçunun yaptırımı olarak kasten yaralama suçuna yönelik hükümlerin uygulanacağından bahisle, kasten yaralama suçunda korunan hukuksal değerın vücut bütünlüğü olması sebebiyle bu suç bakımından da vücut bütünlüğü korunan hukuksal değerler içinde nitelendirilebilir.¹⁷

Doktrinde malvarlığına karşı suçlarda zilyetlik kavramı tartışmalı bir husustur.¹⁸ Ceza hukukunda kişinin zilyetliği ile özel hukuktaki zilyetlik arasında fark olduğunu savunanlar olduğu gibi¹⁹, aynı temelde olup benzer ölçütlerin ele alınarak açıklanması gerektiğini savunanlar da vardır.²⁰ Ceza hukuku anlamında zilyetlik, mal üzerinde kurulan fiili iktidarın özerk olarak yani nesnede daha üstün bir hakka sahip olan kimsenin doğrudan doğruya bir gözetimi olmaksızın kullanıldığı bütün varyasyonlara denir.²¹

2. BENZER SUÇLARLA KARŞILAŞTIRMA

Yağma suçu; hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma gibi suç tipleriyle ilk göze çarpan ayrılık noktası malın alınmasına yönelik cebir veya tehdidin varlığı dolayısıyla kendini göstermektedir.

¹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.556.

¹⁶ "Kısaca, cebir veya tehdit yoluyla işlenen hırsızlığa yağma denir." TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.556; KOCA, "Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı", s.1482.

¹⁷ Benzer görüşte bkz. KOCA, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2801

¹⁸ "Bir şeyin mal sayılması için iktisadi değer taşıması şart değildir. Nitekim iktisadi değeri olmayan ve fakat hatıra değeri olan bir şey de maldır." (Manzini'den aktaran GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, "Mal'a Karşı Cürümler", AD, S.9-10, 1974, s.730, S.9-10, 1974, s.9-10, 1974, s.730)

¹⁹ Malvarlığına karşı suçlarda özellikle de hırsızlıkta münhasıran zilyetliğin korunmadığı hususunda bkz. Adli KISAGÜN, "Ceza Hukukunda ve Medeni Hukukta Zilyetlik Mefhumi", AD, S.9-10, Yıl:53, 1962, s.1014 vd.

²⁰ Zilyetliğin özel hukuk ve ceza hukuku bakımından benzer olduğu görüşü ve zilyetliğe yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Doğan SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. bası, Savaş yay, 1999, s.197 vd., "Zilyetlik özel hukukun temel kavramlarından birisidir. O halde bu konuda hareket noktası özel hukuk olmalıdır." bkz. SOYASLAN, 1999, s.197; Özel hukuk kavramları ile ceza hukuku kavramlarının her zaman ayrı anlam taşıdığını iddia etmenin yanlışlığı ve kavramların bağdaştığını fakat somut olaya uygun bir şekilde yorum gerekliliği hususunda bkz. ANTOLİSEİ, s.68; Ayrıca zilyetliğe yönelik doktrin görüşleri için bkz. ANTOLİSEİ, s.81-85, Zilyetliğin esas itibarıyla bir özel hukuk müessesesi olduğu ve hareket noktasını medeni kanunun tespit etmesi gerekliliği için bkz. ANTOLİSEİ, s.85vd.; özel hukuktaki ve ceza hukukundaki malvarlığı kavramının arasında karşılıklı bir iletişim olduğu hususunda bkz. SELÇUK, s.29.

²¹ ANTOLİSEİ, s.87; Konuya ilişkin açıklamalar ve ayrıca "...mal üzerindeki fiili iktidarlarını özerk bir şekilde kullanan, yani malı serbest olarak elinde bulunduran herkes zilyed" kabul edilir görüşü için bkz. Hasan ERMAN, "Türk Ceza Kanununda Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Yetersizliği", İHFM, C.XLI, 1975, S.1-2, s.139-140 Koca, "Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı", s.1482; benzer bkz. SELÇUK, s.31.

2.1. Hırsızlık Suçu İle Karşılaştırma

Yağma suçunun tamamlanması için malın cebir veya tehditle alınması gerektiğinden "*karma unsurlu*"²² addedilen yağma suçu, hırsızlık ve cebir veya hut tehdit suçlarını kapsayan bir suçtur. Doktrinde "*cebri hırsızlık suçları*"^{23,24} da denilmektedir.

2.1.1. Hırsızlık Suçuyla Ortak Noktaları

Hırsızlık suçunun genel unsurları bakımından değerlendirme yapıldığında; a – Hırsızlık suçunun konusunun taşınabilir mal oluşturmaktadır b – Kas-ten işlenebilen suçlardandır. c – Ani suçlardandır. d – Manevi unsur açısından kasten işlenebilen bir suç olmakla beraber mal faydalanmak amacıyla²⁵ alınmalıdır. e – Suçla korunan hukuksal yarar zilyetliktir.²⁶

Hırsızlık suçunun Yağma suçuyla benzer noktaları çoktur. Bunun nedeni hırsızlık suçu ile cebir veyahut tehdit suçunun bir araya gelerek, yağma suçunu oluşturmasıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2011/6-332 esas 2012/21 karar 7.2.2012, tarihli kararında "765 Sayılı T.C.K.de "*gasp*" olarak adlandırılan yağma, esasında cebir veya tehdit kullanmak suretiyle yapılan hırsızlıktan ibarettir. Hırsızlıkla yağma suçları aynı ortak unsurlara sahip olup, ayrıldıkları tek nokta ya da başka bir deyişle yağmanın, hırsızlığa oranla sahip olduğu ilave unsur, malı almak için cebir veya tehdit kullanılmasıdır.

Yağma suçu amaç ve araç hareketlerden oluşan bir suçtur. İlk önce almayı gerçekleştirmek için araç hareketler olan cebir veya tehdit kullanılır, sonrasında bu cebir ve tehdidin etkisiyle malın alınması veya tesliminin sağlanması ile suç tamamlanır.

Yağma, tehdit veya cebir kullanmayla hırsızlık suçlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş bileşik bir suç olduğundan birden çok hukuksal değeri korumaktadır. Kendisini oluşturan suçların korudukları hukuksal değerler olan kişi özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, zilyetlik ve mülkiyet yağma suçunun da koruduğu hukuksal değerlerdir."²⁷ şeklinde belirtmiştir.

²² Yağma suçunun hukuksal niteliği bakımından ayrıntılı açıklama için bkz. ÖNDER, s.342

²³ Ahmet GÜNDEL, *Zimmet-Sahtecilik-Dolandırıcılık-Yağma-Hırsızlık-Güveni Kötüye Kullanma Suçları*, Seçkin yay, Ankara 2009, s.250.

²⁴ "Gasp suçunu hırsızlık suçundan ayıran temel ilke, sanığın malı almak ya da zilyedinin malın alınmasına ses çıkarmamasını temin yönünden cebir veya şiddet ya da tehdit kullanılmasıdır." Bkz. Kubilay TAŞDEMİR / Ramazan ÖZKEPİR, *Hırsızlık Suçları, Açıklamalı-İçtihatlı*, Ankara 1996, s.14.

²⁵ Bir fiilin hırsızlık suçunu oluşturabilmesi için malın alınmasının gerektiği hususunda açıklama için bkz. Naci ŞENSOY, *Basit Hırsızlıklar ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, (Türk Ceza Kanununun 491, 492 ve 493'üncü maddeleri)*, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul 1963, s.52; Faydalanmaktan kasdedilenin "*başkasına ait olduğu ve sahibinin rızasının bulunmadığını bildiği bir maldan istifade etmek niyetinin bulunması*" olduğu hususundaki açıklamalar için bkz. ŞENSOY, s.66

²⁶ GÖZÜBÜYÜK, s.10.

²⁷ YCGK, 7.2.2012, 2011/6-332-2012/21, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*, (Çevrimiçi) 14.02.2013

2.1.2. Hırsızlık Suçuyla Farklı Noktaları

Yağma suçu, bünyesinde barındırdığı hırsızlık suçundan başka unsurlar taşımaktadır. Yağma suçunda failin malı almak için cebir veya tehdit kullanması gerekmektedir. Ayrıca korunan hukuksal değer bakımından da yağma suçunda kişi özgürlüğü, zilyetlik ve mülkiyet ve *doktrinindeki görüş kabul edilirse* vücut bütünlüğü de korunmaktadır.

2.2. Güveni Kötüye Kullanma Suçu İle Karşılaştırma

Yağma suçundan farklı olarak, güveni kötüye kullanma suçunda malın teslimi rızaya dayanmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunda (5237 sayılı TCK m.155) kişi muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak için kendisine verilen mal üzerinden tasarruf etmektir. Dolayısıyla bu malın zilyetliğin elde ederken karşı tarafın hem rızası vardır, hem de ona karşı hukuka aykırı bir araç kullanılmamıştır. Oysaki yağma suçunda zilyetlik cebir veya tehdit kullanılarak elde edilmektedir. Her iki suçun da konusunu taşınır mallar oluşturmakta olup, malvarlığına karşı işlenen suçlardandır.

2.3. Dolandırıcılık Suçu İle Karşılaştırma

Dolandırıcılık suçu da çok konulu bir suçtur. Yağma suçunda haksız menfaata mağdurdan cebir veya tehdit kullanarak elde edilirken, dolandırıcılık suçunda hile kullanarak elde edilmektedir. Dolandırıcılık suçunda mağdurun iradesi fesda uğratılmaktadır. Mağdur aldatılmış, ifsat edilmiş bir irade ile hareket etmektedir. Malın teslimi feda uğratılmış iradenin rızasıyla yapılmaktadır.²⁸ Dolandırıcılık suçunda hile unsurunun oluşumu için adeta bir sahneye koyma şeklinde olması gerekmektedir. Yağmadan farklı olarak, dolandırıcılık suçunun konusu taşınır veya taşınmaz mal olabilir.²⁹ Her ikisi de malvarlığına karşı işlenen suçlardandır.

Yağma cebirli bir suçtur³⁰, dolandırıcılık ise hileli hareketlerin kullanıldığı bir suçtur. Korunan hukuksal değerler bakımından kişilerin zilyetlik ve mülkiyet hakları ile kişi özgürlüğü ortaktır. Birbirinden farklı olarak fakat yağmada vücut bütünlüğü ile dolandırıcılıkta ise irade ve karar verebilme özgürlüğü de³¹ korunmaktadır.

2.4. İrtikâp Suçu İle Karşılaştırma

Yağma suçunun faili herhangi bir kişi olabilirken, irtikâp suçunun faili muhakkak kamu görevlisi olmalıdır. Düzenlendikleri yer itibarıyla de fark-

²⁸ "dolandırıcılıkta hileyle dayalı rızayı teslim" in olduğu hususunda bkz. TAŞDEMİR/ÖZKEPİR, s.14.

²⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.346.

³⁰ Yağmanın bir şiddet suçu olduğu hususunda bkz. Timur Demirbaş, *Kriminoloji*, 3. bası, Seçkin Yay, Ankara 2010, s.210.

³¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.346.

lilik arz etmektedir. Yağma suçu kişilere karşı suçların yer aldığı kısımda malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenirken, irtikâp suçu adliye karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Suçla korunan hukuksal değerlerin farklılığı hemen göze çarpar. İrtikâp suçunda kullanılan cebir, manevi anlamda algılanmalıdır. Oysaki yağma suçundaki cebir, kişinin hayatına, vücut bütünlüğüne veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle yapılmaktadır.³² Bu nedenle cebir, geniş bir kapsam taşımaktadır.

2.5. Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu İle Karşılaştırma

Fail senedin yağmasında senedin kendisine teslimini cebir veya şiddetle sağlarken, imzanın kötüye kullanılması suçunda mağdur senedi kendi rızasıyla faile teslim etmektedir. Açığa atılan imzanın kötüye kullanılmasında tek başına hukuksal bir anlamı olmayan bir evrak varken, senedin yağması borç doğurucu unsurlarıyla tamamlanmış hukuk âleminde etki yaratabilen bir evraktır.³³

3. SUÇUN UNSURLARI

3.1. Suçun Maddi Unsurları

3.1.1. Fail

Suçun mağduru dışında, herkes fail olabilir. Yağma suçu fail bakımından bir özellik göstermemekle birlikte, en az iki kişinin gerçekleştirerek işlediği yağma suçu bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal uygulanacaktır.³⁴

3.1.2. Mağdur

Yağma suçunun mağduru herkes olabilir. Fail dışında bir gerçek kişi olmalıdır. Böylece mağduru, hâkimiyetindeki malı teslimine zorlanarak yahut malın alınmasına karşı direnci kırılarak malı alınan gerçek kişi olarak tanımlayabiliriz.³⁵

3.1.3. Fiil

Yağma suçu fiil bakımından özellik gösteren bir suç tipidir. Araç ve amaç hareketleri kapsamına alması sebebiyle "*çok hareketli suç*", netice olmadığı için "*sırf hareket suçu*" ve cebir yahut tehdit dışında malın alınması durumunda yağma suçu gerçekleşmeyeceği için ayrıca "*bağlı hareketli suç*"tur.³⁶

³² ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.814 vd.

³³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.572.

³⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.348.

³⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.348.

³⁶ MAHMUT KOCA/ İLHAN ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1. bası, Adalet Yay, Ankara 2013, s.585.

Yağma suçunda fiilin iki başlıkta ele alınması zorunludur. Eşyanın ve senedin yağması olarak kanunda ayrı fıkralarda düzenlenmiştir.

3.1.3.1. Eşyanın Yağmasında Fiil

Eşyanın yağması suçu, seçimlik hareketli bir suçtur.³⁷ Gerekçede de belirtildiği üzere ".*bu suçun oluşabilmesi için, mağdurun rızasının, cebir veya tehdit kullanılarak ortadan kaldırılması gerekir.*" Eşyanın yağması bakımından yağma suçunda failin tehdit ederek veya cebir kullanarak mağduru bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya zorlanması gerekir.³⁸

3.1.3.1.1. Tehdit Kavramı

Yağma suçu, malın alınması amaç fiilinin yanında cebir ve tehdit olmak üzere araç fiilleri kapsamına almaktadır.³⁹ Yağma suçunda tehdit; "*Taşınabilir malının teslimine veya kendisi tarafından ele geçirilmesine malın sahibini susturmak maksadıyla*"⁴⁰ kişiye kendisinin veya bir yakınının hayatına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına bir saldırı düzenleneceği veya malvarlığı yönünden büyük zarara uğratılacağından bahisle gerçekleştirilmesi gerekir. Tehdit, bu özelliği itibarıyla mağduru zorlayacak nitelikte ve ağırlıkta olmalıdır. 5237 sayılı TCK m.148/1 lafzıyla tehdidin "*Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle*" gerçekleştirilmesi gerekir. Maddede sayılan hukuksal değerlerin yağma suçunun araç fiillerinden olan tehdidin konusunu oluşturması mümkün değildir. Kanun koyucu burada tehdidin konusu olabilecek hukuksal değerleri sınırlandırmıştır. Doktrinde kişinin şerefine yönelik olarak tehdit edilmesi yağma suçunda malın alınmasına ve yahut teslimine yönelik fiillerden kabul edilmemesi eleştirilmektedir.⁴¹

³⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.348.

³⁸ "...*cebir veya tehditle malın teslim edilmesi veya alınması arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunmalı; cebir veya tehdidi, malın teslimi veya alınması izlemelidir.*" Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.3541.

³⁹ "ÖZET: Yağma suçu içinde gerçekleştirilen tehdit eylemleri amaç suç içinde eriyen eylemler olup ayrı ayrı suç oluşturmaz(...)" YCGK, 04.05.2010, 6-63/102, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi), 14.02.2013

⁴⁰ Bkz. Fahrettin KIYAK, *Türk ve Askeri Ceza Kanunlarında Yağma Cürümleri ve Tatbikatı*, Yıldız Matbaası, Ankara 1955, s.23; Eski TCK döneminde verilen bir kararda "*Sanık hakkında mahkemece uygulanan TCK'nın 495. maddesi yağma suçunu (menkul bir malın zilyedini ve cürüm mahallinde bulunan bir başkasına cebir ve şiddet kullanarak veya malen büyük bir tehlikeye düşürecek beyanı ile tehdit ederek o malı teslimine yahut o malın kendi tarafından zaptına karşı sükût etmeye mecbur kılar) şeklinde tarif etmiştir.*" Y.6.CD 8.12.1977 E:6961 K:7050; Cevat Özel, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 1. bası, Arion Yayınevi, İstanbul 1995, s.551.

⁴¹ Madde metninde şeref ve haysiyete yönelik tehditlerle menfaat sağlanmasının yağma suçunu oluşturmayacağı doktrinde söz konusu maddenin 5237 sayılı TCK'nın "kişilere karşı suçlar" kısmında düzenlenmiş olması bu sebeple de malvarlığına yönelik değerlerin "*kişiyeye ait değerler hiyerarşisinde*" en sonda yer aldığı, buna rağmen yağma suçunda malvarlığına yönelik değerlerin

Tehdidin mağdurun kendisine yahut yakınına yönelik gerçekleştirilmesi gerektiğinden burada yakının kim olduğu hususu kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmediği için bir anlık duraksamaya yer vermektedir. Tehdidin ciddiyeti objektif kıstaslara göre değerlendirilmelidir.⁴²

Fail gerçekleştirmiş olduğu tehdit fiili dolayısıyla ayrıca 5237 sayılı TCK m.106'dan cezalandırılmayacaktır. Tehdit suçu, yağma suçunun bir unsurudur. Yağma suçunun bünyesinde tehdidi barındırması sebebiyle bileşik suçtur. Ayrıca suçun unsurunu veyahut nitelikli unsurunu oluşturan suçlardan dolayı ceza verilmez.

Tehdidin maddede düzenlenmeyen bir hakka yönelik gerçekleştirilmesi durumunda şartları varsa şantaj suçu dahi gündeme gelecektir.⁴³

Kanunumuz tehdidin yöneldiği kişinin bizzat zilyet olmasını aramamıştır. Zilyedin yakınına yönelen tehditle zilyedin iradesi kırılırsa, yine yağma suçu oluşur. Mağdur tarafından tehdidin ciddiye alınmış olması, önemsenmesi tehdit fiilinin oluşumu için yeterlidir. Örneğin oyuncak bir tabanca dahi mağdura gösterilse, burada onun oyuncak tabanca olması tehdit suçunun oluşmasını engellemez. Çünkü mağdurda tehdit sayılabilecek psikolojik etki yaratılmışsa tehdit suçu oluşmuş olur.⁴⁴

3.1.3.1.2. Cebir Kavramı

TCK Gereğesinin 6. maddesinde cebir kavramının tanımlanmasına gerek görülmediği belirtilmiştir. Suçun maddi unsuru bakımından bazı maddelerde araç fiiller (*örneğin TCK m.80, 148*), bazı maddelerde ise fiil (*örneğin TCK m.108*) başlığı altında irdelenen cebir kavramının genel hükümler bünyesinde ayrıca tanımlanmasına ihtiyaç vardır. Bu husus inceleme konumuz bakımından da önem arz etmektedir. Çünkü akla şu soru gelmektedir: Cebir karesi kavramı cebir kavramının bittiği yerde mi başlamaktadır, yoksa bu

yağma suçunda tehdidin konusunu oluşturup bundan önce yer alan hürriyet, şeref ve özel hayatın gizliliğine ilişkin değerlerin yağma suçunda tehdidin konusunu oluşturmaması eleştirilmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. KOCA, "5237 Sayılı TCK'da Yağma Suçu", s.2804; aynı doğrultuda bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.560; Kanaatimizce her ne kadar yağma suçunda malvarlığına karşı büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdidin yer alıp, hürriyet, şeref ve özel hayatın gizliliğine ilişkin değerlere yönelik tehdidin düzenlenmemesi bir eksiklik olarak nitelendirilse de; vurgulanması gereken söz konusu hakların Anayasada yer aldıkları bölümler itibarıyla esas olarak aynı bölümde yani kişinin hakları ve ödevleri bölümünde yer almalarıdır. Bu hakların yer aldığı 1982 Anayasa'nın 20vd maddelerde anayasal dayanağı olan bu hakların hemen akabinde 35. Maddede yer alan mülkiyet hakkı düzenlenmiştir.

⁴² İlhan ÜZÜLMEZ, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyetlere Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, Ankara 2007, s.53.

⁴³ Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gereğçeli-İçtihatlı) C.II Özel Hükümler (Madde 76-169)*, Seçkin Yay., Ankara 2008, s.1062; Yazar ayrıca, tehdidin ve cebirin iki farklı zaman diliminde kullanılabileceğini de savunmaktadır.

⁴⁴ Aynı doğrultuda bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.351.

kavrama mı dâhil sayılacaktır? İnceleme konumuz bakımından bu hususa da değineceğiz.

Cebir kavramı kelime anlamı olarak "zor, zorlayış"⁴⁵, "bir kimseyi zorlama, isteği ve iradesi dışında bir işi yapmaya zorlama, zorlanma"⁴⁶ demektir.

765 sayılı TCK m.501'de yer alan cebir karanesi düzenlenişi itibariyle hırsızlık suçu olarak nitelendirilebileceğini savunan yazarlar olmasına karşın çoğunlukla yağma suçunun içinde değerlendirilmiştir. Kanun koyucunun cebir karanesini, 5237 sayılı TCK açısından yağma suçunun yer aldığı 148. madde-nin 3. fıkrasında düzenlemesi isabetli olmuştur.⁴⁷ Yağma suçlarında düzenlenen cebir karanesi yani mefruz cebir⁴⁸ 765 sayılı Kanununumuz'dan daha sade bir anlatım içermektedir.⁴⁹ Kanunların anlaşılır nitelikte olması daha isabetlidir.

Yağmada bunun cebir sayılması için failin bizzat kendisi yapması gerekmektedir. Örneğin; mağdurun içtiği çaya ilaç katılması, mağdurun hipnotize edilmesi, mağdura aşırı derecede alkol içirilmesi gibi. Kullanılan bu gibi araçlar vasıtasıyla fail malı ya bizzat alır ya da mağdurun ona teslim etmesini sağlar. Failin henüz hırsızlık suçu tamamlanmadan malı almaya çalışırken bunu tamamlamak için bu araçlara müracaat etmesi de fiili yağma haline getirir.⁵⁰

Örneğin;(A) kuyumcu (K)'nın dükkânında bulunan 4 adet bileziği, kuyumcu (K)'nın o esnada başka bir müşteri ile ilgilenmesini fırsat bilerek el çabukluğu ile alır. Ve kuyumcu (K)'nın bu durumu fark etmesi üzerine, kapıdan (A)'nın çıkmasına müsaade etmeyerek bileziğini geri ister. Bu durumda failin silahını çıkartarak kuyumcuyu tehdit ederek gitmesi sonucunda yağma suçunun oluşacaktır. Faile yağma suçundan dolayı ceza verilecektir.

⁴⁵ TDK Güncel Türkçe Sözlük, (çevrimiçi), http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.511ec5d9b06d80.99312299, 16.01.2013

⁴⁶ Ali ŞAFAK, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Selim Kitapevi, İstanbul 2002, s.75.

⁴⁷ KIYAK,, s.12.

⁴⁸ Mefruz Cebir, sözlükte "Varsayılan zorlama, zorlamanın varsayıldığı durumlar" olarak tanımlanmaktadır. bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 5. bs, Yetkin Yay, Ankara 1996, s.528

⁴⁹ Benzer görüşte Ali Parlar/ Muzaffer Hatipoğlu, *Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar*, Kartal Yay., Ankara 2006, s.356.

⁵⁰ ÖZBEK, s.1053; Timur DEMİRBAŞ, "*Yağma Suçları*", Ed: Bahri ÖZTÜRK, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları, Seçkin yay, Ankara 2008, s.245; Kanaatimizce malın alınmasından sonra uygulanacak olan cebir veya tehdidin etkisinin malın alınması anında bu araç fiillerin gerçekleştirilmesi kadar yoğun olmadığı sebebiyle dolaylı yağma müessesesinin artık kanunda yer olmadığıdır. Kaldı ki bu durumda artık zilyetlik mağdurdan devralınmıştır. Hırsızlık suçu tamamlanmıştır. Malın alınmasının tamamlanmasından sonra "zilyetliğindeki malı sahibine iade etmemek için" uygulanan cebir veyahut tehdit kanunun hangi normunu ihlal ediyorsa o kapsamda değerlendirerek yaptırma gidilmesi gerekmektedir.; Yazar dolaylı yağma suçunun yeni TCK bakımından kaldırılmadığını savunmaktadır. Yazarın görüşü için bkz. Doğan SOYASLAN, "*Malvarlığına Karşı Suçlar*", Ed: Bahri ÖZTÜRK, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları, Seçkin Yay, Ankara 2008, s.234.

Örnek olayımızı biraz değiştirecek olursak, (A)'nın kuyumcu dükkânından hızlıca çıktıktan sonra kuyumcu (K)'nın durumu fark edip (A)'yı takip etmesi durumunda, (A) peşini bırakması için (K)'yı tehdit ederse artık burada hırsızlık suçu ve tehdit suçları arasında gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve faile her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilecektir.

3.1.3.1.2.1. Cebir Tanımı

Cebir, mağdur üzerinde onun direncini kırarak veya gerçekleştirmesi olası direncini engelleyecek her çeşit zorlayıcı fiildir.⁵¹ Fakat failin cebri yönelttiği kişi bakımından uygulanan cebir, irade özgürlüğüne etki etmelidir.⁵²

Yağma suçunda mağdurun direncini kırarak araç hareketlerden birisi olan cebir, esasen 5237 sayılı TCK'nın 108. maddesinin⁵³ Gerekçesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre "*Madde metninde cebir kullanma suçu tanımlanmıştır. Cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir.*

Latince karşılığı "vis compulsiva" olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir.

Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır".⁵⁴

Cebir, iradeyi ortadan kaldıran araçlardandır ve mağdurun üzerinde cebir kullanılması ile mağdurun direnci kırılacaktır.⁵⁵ Yani yağma suçu bakımın-

⁵¹ ÖNDER, s.344; cebirin mutlaka vücuda yapılması gerektiği fakat temasın zorunlu olmadığı hususunda bkz. Sinan ESEN, *Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar*, Adalet Yay, Ankara 2007, s. 166; ayrıca cebirin tarihsel kökenine yönelik açıklamalar için bkz. Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, 1. bası, Seçkin Yay, Ankara 2012, s.54vd; Yazarların aktardığı üzere; Alman uygulamasında cebir açısından çeşitli kararlar verilmiş fakat hiçbir kararda ilaç etkisi ile mağdurun direncini kırmak cebir sayılmamaktadır Fakat Alman Ceza Kanununda cebir karinesi olarak değerlendirilen bir düzenleme bulunmamaktadır. KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.586-587

⁵² KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.586.

⁵³ "*Kanunun bu hükmü tamamlayıcı hükümdür. Kanun karar ve hareket hürriyetini koruyabilmek için bu hükmü vazetmiştir. Eğer fiil, kanunda hususi bir hükümle ayrıca suç sayılmış ise o hüküm tatbik olunur. Müstakil suç mevzu bahis değilse tamamlayıcı hüküm olan TCK 188 uygulanır.*" bkz. Faruk EREM, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:3 Özel Hükümler*, 3. Bası, Seçkin Kitapevi, Ankara 1985, s.259.

⁵⁴ Bkz. 5237 sayılı TCK'nın gerekçesi

⁵⁵ 5237 sayılı TCK'nın düzenlemesi maddi cebri cebir olarak nitelendirip, manevi cebir olan tehdidi bu kapsamın dışına çıkardığı hususundaki eleştiriler için bkz. KOCA, "*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu*", s.2806; Cebirin bir üst kavram olarak hem fiziki hem de manevi zorlamayı kapsamaması gerektiği hususunda bkz. KÜÇÜKTAŞDEMİR, s.58 vd.

dan tanımlanan cebir mağdurun direncini kırarak ağırlıkta olmalıdır.⁵⁶ *"Cebir, mutlak (vis absoluta) ve zorlayıcı (vis compulsiva) kuvveti kapsamaktadır."*⁵⁷ Bu sebeple mutlak bir kuvvetin etki ettiği mağdurun iradesi ile malı teslim ettiğinin her zaman kabulü, zaten hayatın olağan akışına aykırı olacaktır.

Yağma suçunda cebir için aranan ölçüt bakımından mutlaka mağdura iz bırakması gerekmemektedir.⁵⁸ Fakat belli bir ağırlıkta olması gerektiği de madde gerekçesinde vurgulanmaktadır. Gerekçede *"Yağma suçunun tamamlanabilmesi için, kullanılan cebir veya tehdidin etkisiyle mağdur malı teslim etmeli veya malın alınmasına karşı koymamalıdır. Bu bakımdan, kullanılan cebir veya tehdidin, kişiyi malı teslim etmeye veya alınmasına ses çıkarmamaya yönelmeye elverişli olması gerekir. Bu nitelikte olmayan bir cebir veya tehdit, sırf mağdurun normalden fazla ürkek olması nedeniyle, malı teslim etmeye veya alınmasına yöneltmişse, yağma suçundan söz edilemez ve fiilin hırsızlık olarak nitelendirilmesi gerekir."*⁵⁹ Denilmek suretiyle fiilin ağırlığı ve elverişli hareketlerle işlenmesine vurgu yapılmaktadır. Elbette ki kullanılan cebirin değerlendirilmesi her somut olaya göre ayrıca yapılması gerekmektedir.

Kasten yaralama suçu kapsamı dışındaki fiiller, cebir suçunu oluşturmaz. Fakat fail bunları mağdura yöneltirken, kişiye belli bir şey yapmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Uygulanan kuvvetin mutlaka vücuda teması da gerekmemektedir.⁶⁰ Çünkü inceleme konumuz bakımından cebir, malın alınmasına yönelik bir araç fiildir. Malın alınmasına yönelik olarak elverişli olan her türlü kuvvet kullanımının cebir olarak değerlendirilmesi doğru olacaktır. Bu sebeple de, belirli bir ağırlıkta olmalıdır.

Genellikle cebir kavramı tanımlanırken, gerekçe göz önünde bulundurulacak bir yorum yapılmaktadır.⁶¹ Uygulamada da 5237 sayılı TCK m.148/3 dışında cebirin kapsamı dar yorumlanmakta sadece maddi cebirle ilişkilendirilmektedir. Örneğin *"5237 Sayılı TCK'nın 103/2. maddesinde mefruz ceb-*

⁵⁶ Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/Ahmet Caner YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. bs, Turhan Kitapevi, Ankara 2011, s.168.

⁵⁷ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.168.

⁵⁸ Malkoç, s.1007; Açık olmamakla birlikte cebirin acı veren bir fiil olması gerektiği hususunda bkz. ERDENER, s.86.

⁵⁹ Bkz. TCK madde gerekçesi.

⁶⁰ Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.588, 591; Veli Özer ÖZBEK / Mehmet Nihat KANBUR /Koray DOĞAN/Pınar BACAĞSIZ/İlker TEPE, *Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 8. Bası, Seçkin Kitapevi, Ankara 2015, s.408.

⁶¹ *"Esasında cebir kavramına ilişkin 108. Maddenin gerekçesinde dar cebir anlayışı kabul edilmemiş sokmak mümkündür. Fakat yeni kanunun cebir kavramının anlamını daraltması nedeniyle, kişi üzerinde fiziki güç kullanma anlamına gelmeyen bu hareketlerin ayrıca öngörülmesi gerekmiştir. KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.590; Doktrinde bir başka görüşe göre de, TCK m.148/3'ün yağma için özel bir düzenleme olduğundan bahisle diğer cebir içeren suç tiplerinde uygulanması mümkün değildir. ÖZBEK vd., s.409.*

rin unsur olarak yer almasına, aynı Yasanın 103/4 ve 109/2. maddelerindeki düzenlemelerin ise yalnızca maddi cebiri ifade etmesine göre"⁶² bu saptamanın hatalı olduğu kanısındayım. Çünkü 5237 sayılı TCK m.103'ün Gerekçesinde "Dördüncü fıkrada, cinsel istismarın, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algulama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir. Ancak, bunun için, uygulanan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerekir. Bu bakımdan, beşinci fıkraya göre, cinsel istismar için başvuru cebr ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır." denilmektedir. Kasten yaralamanın içeriğindeki fiiller bakımından değerlendirme yapmak gerekmektedir. Doktrinde bu göndermeyi kasten yaralamanın temel şekli olarak nitelendirenler olduğu gibi⁶³, herhangi bir sınırlama yapılmadığı hususunda görüş bildirenler de vardır.⁶⁴ Kanımızca kanun koyucu burada bir sınırlama getirmemiştir. Fakat madde gerekçesinde acı verme ibaresini kullanmıştır. Kanımızca uygulanan cebrin, kişiye mutlaka acı vermesi gerekmektedir. Çünkü kasten yaralama sağlığın bozulması yahut algulama yeteneğinin bozulması fiilleri ile de gerçekleştirilebilir.⁶⁵

Somut olayda mağdurun direnci cebir karinesi ile de kırılabilir. Bu durumda mağdurun üzerinde mutlak kuvvet kullanımından da öte, mağdurdaki etkisi maddi anlamda cebirden daha uzun süreli olduğu için suçun unsurları bakımından da bu halin uygulanmaması fiilin ağırlığıyla orantılı olmamaktadır. Kaldı ki; 5237 sayılı TCK m.148/3'te mağdurun "*herhangi bir vasıta ile kendini bilemeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi*" hali bakımından 765 sayılı TCK m.501'den farklı olarak "*ve*" ibaresi kullanılmakla; özellikle bu iki durumun birlikte gerçekleşmesi kanun koyucu tarafından aranmıştır.⁶⁶

Cebrin ne olduğu hususunda 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesine bir ibare eklenmesi kanaatimizce uygulama açısından kolaylık olacaktır. Fakat böyle bir ibarenin bulunmaması sebebiyle mağdura kimyasal ilaç verilerek direncinin kırılması durumunda da herhangi bir düzenlemeye gerek kalmadan cebir karinesinin varlığı sonucunda ulaşılarak ortada cebire eş değer bir durumun olduğunu kanunumuzdaki diğer maddeler açısından da kabul edilmesi gerektiği kanısındayım.

⁶² Karar için bkz. (Y5CD, 26.4.2011, 1560-3461, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası* (çevrimiçi) 14.02.2013)

⁶³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.384.

⁶⁴ ÜZÜLMEZ, s.174 vd.

⁶⁵ Aksi görüş ÜZÜLMEZ, s.172 vd.

⁶⁶ Aynı görüşte açıklamalar ve örnekler için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.590.

Kimyasal ilaçlar doğrudan insanın iradesini etkilemektedir. Kimyasal ilaçlar bakımından da "*Failin uzanan eli*"⁶⁷ olduğu prensibinden uzaklaşmadığımız da açıktır. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulunun E. 1999/5-59 ve K. 1999/64, 13.04.1999 tarihli kararı da savunduğumuz görüşü destekler nitelikte mefruz cebri şöyle tanımlamıştır: "*Mefruz cebir olarak sıralanan tüm hallerde ve emsal gösterilen durumlarda mukavemet edememe (karşı koymama), ortak koşuldur. Her mukavemet önce fikir, sonra eylem aşamasını içerir. Yani mağdurda karşı koyma fikri oluşacak ve sonra bu, eyleme dönüşecektir. Diğer bir deyişle, mukavemet, fiile karşı koyma iktidarı olduğundan, suçun oluşup oluşmadığının saptanması için mukavemet iktidarsızlığının belirlenmesi gerekir. Aldığı alkol sonunda, fikren ve eylemsel olarak mukavemet iktidarsızlığı bulunup bulunmadığı tartışılmalı ve mağdurun eyleme rızası olup olmadığı araştırılmalıdır. Mukavemet iktidarı ile hareket eden bir kimse, aldığı alkolün etkisi ile karşı koymıyor ve karşı koyma fikrini eyleme dönüştüremiyorsa rızasının varlığından söz edilemeyeceğinden, mefruzcebirin koşul olarak gerçekleştiğinin kabulü gerekir.*"⁶⁸ 5237 sayılı TCK'da irade özgürlüğüne yönelik gerçekleştirilecek her suç bakımından cebirin sadece maddi cebir olarak algılanmayıp diğer türlerinin de varlığı durumunda cebir olarak kabulü gerektiği kanısındayım.⁶⁹

Eğer kullanılan cebir mağdurun direncini kıracak ağırlığın üzerinde ise, daha doğru bir anlatımla kullanılan cebirin mağdurun direncini kırmanın ötesinde gerçekleşmesi durumunda (neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir kasten yaralamanın gerçekleşmesi halinde) ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Söz konusu husus 5237 sayılı TCK m.149/2⁷⁰de

⁶⁷ "*Zor (Cebir) T.C. Yasasının 501. maddesinde tanımlanmıştır. Manevi zorun, yani tehdidin iradeyi yok etmediği ancak onu bir seçenek karşısında bıraktığı açıktır. Maddi zor, yani şiddet ise, öğretilde "gerçek ya da varsayılan bir engeli aşmak için kullanılan fizik enerji" olarak tanımlanmaktadır (Antolisei, Manuale didirittepenale, p.speciale, 1977, s.117). Bu durumuyla şiddet, çokluk iradeyi yok etmekte, mağdur failin adeta uzanan bir eli olmaktadır. Yağma cürmü her iki amaçla da işlenebilen bir suçtur. O nedenle, zorla yağma cürmünü, salt iradeyi (karar özgürlüğünü) yalnızca seçenek karşısında bırakma durumuna indirgeyen ve manevi zor olan tehditle sınırlayan görüş, çokluk iradeyi yok eden maddi zoru (şiddeti) dışlayıcı niteliktedir ve Yasaya aykırıdır. Maddi zorun (şiddeti) en uç noktası mağdurun ölümüdür ve bu durumda dahi eylem, zorla yağmadır (Manzini, 8. cilt s.415, 3 Mart 1933 ve 3 Temmuz 1933 tarihli İtalyan Yargıtay Kararları)." YCGK, 18.04.1994, 1-48/102, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi) 14.02.2013).*

⁶⁸ Karar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi) 14.02.2013.

⁶⁹ Aynı görüş için hatta hipnoz durumunda da kimyasal ilaç kullanımındaki benzer olarak nitelenirilmesi gerektiği hususunda bkz. Üzülmüş, s.60-61; "*Mağdurun iradesine etkili, bunu ortadan kaldıran ve savunmasını engelleyen araçlar olarak hipnotik etkiler, kullanılan uyuşturucu veya sarhoş edici maddeler gösterilebilir. Mesela, ilaç verilerek uyutulup kendisini bilemeyecek ve müdafaa edemeyecek hale getirildikten sonra yapılan hırsızlık 501. madde delaletiyle 495. maddeye uyacaktır.*" Bkz. (Y6CD, 23.3.1983 1202-2360, Önder s.345)

⁷⁰ Bkz. TCK m.149/2 "*Yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*"

düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle anlaşılması gereken; mağdurun direncini kırmaya yetecek ölçüde cebir kullanımınıdır.

5237 sayılı TCK m.149/2'nin mefhumu muhalifinden yağma suçunda uygulanan cebir bakımından ayrıca ceza vermeyeceği anlaşılmaktadır.⁷¹ Bu da yağma suçunun çok konulu suç olmasının bir sonucudur.

3.1.3.1.2.2. Cebirin uygulanacağı kişi bakımından değerlendirme

Maddede yer alan "*kendisinin veya yakınının*" ibaresine binaen; cebir, mağdura ve yahut mağdurun yakınına yönelik olarak malın alınmasını sağlamak için uygulanmalıdır. Mağdurun yakınlarının kim olduğu konusunda açıklık yoktur. Cebirin yöneleceği kişi mağdurun malı teslim etmesine kendisini mecbur hissettirecek düzeyde bir yakını olmalıdır.⁷²

Eğer cebir eşyaya yöneltilmişse bu durumda mala zarar verme suçu gündeme gelebilir. Cebir kişilere yönelik olarak işlenebilir. Kasten yaralama suçunun kapsamı bizi bu sonuca ulaştırmaktadır. Fakat mağdurun bu cebirden etkilenerek malı teslim etmesi durumunda o zaman cebirin mağdura yönelik elverişli bir hareket sayan yazarlar da mevcuttur.⁷³

3.1.3.1.2.3. Cebri Uygulayacak Olan Kişi Bakımından Değerlendirme

Cebir, fail tarafından gerçekleştirilmelidir. Ancak fail, mağdura fiziksel güç uygulayabileceği gibi bir vasıta ile de kişinin direncini kırabilir.⁷⁴ Burada 5237 sayılı TCK m.37 uyarınca zorunlu olarak suçun kanuni tarifindeki fiili

⁷¹ ÖZBEK, s.1052; Kasten yaralama suçu kapsamında olmayan cebirin yağma suçunu değil, hırsızlık suçunu oluşturacağı hususunda bkz. Koca, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2806.

⁷² Aynı doğrultuda bkz. ÖZBEK, s.1051; "mağdur üzerinde malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymaya mecburiyet hissi yaratabilecek bir kimseye yönelik olması gerekir" görüşü için bkz. ÖZBEK vd., s.625.

⁷³ Detaylı açıklama için bkz. ÖNDER, s.344; Esen, s.166; dolaylı olarak kişiye yönelmiş bir cebir olduğu hususunda bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.353; Karşı görüş için bkz. ÜZÜLMEZ, s.176; "Kanunun açık ve seçik biçimde cebirin yöneldiği ortamı belirtmediği durumlarda, şahıs veya eşya üzerinde olabileceği düşünülebilirse de en isabetli olan yorum biçimi, inceleme konusu bulunan normun kapsamının, ihlal edilen hak veya menfaat açısından, yoruma başvuru olan öbür araçlardan yararlanmak suretiyle "inconcreto" bir şekilde araştırılmasıdır." Bkz. Erol CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü (TCK m.188)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s.65

⁷⁴ Ancak kendi iradesiyle sarhoş olmuş bir kimse bakımından cebir karinesi uygulanmayacağı görüşü için bkz. Sulhi DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yay., İstanbul 2001 s.436; Fakat böyle bir durumda eğer fail, mağdurun ihmali hareketleriyle de kendisini bilemeyecek hale getirmesinde fiil üzerinde hâkimiyet sahibi ise böyle bir durumda failin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Kaldı ki uygulama mefruz cebir halini böyle durumlarda kabul etmemektedir. Karşılaştırınız "Mağdurenin iddiasından başka onun mukavemetini yok edecek ve sanıktan sadır olan hileli bir davranışın varlığı konusunda delil bulunmamaktadır. Mağdure kendi isteği ile içki almıştır. Kendi isteği ile içki alıp sarhoş olan mağdurenin ırzına geçilmesinde mefruz cebirden söz edilemez." (Y5CD, 10.07.1998, 2253-3012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (çevrimiçi) 15.02.2013).

gerçekleştiren kişiyi yani "*fiil üzerinde hâkimiyet kuran*" kişiyi fail olarak nitelendirmemiz gerekmektedir.⁷⁵

3.1.3.1.2.4. Cebir ile Yağma Suçu Arasında Nedensellik Bağı

Belli bir direnci kırarak asıl hedef olan malın alınmasını sağlamak amacıyla cebir uygulanmalıdır. Mağdura uygulanan cebir ile yağma suçu arasında nedensellik bağının saptanması bazı durumlarda kolay değildir. Bazen somut olayda hırsızlık suçunda zilyetliğin elde edilmesine yönelik olarak gerçekleştirilmesi zorunlu hareketler ile hatalı olarak cebir gibi algılanabilir. Buna bağlı olarak da yağma değerlendirilmesi yapılabilir.⁷⁶ Örneğin; elde veya üstte taşınan eşyanın çekip alınması suretiyle hırsızlık ya da uygulamadaki adıyla kapkaç sonucunda da bir kuvvet uygulanmaktadır. Fakat burada ani bir şekilde mağdurun elinde tuttuğu malı alıp, kendi zilyetliğine sokmaktadır. Fakat somut olay bakımından, mağdurun direnmesi durumunda cebir artık direnci kırarak şekilde uygulanmışsa söz konusu olayda mağdurun bir şeyi yapmasını sağlamak için uygulanan bir kuvvet söz konusu olduğundan yağma suçu söz konusudur.⁷⁷

3.1.3.1.2.5. Cebirin Uygulanacağı Zaman Bakımından Değerlendirme

Yağma suçunun Gerekçesinde "*Yağma suçunun tamamlanabilmesi için, kullanılan cebir veya tehdidin etkisiyle mağdur malı teslim etmeli veya malın alınmasına karşı koymamalıdır.*" denilmektedir. "*Malın teslim edilmesi veya alınması, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesini, mağdurun bu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hâle gelmesini ifade eder.*" Gerekçeden anlaşılacağı üzere fail mağdurun tasarrufunda bulunan eşyanın elde edilmesiyle; mağdurun bu eşya üzerindeki tasarruf hakkının engellenmesiyle suç tamamlanacaktır.⁷⁸

Suçun tamamlanma anı mağdurun zilyetliğine son verildiği an olduğuna göre, bu anlatımdan cebirin uygulanacağı zamanın da mağdurun malı teslim etmesine yönelik gerçekleştirileceği için mağdurun malı teslim etmesinden önce olmalıdır. Araç fiiller ile amaç fiil arasında zaman bakımından "*dar*

⁷⁵ Açıklamalar için bkz. Mahmut KOCA/ İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. baskı, Seçkin Yay, Ankara 2015, s.104 vd.

⁷⁶ "*Sanığın, gördüğü küçük çocukları o yaştaki kızına arkadaş yaparak bir araya gelip oynamalarını temin ettikten sonra kandırarak onların kolundaki bileziklerini aldığı, bu alım sırasında cebir, şiddet ve tehdit kullandığına dair delil bulunmadığı gibi, küçük Ayşe'nin kolundaki bileziğin kesilerek çıkarılmasının bileziğin alınmasına matuf olup şahsa karşı cebir ve şiddet teşkil edemeyeceği gözetilmeden hırsızlık fiili gasp olarak nitelendirilerek sanığa fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.*" (Y6CD, 28.01.1986, 13212-674, PARLAR/HATİPOĞLU, s.410)

⁷⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.592; Kapkaç suçu bir zorlama etkisi yaratıyorsa artık yağma suçundan bahsedilecektir. ÖZBEK vd, s.625

⁷⁸ YURTCAN, s.54.

bağlantı"⁷⁹ olmalıdır. Çünkü mağdurun malı teslim etmesinden sonra uygulanacak olan cebir halinde ise, hırsızlık ve yağma suçları bakımından gerçek içtima kuralları geçerli olacaktır.⁸⁰

3.1.3.1.2.6. Cebir Karinesi

Daha önce de zikrettiğimiz üzere; kanun koyucu 5237 sayılı TCK m.148/3'te cebir karinesine yer vermiştir. Bu fıkraya göre "*mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır.*"

Burada cebir veya tehdit yerine geçecek bir vasıta, mağdura yönelik olarak bizzat fail tarafından gerçekleştirilecektir. "*Fail cebir veya tehditle ulaşacağı sonuca bu vasıtayı kullanarak varmaktadır.*"⁸¹ Uygulamada; "*uyuşturucu madde içeren iğne enjekte ederek*"⁸², "*Uyuşturucu katılmış birayı mağdura içirerek*"⁸³, "*sanıkların eylemlerini gündüzleyin ve eterli pamuk kullanarak*"⁸⁴, "*elmaya ilaç koyarak*"⁸⁵, "*ilaçlı maddeyi bisküvinin arasına koyarak*"⁸⁶, "*önceden içerisine uyutucu ya da uyuşturucu madde konulmuş kolanın içirilmesi suretiyle*"⁸⁷, "*tahriş edici ve göz*

⁷⁹ *"..almadan önce en geç alma esnasında kullanılmalıdır."* Koca, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2808.

⁸⁰ Benzer görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.349; Remzi GÜNDÜZ, *Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı Suçlar*, 1. bası, Bilge Yay., İstanbul 2012, s.223; Önceden bir başkası tarafından savunmasız durumu getirilen kişinin üzerinden bir eşyanın alınmasının hırsızlık suçunu oluşturacağı hususunda bkz. Koca, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2807.

⁸¹ KOCA, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2807.

⁸² "Sanığın yakınıcıya uyuşturucu madde içeren iğne enjekte ederek onu beden ve ruh bakımından savunamayacak hale getirmesinin, yağma suçunun cebir unsuru içerisinde değerlendirilmesi gerektiği gözetilmelidir." (Y6CD, 3.7.2012, 11132-13202, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası*, (çevrimiçi) 15.02.2013)

⁸³ "Uyuşturucu katılmış birayı mağdura içirip mukavemetini kaldırdıktan sonra 650 bin liranın gasp edildiğinin iddia edilmiş olması karşısında delilleri takdir ve eylemi nitelendirmenin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu düşünülmeden, duruşmaya devamlı yazılı şekilde hüküm kurulması" (Y6CD, 06.06.1990, 3890-5039, PARLAR/HATİPOĞLU, s.408).

⁸⁴ (Y6CD, 28.03.2002, 2287-3909, PARLAR/HATİPOĞLU, s.400).

⁸⁵ "Elmaya konulduğu iddia edilen ilacın, uyuşturucu niteliği bulunup bulunmadığı ve müştekinin uyuma hali ile yedirilen elma arasında illiyet bağının varlığı saptanmadan ve bu haliyle eylemin hırsızlık suçu oluşturup oluşturmadığı tartışılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması" (Y6CD, 05.12.1988, 12068-13100, PARLAR/HATİPOĞLU, s.409).

⁸⁶ "Sanıkların ilaçlı maddeyi müşteki H.S.'a bisküvi arasında yedirip uyuttuktan sonra üzerindeki kasanın anahtarlarını alarak eylemi gerçekleştirdiklerinin iddia edilmiş olması da; eylemin sübutu halinde gasp suçunu oluşturacağı, bu durumda da delilleri takdir ve tartışmanın üst dereceli mahkemeye ait bulunduğu gözetilmeden" (Y6CD, 24.02.1993, 1160-1700, Parlar/Hatipoğlu s.408).

⁸⁷ "Önceden içerisine uyutucu ya da uyuşturucu madde konulmuş kolanın içirilmesi suretiyle kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilen yakından, suç konu cep telefonları ile cüzdanın alındığı anda yağma suçunun tamamlandığı gözetilmeden, yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle sanıklar hakkında TCK.'nın 35/2. maddesiyle uygulama yapılarak eksik ceza tayini" (Y6CD, 27.10.2009, 26484-13940, *Kazancı İçtihat Bilgi Bankası* (çevrimiçi) 15.02.2013)

yaşartıcı sprej sıkılarak"⁸⁸ mağdurun malı teslimi ve yahut malın alınmasına karşı koymaması halleri, cebir karinesi kapsamında değerlendirilmektedir.⁸⁹

Cebir karinesi durumunda *vis absoluta* vardır.⁹⁰ Doktrinde bazı yazarlar cebir karinesinin, cebir kavramından farklı değerlendirilmemesi gerektiği için kanunun bu düzenlemesini "*gereksiz*"⁹¹ ve "*tehlikeli*"⁹² bulurken; bazı yazarlar da 5237 sayılı TCK'da tamamlayıcı bir norm olarak düzenlenen cebir kavramının 765 sayılı TCK'daki düzenlemesinden kapsam olarak daha dar olduğu için gerekli olduğunu belirtmişlerdir.⁹³ Gerçekten de cebir suçunun 765 sayılı TCK'da 188. Maddede düzenlenmiş hali oldukça ayrıntılıdır. Cebir kavramı bakımından; cebir suçunun daha detaylı bir düzenlemesinden ziyade, tanımlar maddesinde ayrı bir bent olarak fakat daha ayrıntılı olarak düzenlenmesinin uygulamada daha kolaylık sağlayacağı kanısındayım.

3.1.3.1.2.7. Cebir Karinesinin Kanunda Yer Almasının Unsuru ya da Nitelikli Hali Cebir Olan Suçlara Etkisi Bakımından Değerlendirme

Cebir karinesi ile doktrinde de değerlendirilmiş ve bu hususla ilgili çeşitli kaygılar dile getirilmiştir. Bunlardan en önemlisi; yağma suçunda cebir karinesinin ayrıca düzenlenmesinin diğer suçların unsurlarında ve ayrıca tamamlayıcı bir norm olarak düzenlenen cebir kavramı bakımından olumsuz etkisi olacağı yönündedir. Örneğin; 5237 sayılı TCK m.102'de düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli hallerinden birisi de mağdura cebir uygulanmasıdır. Bu durumda mağdurun ilaçla bayıltılarak uyutulduktan sonra, cinsel saldırı fiilinin gerçekleştirilmesi durumunda; fail, bu nitelikli halden sorumlu tutulamayacağına yönelik uygulama gelişebileceğine dair kaygılar belirtilmiştir.⁹⁴

Bir Yargıtay kararında ise "*Mefruz cebir, onbeş yaşından büyük olan mağdurda akıl ve beden hastalığının bulunması, olayda hile kullanılması, failin iradesi dışında onunla ilgisi olmayan uyku hali, bayılma gibi nedenlerle mağdurun karşı koyma gücünün bulunmamasıdır.*" şeklinde belirtilecek, cinsel istismar suçunda cebir olarak kabul edilmiştir. Fakat uygulamada söz konusu cebir 5237 sayılı TCK m.103/4 açısından değil, 5237 sayılı TCK

⁸⁸ (Y6CD, 02.11.1998, 9996-9686, PARLAR/HATİPOĞLU, s.360).

⁸⁹ MALKOÇ, s.1013.

⁹⁰ Aynı görüşte TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 2012, s.561.

⁹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.561.

⁹² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.561.

⁹³ KOCA, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2806.

⁹⁴ Mahmut KOCA, "Yağma Suçları", HPD, Sonbahar 2004, s.128.

m.103/1 b açısından değerlendirilmektedir.⁹⁵ Bu görüşe katılmıyoruz.⁹⁶ Çünkü mağdurun direncini kıran her şey, cebir sayılmalıdır.

3.1.3.1.2.8. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller Bakımından Değerlendirme

Kullanılan cebrin mağdurun direncini kıracak ağırlığın üzerinde olması, daha doğru bir anlatımla kullanılan cebrin mağdurun direncini kırmanın ötesinde gerçekleşmesi durumunda (neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir kasten yaralamanın gerçekleşmesi halinde) ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin

⁹⁵ "...Diğer bazı hallerde ise teknik anlamda cebir veya tehdit bulunmamakla beraber, yasakoyucu tarafından ırza geçmenin zorla işlendiği kabul edilmiştir. Diğer bir anlatımla, mefruz cebir hallerine yer verilmiştir. Bu durumda mefruz cebir, onbeş yaşından büyük olan mağdurda akıl ve beden hastalığının bulunması, olayda hile kullanılması, failin iradesi dışında onunla ilgisi olmayan nedenlerle (uyku hali, bayılma, yaşın fazla küçük olması gibi) mağdurun karşı koyma gücünün bulunmamasıdır. Bir başka deyişle mefruz cebir olarak sıralanan tüm bu hallerde ortak koşul "karşı koyamama" dir. ..." (YCGK, 23.05.2000, 5/110-115, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (çevrimiçi) 15.02.2013); Yargıtay başka bir içtihadında hatalı olarak "Mağdurenin iddiasından başka onun mukavemetini yok edecek ve sanıktan sadır olan hileli bir davranışın varlığı konusunda delil bulunmamaktadır. Mağdure kendi isteği ile içki almıştır. Kendi isteği ile içki alıp sarhoş olan mağdurenin ırzına geçilmesinde mefruz cebirden söz edilemez." (Y5CD, 10.07.1998, 2253-3012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (çevrimiçi) 15.02.2013) Şeklinde karar vermiştir. Burada tartışılması gereken husus, olayda açık olmakla birlikte, reşit olan mağdurun içki içmeye devam etmesi durumunda direncinin kırılacak ölçüde sarhoş olacağını bildiği halde mağdureyi teşvik edici hareketleri gerçekleştiren failin mefruz cebir uyguladığını kabul edilip edilemeyeceğidir.

⁹⁶ Kanaatimizce burada mefruz cebir olduğunu kabul etmek gerekir. Cinsel saldırı suçu olası kast ile işlenebileceğinde tereddüt bulunmamaktadır. Örnek bakımından mağdurun 18 yaşından küçük olması durumunda da benzer sonuca varmamız mümkün olacaktı. Fail, mağdurun alkol aldıkça direncinin kırılacağını bilincinde olup; eylemini gerçekleştirirken mağdurun alkollü olmasından faydalanacaktır. Bu nedenle ihmali davranışla mağdurun iradesini etkileyecek kadar alkol almasını teşvik etmiş ise burada mefruz cebir var kabul edilip cebrin varlığı kabul edilebilir. Çünkü alkol almasını durdurmamaktadır, iradesini etkileyecek kadar sarhoş olmasına göz yummaktadır yani ihmal etmektedir. Ancak bu görüşümüz muhtemelen TCK m.103/1 b bakımından da iradeyi etkileyecek başka neden içinde değerlendirilebilecekken, 102/4 ve 103/4, 5 açısından değerlendirme yapıldığında genişletici yorum yapıldığı ve bu sebeple de kanunilik ilkesine aykırı olacağı hususunda eleştirilebilir. Vurgulamak istediğimiz cebir kavramının mağdurun iradesini etkileyecek her türlü hareket kapsamında değerlendirilme zorunluluğudur. Kaldı ki; örneğin ilaç verilerek suçun işlenmesi durumunda cebir gerçekleşecektir. Söz konusu ilacın mağdurda sağlığını olumsuz etkileyici bir durum örneğin kalıcı böbrek yetmezliği yaratması karşısında TCK m.102/4 veya 103/5 uyarınca ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmaması durumunda gerçekleştirilen eylem cezasız kalmaktadır. Cinsel dokunulmazlığa yönelik suçların yaptırımının ağır olması söz konusu durumun cezasız kalma tehlikesini bertaraf edecek bir savunma değildir. Bu sebeple kanun koyucunun cebir kavramı açısından salt maddi cebri yani mağdurun vücudunda acı yaratacak cebri kastetmediği yağma suçundaki cebir karinesi düzenlemesinden de açıkça bellidir. Ayrıca Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının olası kastla da işlenebileceği hususunda ayrıca bzk. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.313, s.337; mağdurun ağzının kapatılmasının cebir sayılarak nitelikli halden uygulama yapılması fakat eterli pamuk koklatılarak mağdurun bayılması sonucunda kullanılan cebrin 103/4 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. "Sanığın cinsel istismar eylemini mağdurun ağzını kapatarak cebir kullanmak suretiyle gerçekleştirdiğinin anlaşılmasına göre sanık hakkında TCK'nın 103/4. maddesinin uygulanması gerekir." Y5CD, 19.02.2009, 2008/16373-2009/1908, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (çevrimiçi) 14.02.2013

hükümler uygulanacaktır. Söz konusu husus 5237 sayılı TCK m.149/2⁹⁷ 'de düzenlenmiştir.

Cebir karinesi durumunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin gerçekleşmesi durumunda da duraksamaya yer vermeden 5237 sayılı TCK m.149/2'nin uygulanması gerekmektedir. Örneğin fail, malı almak için mağdura ilaç enjekte ederek direncini kırmıştır. Fakat verilen madde mağdurun hayati önem taşıyan organlarından birini kalıcı bir şekilde, geri dönüşümsüz zarar vermesi durumunda uygulanan cebirin 5237 sayılı TCK m.87 sınırında ulaşmadığı açıktır. Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden faile ceza verilebilmesi için failin en azından taksir derecesinde hareket etmesi arandığından somut olayda en azından taksirin varlığı durumunda söz konusu maddenin uygulanmaması anlamsız olacağı kanısındayım.

3.1.3.2. Senedin Yağmasında Fiil

Senedin hukuksal vasfına yönelik açıklamalar incelememizin konu bölümünde yapılacaktır. Gereğeden hareketle senet terimini "*mağduru iktisaden değerlendirmeye elverişli olan bir hakkını kullanmamasına yol açan her türlü belge*" olarak nitelendirebiliriz. Senet hukuken geçerli ve imzalayan kişi bakımından borç doğurucu nitelikte olmalıdır. Borç doğurmuyorsa suçun maddi unsuru gerçekleşmeyecektir.⁹⁸

Madde gerekçesinde, "*Cebir veya tehdit kullanılarak bir kimsenin, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ileride böyle bir senet hâline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi de yağma sayılmıştır.*"

3.1.3.2.1. Senedin mağdurdan alınması cebir veya tehdit gibi iradeyi zorlayıcı araç fiillerle gerçekleştirilmelidir. Cebir karinesi ile de senedin alınması mümkündür.⁹⁹

3.1.3.2.2. Kullanılan cebir veyahut tehdit ile mağdurun kendisi yahut bir başkası borçlandırılmaktadır. Söz konusu seçimlik hareketler maddede *numerus clauses* sayılmıştır. Fail, borçlandırmak için; a- senedi vermeye, b - mağdur hakkında hüküm doğuran bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, c - ileride mağdur aleyhinde borç doğuracak bir senet

⁹⁷ Bkz. TCK m.149/2 "*Yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*"

⁹⁸ Maddi unsur gerçekleşmeyeceğinden, TCK m.148/2'deki suç oluşmayacaktır. Aynı doğrultuda bkz. Doğan SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. bası, Yetkin yay, Ankara 2006, s.329.

⁹⁹ Cebir ve tehditle ilgili olarak eşyanın yağmasında zikredilenler senedin yağması bakımından da geçerli olduğundan tekrar olacağından bahisle bu başlık altında tartışmaktan imtina ediyoruz.

haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya, d – hüküm doğuran bir senedi imha etmeye, e - hüküm doğuran bir senedi imhasına engel olmamaya mağduru mecbur etmekte ve bu şekilde suç işlenmektedir.¹⁰⁰

Borç doğurmayan senetlere yönelik cebir veya tehditle alma fiilleri sonucunda bu fıkra uygulanmayacaktır. Çünkü burada koruma altına alınan senet borç doğuran bir senettir.¹⁰¹

Buradaki cebir ve tehdit eşya yağmasındaki kaidelere tabidir. Senedi faile verdiği anda, yahut senedi failin mağdurdan cebir veya tehditle alması anında suç tamamlanacaktır.¹⁰²

3.1.4. Nedensellik Bağlantısı

Yağma suçunda, cebir veya tehdit kullanılarak malın alınması veyahut borç doğurucu senedin kastına yönelik yapılan hareketlerin arasında bağlantı olmalıdır. Failin kullandığı cebir veya tehdit üzerine malın alınması hareketi gerçekleşmelidir.¹⁰³ Kullanılan zorlama ile malın alınması arasında nedensellik bağı bulunmuyorsa o zaman yağma suçu oluşmayacaktır.¹⁰⁴

Yağma suçu amaç fiil, bunun gerçekleştirilmesi için kullanılan cebir veya tehdit de araç fiildir. Fakat unutulmaması gereken yağma suçunda fiilin cebir veya tehdit kullanarak malı alma olduğudur. Tipe uygunluk bakımından zorlamaya yönelik fiiller ve malın alınmasının herhangi bir şekilde, alelade bir arada bulunmasından ziyade bağlantı gerekmektedir. Bu sebeple ayrıca araç fiillerden dolayı ceza verilmez.¹⁰⁵

¹⁰⁰ "Yakınının omzuna elini atıp göğsüne de bıçak dayayarak, müdürü bulunduğu marketin önünden 200 metre kadar uzaklaştırıp senet imzalatmak isteyen ancak yakınının direnmesi üzerine imzalatamayan sanığın eylemi zorla senedin yağması suçuna teşebbüs suçunu oluşturur." (Y6CD, 15.09.2003, 464-5276, GÜNDEL, s.258)

¹⁰¹ Benzer görüş için bkz. GÖZÜBÜYÜK

¹⁰² SOYASLAN, 2006, s.329.

¹⁰³ ÖNDER, s.347.

¹⁰⁴ "Sanıkların önceden maktülün parasını almaya karar verip, maktül sağ iken maddi cebir oluşturan icrai hareketlere başladıkları ve bunun sonucunda onu öldürerek parasını aldıkları anlaşıldığından eylem yağma suçunu oluşturur." YCGK, 11.04.1994, 1-68/94, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi) 14.02.2013.

¹⁰⁵ "additif (bir arada, toplam) olarak bulunmasının yetmediği" hususunda bkz. Mahmut KOCA, Yağma Cürümleri, Seçkin Yay, Ankara 2003, s.191, Koca, bu araçların gai olarak birbiriyle bağlantı içinde olmasını vurgular.

"...sanıkların iradeleri baştan beri mağdurdan belirli bir miktar para almaya özgülünmüş olup, gerçekleştirilen tehdit fiilleri amaçlanan yağma suçuna yönelik olduğundan sanıkların eylemleri, gerçekleştirdikleri tehdit adedinde değil yalnızca amaçlanan tek yağma suçunu oluşturmaktadır. Bu itibarla olayın gelişimi ve sanıkların kasıtlarını nazara almaksızın, asıl suç içinde eriyen fiillerin birden fazla işlendiğinden hareketle, her eylemi ayrı yağma suçu şeklinde değerlendiren yerel mahkeme direnme hükmü isabetsizdir." YCGK, 04.05.2010, 6-63/102, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi), 14.02.2013.

3.1.5. Konu

Bu suçun konusunu, 5237 sayılı TCK'nın 148. maddesinin 1. fıkrasında mal, 2. fıkrasında mağduru veya bir başkasını "*borç altına sokabilecek*" bir senet oluşturmaktadır.¹⁰⁶

Yağma suçu bakımından maldan anlaşılması gereken taşınabilir maldır.¹⁰⁷ 765 sayılı TCK'nın aksine senet kavramının kapsamı bakımından değişiklik yapılarak, "*hukukça hükmü haiz senet*" yerine "*borç altına sokabilecek senet*" terimi kullanılmıştır.¹⁰⁸ Bu terim değişikliği ile, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak maddenin kapsamı suçun konusu bakımından genişletilmiştir.¹⁰⁹

Mal kavramının içine senet kavramı da girmektedir. Senet, kişiyi belli bir borç altına sokan belirli bir borcu ortadan kaldıran; diğer bir ifadeyle, ekonomik anlamda bir borç altına sokan hukuksal bir belgedir.¹¹⁰

Yağma suçu ayrıca konunun etkilenişine göre, zarar suçudur. Çünkü söz konusu suç, malvarlığına karşı bir eksiltme yaratmakta, mağdura zarar vermektedir.¹¹¹

3.1.7. Suçun Nitelikli Unsurları

3.1.7.1. Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Haller

3.1.7.1.1. Yağma Suçunun Silahla İşlenmesi

5237 sayılı TCK m.149/1a bendinde düzenlenen bu nitelikli hal bakımından Silah kavramından ne anlaşılması gerektiği 5237 sayılı TCK m.6/f'de

¹⁰⁶ Suçun konusunun yalnızca taşınır maldan ibaret olmadığı ve kişi özgürlüğünü koruduğu için insanın da bu suçun konusunu oluşturduğu hususunda bkz. Koca, "*Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı*", s.1482.

¹⁰⁷ "*Bütün cisimler ve ekonomik değer taşıyan ve mülkiyete elverişli olan bütün varlıklar hukuksal bakımdan "mal" sayılırlar.*" Eşyanın ayrımı için bkz. ERMAN, s.135; Doktrinde sadece taşınırın bu suçun konusu olduğu hususunda bkz. GÖZÜBÜYÜK, s.9; GÜNDÜZ, s.216; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.556; KOCA, "*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu*", s.2801; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.348; Doktrinde 5237 sayılı TCK 'nın taşınır veyahut taşınmaz diye ayrıcı bir ibareyi kanun metnine koymadığı ve bu sebeple taşınmaz malların da bu suçun kapsamına girmesi gerektiği hususunda bkz. Ahmet TAŞKIN, "*Yağma Suçunda Mal Kavramı*", Terazi Hukuk Dergisi, S.20, Seçkin yay, Ankara 2008, s.95, 96, 101; Kanaatimizce taşınmazlara yönelik hakları güvence altına alan yahut belgeleyen evraklar hukuksal niteliği açısından senettir. Dolaylı da olsa taşınır mal kapsamında değerlendirilmelidir. Kaldı ki; maddi unsurlar içinde yer alan suçun konusu direkt suçtan etkilenmesi gereken "*hareketin yönelik olduğu ve ceza normunda belirtilen kişi ya da eşya*"dır. (Suçun konusuna yönelik detaylı anlatım için ayrıca bkz. M. Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/A. Caner YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Yay, Ankara 2011, s.309) Bu sebeple yağma suçunun konusu sadece senedi de içinde bulunduran taşınır mallardır.

¹⁰⁸ "*...senet tehdit vasıta olarak kullanılarak elde edilmiş olduktan sonra bu senedin hükümsüzlüğüne karar verilse dahi suçun niteliğinin ortadan kaldırmaz.*" Önder, s.353.

¹⁰⁹ NOYAN, s.359.

¹¹⁰ Mustafa Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 2. bası, Adalet yay, Ankara 2011, s.241; senedi imzalayanın borç altına girmesi gerekeceği hususunda bkz. GÜNDEL, s.250.

¹¹¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.585.

gösterilmiştir. Maddede sınırlı bir sayım yapılmamıştır. Maddede sayılmasa da silah etkisi yaratabilecek her şey silah olarak kabul edilebilir.¹¹²

Silah kavramı bakımından önemli olan somut olayda mağdurun üzerinde yarattığı etkidir. Silahın dolu olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Eğer mağdur bu şekilde farz etmiş ve bu da mağdurda bir korku¹¹³ veya panik yaratmışsa, artık mağdur o etkileşimden önceki halinde değilse silahın nitelikli hal oluşturduğu sonucuna varılabilir.

Dikkat edilmesi gereken husus; silahın olayda salt kullanılması değil, bizzat mağdur üzerinde etki yaratacak biçimde cebirde yahut tehditte araç oluşturabilecek şekilde suça etkisi olmalıdır. Yani mağdur silahı fark etmeli yahut o suç silahın etkisinden faydalanılarak işlenmesi durumunda bu nitelikli halin uygulanması imkânı doğar.¹¹⁴

3.1.7.1.2. Yağma Suçunun Kişinin Kendisini Tanınmayacak Bir Hâle Koyması Suretiyle İşlenmesi

5237 sayılı TCK m.149/1b bendinde düzenlenen bu nitelikli hal bakımından kişinin kendisini tanımayacak hale koyması mağdurun savunma imkânını azaltmaktadır. Failin dış görünüşündeki değişiklikleri ile kendisinin tanınmasını önlemektedir.¹¹⁵ Örneğin; failin kendisini tanımayacak bir hale koymak için kafasına maske takarak işlediği bir olayda bu bent uygulanabilir.

3.1.7.1.3. Yağma Suçunun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

5237 sayılı TCK m.149/1c bendinde düzenlenen bu nitelikli hal mağdurun direncini kırarak fiillerin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi yahut birden fazla kişinin olay mahallindeki salt fiziki varlığı dahi, mağdur üzerinde ciddi etki ve korku yaratacaktır. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere bu bendin uygulanabilmesi için suçun "*iki veya daha fazla kişinin müşterek fail olarak*" fiil üzerinde ortak bir hâkimiyet kurarak işlenmesi gerekir.

Bu nitelikli halin uygulanması için gerekli olan koşul, müşterek fail olarak suça gerçekleşecek suça katılımdır. Madde gerekçesinde de bu husus belirtilmiştir.¹¹⁶

¹¹² ÖZBEK, s.1054-1055.

¹¹³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.359; ÖZBEK, s.1054-1055.

¹¹⁴ KOCA, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2814; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.359; ÖZBEK, s.1054-1055; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.567; "Sanığın, TCK'nın 6/1-4. Maddesinde tanımlanan ve silahtan sayılan bardakla mağdurun kafasına vuruktan sonra yağmaladığı ve yakalandığı da üzerinde suça konu eşyaların da bulunduğu anlaşılmaması karşısında, hakkında TCY'nın 149/1-a. Maddesinin uygulanmaması ve etkin pişmanlık gösterdiği gerekçesiyle cezasından aynı yasanın 168/3. maddesiyle indirim yapılması, karşı temyiz bulunmadığından, bozma nedeni yapılmamıştır." (Y6CD, 26.01.2011, 2010/16996-2011/568, GÜNDÜZ, s.310-311)

¹¹⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.567; KOCA, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2814.

¹¹⁶ "Bu nitelikli hâlin varlığı için, yağma suçunu iki veya daha fazla kişinin müşterek fail olarak işlemesi gerekir. İki veya daha fazla kişinin suçu birlikte işlemesi hâlinde bir iştirak ilişkisi vardır ve

3.1.7.1.4. Yağma Suçunun Yol Kesme Suretiyle Ya Da Konutta, İşyerinde veya Bunların Eklentilerinde İşlenmesi

Bu fıkra aynı zamanda seyahat özgürlüğünü de korumak gayesiyle konulmuştur.¹¹⁷Yol kesmek için ayrıca bir plan ve buna gerçekleştirilmeye yönelik araç eylemlerin varlığını zorunlu kılan bu bende göre, suçun bu nitelikli hali ani biçimde işlenemez. "*Yol kesme hâlinde fiilin doğrudan doğruya mağdura karşı işlenmiş olması gerekir; yol kesme süresi kısa veya uzun olabilir.*"¹¹⁸Yol kesme sebebiyle, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan ayrıca ceza verilmesi olanaklı değildir. Söz konusu suç, yağma suçu bakımından nitelikli hal olarak düzenlendiğinden bileşik suç hükümleri uyarınca sadece yağmadan ceza sorumluluğuna gidilecektir.

Ayrıca bu bentte yağma suçunun konutta işlenmesi de, yağma suçunun nitelikli hallerinde gösterilmek suretiyle bileşik suç olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple yağma suçunun işlendiği hallerde 5237 sayılı TCK m.42 uyarınca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan ayrıca ceza verilmeyecektir.¹¹⁹¹²⁰ Fakat konutun başka birine ait olması durumunda ise, yağma suçunun basit şekli ve konutun ait olduğu kişiye karşı konut dokunulmazlığını ihlal suçundan ayrıca ceza verilecektir.¹²¹

18.06.2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'un 64. maddesi ile 5237 sayılı TCK m.149/1 d bendine eklenen ibare¹²² ile yağma suçunun bir konutun "*eklentisi*" sinde işlenmesi de nitelikli hal sayılacaktır. Doktrinde düzenleme öncesinde suç tipinde "*eklentinin*" sayılmamış olması eleştirilmiştir.¹²³ Kanımızca, bu

bu kişilerin hepsi müşterek faildir. Ancak, yağma suçunun iştirak hâlinde işlenmesine rağmen, müşterek faillik ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, örneğin diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâllerinde, bu nitelikli unsur dolayısıyla cezada artırma yapılamayacaktır." bkz. 5237 sayılı TCK gerekçesi

¹¹⁷ KOCA, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2815

¹¹⁸ Bkz. 5237 sayılı TCK gerekçesi

¹¹⁹ Maddeye yönelik eleştiri için bkz. Koca, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2815.

¹²⁰ "*Yağma suçunun konut veya işyerinde işlenmesi nitelikli hal sayıldığından, bileşik suç hükümleri uyarınca faile ayrıca "konut veya işyeri dokunulmazlığının ihlali" suçundan dolayı ceza verilmesi mümkün değildir.*" Karar için bkz. YCGK, 27.01.2009, 2008/6-203, 2009/3; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi), 14.02.2013

¹²¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.615

¹²² "...veya bunların eklentilerinde" ibaresi eklenmiştir.

¹²³ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.614-615; 6545 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesinde verilen bir YCGK kararında ise eklenti içerisinde yağma suçunun işlenmesi durumunda 5237 sayılı TCK m.149/1 d bendi nitelikli hal olarak uygulanmamıştır. Fakat bu karardaki karşı oylardan birini aktarmak isteriz. "*Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyesi Şerafettin İste; "TCK. 148/1 de basit yağma suçu tanımlanmıştır. Nitelikli yağma-başlıklı TCK 149/1-d maddesinde ise" Yağma suçunun ...konutta ...işlenmesi hali düzenlenmiştir. Acaba Apartmanın 3. kat merdiveni-konut- mudur? Konut Dokunulmazlığının ihlali- Başlıklı TCK nun 116/1 maddesinde "... Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten*

düzenleme öncesinde de eklenti tabiri konut dokunulmazlığının ihlali suçu kapsamında değerlendirildiğinden, bileşik suç bakımından söz konusu nitelikli halin uygulanabilmesi durumu somut olaya göre değerlendirilip; konut dokunulmazlığının ihlali bakımından rıza dışı girilmesinde ihlal yaratacak her yer yağma suçu kapsamında da konut olarak kabul edilebilirdi.¹²⁴ Fakat artık değişiklikten sonraki düzenlemede ayrıca "*bunların eklentisinde*" şeklinde belirtilmekle söz konusu tartışma güncelliğini yitirmiştir. Bu düzenlemenin varlığı ile hem konut dokunulmazlığını ihlal suçu hem de yağma suçu gerçekleştirilebilecekken; değişiklikten sonra eklentide işlenmesi nitelikli unsur haline getirildiği için; bileşik suç hükümleri uyarınca sadece yağma suçunun nitelikli halinden yaptırım uygulanabilir.

3.1.7.1.5. Yağma Suçunun Beden ve ya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiyi Karşı İşlenmesi

5237 sayılı TCK m.149/1e bendinde düzenlenen bu nitelikli hal öncesinde tasarıda yer almıyorken sonrasında TBMM'deki görüşmeler esnasında verilen değişiklik önerisi ile maddeye eklenmiştir. Bu hal kişinin failin ger-

sonra buradan çıkmayan - kişi..." denilmektedir. TCK 116 da "konut ve eklentileri" denilmesi ve TCK 149/1-d maddesinde ise sadece "konut" kelimesi bulunup "eklenti" kelimesi bulunmadığına göre, örneğin bu suç mağdurenin ikametgah olarak kullandığı çadırında veya deniz kenarında yapılmış, sadece yaz mevsiminde ikametgah olarak kullanılan tahtadan yapılu barakada ya da sabitlenmiş karavan da işlense idi, 149/1-d maddesinde (çadır, baraka, karavan vesair) gibi kelimeler bulunmadığından, gerçekte "konut" olarak kullanılan bu yerler "konut" olarak sayılmayacak mı idi. 116. maddede "eklenti" kelimesi bulunduğundan, bu madde uygulamasında nasıl ki bu tip yerleri konut kabul ediyorsak, 149/1-d maddesinin uygulanmasında da "konut" olarak saymak, kıyas yapmak anlamına gelmez. Bu yerleri de "konut" saymak, -kıyas- değil, GENİŞLETİCİ YORUM'dur. 5237 sayılı TCK nun 2/3 maddesine göre "kıyas ve kıyasa yol olacak, geniş yorum" yasaklanmıştır. Kıyasa yol açmayan genişletici yorum yapılabilir. Genişletici yorum, yasada kullanılan sözcüklerin yasa koyucunun amacından daha dar olması halinde başvurulacak bir yorum şeklidir. Yasada konut denirken sadece içinde oturulan evler kastedilmeyip iş yerleri, diğer binalar, çadır, karavan v.s. kastedilmiştir.

Kıyasta benzetme ile yasal boşluk doldurulmaktadır. Genişletici Yorumda ise var olan bir hükümden yola çıkılarak yasa koyucunun iradesi saptanmaktadır. Aksi taktirde (yaylada veya deniz kenarında bulunan ve ev gibi kullanılan, iki veya üç bölmeli olan çadıra dahi girilmesi suç teşkil etmeyecektir. Çünkü TCK 116. maddesinde konut ve eklenti ile iş yeri ve eklentisinden bahsedilmiş, çadırdan söz edilmemiştir. Çadırın konut olarak kabulü genişletici yorumdur ve TCK 2. maddesi gereğince bu mümkün değildir. Çünkü sanık aleyhinedir. O halde çadır, karavan v.b. gibi yerlere girmek suç değildir) sonucuna ulaşılır. Bu durum ise kabul edilemez bir sonuçtur. Bu itibarla TCK 2/3. maddede yer alan "kıyasa yol açacak geniş yorum" yasağı sadece, yasa koyucunun gerçek iradesinin benzetme yapılarak bulunması şeklinde anlaşılmalıdır. (Bkz. 5237 sayılı Yasa kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri Sedat BAKICI- Ankara 2008-sf 20) Yine, 149/1-d maddesindeki suç yağma suçunun nitelikli hali olmasa idi, TCK 116'daki konut dokunulmazlığını bozma suçundan nasıl ki cezalandırılacaksa, bu olayda da 149/1-d maddesinin unsurları oluşmuştur. Çoğunluğun kabulüne göre, sanığa ayrıca 116. maddesinden de ceza verilebilir. Açıkladığım nedenlerle olayda TCK 149/1-d maddesinin değil de 148/1. maddesinin uygulanması gerekir şeklindeki çoğunluk görüşüne katılmadığı" görüşüyle" YCGK, 27.1.2009, 2008/6-203, 2009/3 sayılı ilamı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Çevrimiçi) 18.02.2013

¹²⁴ "...eklenti de konut kavramına girer. Ancak, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak.." daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal bu düzenlemeden önce uygulanmamaktaydı. ÖZBEK vd, s.630.

çekleştirdiği fiile yönelik bir direnme gösteremediği durumlarda var kabul edilecektir. Ancak bunun sebebi mağdurun ruhsal bozukluğu olabileceği gibi yaş küçüklüğü de olabilir.¹²⁵

3.1.7.1.6. Yağma Suçunun Var Olan veya Var Sayılan Suç Örgütlerinin Oluşturdukları Korkutucu Güçten Yararlanılarak İşlenmesi

5237 sayılı TCK m.149/1-f bendinde düzenlenen bu nitelikli hal bakımından suç örgütünün gerçekten var olması, faal olmasına gerek yoktur. Önemli olan örgütün var olması ihtimalinden duyulan korku sebebiyle mağdur üzerinde etki yaratılarak bu suçun işlenmesidir.

3.1.7.1.7. Yağma Suçunun Suç Örgütüne Yarar Sağlamak Maksudıyla İşlenmesi

5237 sayılı TCK m.149/1-g bendinde düzenlenen bu nitelikli hal bakımından da gerçekten elde edilecek olan suç ganimetinin örgüt adına kullanılmasının, örgüt finansmanı yapılıp yapılmamasının nitelikli halin uygulanabilmesi açısından önemi yoktur. "*Örgütün suç işlemek maksadıyla meydana getirilmiş olması gerekir.*"¹²⁶ Çünkü mağdur üzerinde "*örgütün var olduğu düşüncesinin*" yarattığı etki ve korku sebebiyle malı teslim etmektedir. "*Bu nitelikli unsurun varlığı için, örgüte yarar elde etmek maksadıyla hareket edilmesi gerekir; ancak, örneğin yağma sonucu elde edilen paranın örgüte aktarılması şart değildir. Yarar deyiminin de geniş şekilde anlaşılması gerekir. Mağdurun böyle bir örgüte üye olmaya ve aidat ödemeye veya bağışta bulunmaya zorlanması hâlinde de, bu bent uygulanır.*"¹²⁷

Fakat bu bentteki nitelikli halin uygulanabilmesi açısından örgütün varlığı gereklidir. Gerçekten var olmayan bir örgütse 149/1 f bendinin uygulama alanına dâhil olacaktır.

3.1.7.1.8. Yağma Suçunun Gece Vaktinde İşlenmesi

5237 sayılı TCK m.6/1e bendine göre gece, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresidir. Yağma suçunun gece işlenmesi faile gerek suç esnasında gerekse sonrasında tanınmama hususunda bir kolaylık sağlamaktadır.¹²⁸

¹²⁵ Kavrama yönelik detaylı açıklamalar için bkz. Erkan ÖZTÜRK, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Beden ve Ruh Bakımından Kendisini Savunabilme Kavramı", Terazi Hukuk Dergisi, S.21, Seçkin Yay, Ankara 2008, s.94 vd.; Eğer yağma suçunda kullanılan cebir kişinin algılamasını ortada kaldırıyorsa zaten suçun temel biçimi oluşmayacağından, yağmanın kapsamında olmayan hareketlerin de cezalandırılabilmesi hususunda bkz. KOCA, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2815.

¹²⁶ Bkz.5237 sayılı TCK gerekçesi.

¹²⁷ Bkz. 5237 sayılı TCK gerekçesi.

¹²⁸ ÖZBEK, s.1058

3.1.7.2. Neticesi Sebebiyle Cezanın Ağırlaştırılmasını Gerektiren Nitelikli Hal

Yağma suçunun işlenmesi esnasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, fail ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. Burada dikkat edilmesi gereken husus zaten kasten yaralama suçunun cebir kullanarak işlenen yağma suçunun bünyesinde var olduğudur. Eğer direnci kırmak için kullanılan cebir 5237 sayılı TCK m.86 sınırını aşıyorsa burada artık ayrıca ceza verilecektir.

2.1.2. Daha az cezayı gerektiren nitelikli haller

5237 sayılı TCK m.150/1'de kişinin bir hukuksal ilişkiye dayanan alacağını tahsili amacıyla tehdit veya cebir kullanılması durumunda; sadece tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler sebebiyle cezai yaptırım uygulanacağı düzenlenmiştir.¹²⁹ Madde Gerekçesinde "*bir hukukî ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanılması hâlinde, tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Böylece, Kanunda, 765 sayılı TCK'nın 308'inci maddesinde tanımlanan ve "ihkakı hak" veya "kendiliğinden hak alma" diye ifade edilen suç tanımına ayrıca yer verilmemiştir.*" şeklinde açıklanmıştır.

5237 sayılı TCK m.150/1'de açıkça "*alacağını*" ibaresinin bulunması sebebiyle doktrinde çeşitli yorumlar yapılmıştır. Kanımızca, söz konusu alacağın kişinin bizzat kendisinin dahil olduğu bir hukuksal ilişkiden doğması durumunda ancak bu alacağı kendisinin sayılabilir. Çünkü maddede "*alacağını*" ibaresini kullanılmıştır. Bu sebeple kanun koyucu alacağı tahsil edecek olan kişinin yağma suçunu bu alacağı tahsil etmek için işlemesine cezai indirim uygulanmasına yönelik bir düzenleme getirmiştir. Fakat kanun koyucunun burada yakın akrabaların alacağına yönelik bir düzenleme yapmaması bir eksikliktir.¹³⁰ Metindeki ibarenin "*alacağını*" şeklinde kullanılması sadece hukuksal ilişkinin tarafı olanın fail olabileceği biçiminde anlaşılacağını düşündürmektedir. Hukuksal ilişkiden anlaşılan hukuk düzenince hüküm ifade etmesidir. Yani ancak geçerli bir hukuksal ilişkinin varlığı halinde fail bu hükümden faydalanabilecektir.¹³¹ Failin alacağının gerçekte var olmayan yahut

¹²⁹ Doktrinde bazı yazarlar bu maddedeki yağma suçuna dair düzenlemenin yağma suçunun unsurlarından farklı olduğu ve bunun özel bir yağma olduğu görüşündedir. Görüş için bkz. SOYASLAN, s.329.

¹³⁰ Burada her olayın somut özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği hususunda Bkz. Sedat BAKICI/ Yalvaç GÜRSEL, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 2, Adalet Yay, Ankara 2008, s.390; "*Failin alacağı ve yağma fiili sonucu aldığı şey arasında bir eşitlik ya da denk miktarda olma şartı aranmaz.*" Bkz. ÖZBEK, s.1060.

¹³¹ *Eksik borcun türüne göre bu maddenin uygulanabileceği hususunda (ahlaka aykırı eksik borçta bu madde uygulanmayacaktır)* bkz. ÖZBEK, s.1062-1062; "*İddia edilen alacak mahkemeler nezdinde dava edilerek korunabilmelidir.*" Alacağın gerçekte var olup olmaması değil, alacağın ihtilafı olup failin bu ihtilaf neticesinde fiilini gerçekleştirmesi gerektiği hususunda bkz. SOYAS-

unsurları eksik bulunan geçersiz bir hukuksal ilişkiye dayandığı hususunda hataya düşmesi durumunda hata hükümleri uygulanacaktır.¹³²

5237 sayılı TCK m.150/2'de malın değerinin azlığı daha az cezayı gerektiren nitelikli bir unsur olarak sayılmıştır.¹³³ Değerin azlığı maddenin ilk şeklinde zorunlu bir indirim haliyken, 5377 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucunda takdire bağlı bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Söz konusu husus yağma suçları açısından 5237 sayılı Kanun'la getirilmiş olan bir yeniliktir.¹³⁴ Malın değeri suçun işlendiği zamandaki değerine göre belirlenecektir. Suçun işlenmesinden sonra malın değerindeki artma ya da azalmanın bir etkisi olmayacaktır.¹³⁵ Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 1977/229 Esas ve 1977/249 karar sayılı 09.05.1977 tarihli kararında "*iktisadi genel ölçüleri*"¹³⁶ değerlendirme yapması yolunda görüş bildirmiştir.

LAN, s.330; "*Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için fail ile mağdur arasında alacak hakkı doğuran herhangi bir hukuksal ilişkinin bulunması gereklidir. Bu hukuksal ilişkinin, ilgili Yasada belirtilen şekil şartına uygun olarak kurulmuş olması zorunlu olmayıp hukuk düzenince kabul edilebilir meşru bir ilişki olması yeterlidir.*" Karar için bkz. (YCGK, 26.04.2011, 6-7/63; GÜNDÜZ, s.337-339).

¹³² Yargıtay bu durumda hukuksal ilişkinin unsurlarının kurulmadığı durumlarda da TCK m.150/1 sebebiyle indirim yapılması gerektiğini düşünmektedir., "...kefalet akdinin başlangıçta yazılı olarak yapılmayarak şekil şartına uyulmamış olması, mağdur ile sanıklar arasında kefalet ilişkisinin kurulmadığı anlamına gelmeyecektir. Başka bir anlatımla, şekil şartına uyulmadan kurulan bu ilişkinin borçlar Hukuku alanında hukuksal sonuç doğurmayacak olması, Ceza Hukuku alanında dikkate alınmasına engel olmayacaktır. Burada önemli olan şekil şartına arasında kefalet ilişkisinin kurulmadığı anlamına gelmeyecektir. Başka bir anlatımla, şekil şartına uyulsun veya uyulmasın meşru bir hukuksal ilişkinin bulunup bulunmadığı ve bu hukuksal ilişkiye dayanan alacağın tahsil amacıyla hareket edilip edilmediğidir." Söz konusu karar için bkz. (YCGK, 03.11.2009, 6-158/263; GÜNDÜZ, s.340-341), Kaçınılmaz hatanın fail lehine değerlendirilmesi gerektiği hususunda bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.366; ARTUÇ, s.2802

¹³³ Maddeye yönelik eleştiri için yukarıdaki açıklamalarımıza bkz. s.1, Benzer görüşte CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.365.

¹³⁴ Değer azlığı bakımından hırsızlık suçundaki hususların göz önünde tutulması gerektiği hususunda bkz. GÜNDÜZ, s.334; "5237 sayılı TCY'nın 150. Maddesinin 2. fıkrasındaki "*malın değerinin azlığı*" kavramının, 765 sayılı TCY'nın 522 maddesindeki hafif ve pek hafif ölçütleriyle, her iki maddenin de cezadan indirim olanağı sağlaması dışında benzerliği bulunmadığı, "*değerin azlığı*"nın 5237 sayılı yasaya özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu, bunun, daha çoğunu alabilme olanağı varken, yalnızca gereksinmesi kadar (örneğin; birkaç meyve veya ekmek, yiyecek; bir-iki defter, kalem; sigara, bira ve benzeri), değer olarak da az olan şeyi alma durumunda, olayın özelliği ve sanıkların kişiliği de değerlendirilerek, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği gözetilmeden, yakınandan önce 10.000.000 lira istemek suretiyle isteklerini sınırlayan sanıkların, devam eden tarihlerde yakınının üstünü arayarak, buldukları tüm parayı almış olmaları karşısında, eylemleri belirtilen ölçütleri taşımadığı halde cezalarından indirim yapılması,..." (Y6CD, 20.03.2007, 2006/8102-2007/3648; ARTUÇ kitabın cd ekinde s.138)

¹³⁵ "*Değer malın parasal karşılığını ifade eder, yoksa fail tarafından elde edilen yararların toplamı değildir.*" "*Malın değerinin az veya çok olmasında mağdurun veya failin ekonomik durumu nazara alınmaz.*" ARTUÇ, s.263.

¹³⁶ Hâkimin kendisini normal vatandaşın yerine koyarak değer ölçüsünü belirleyeceği hususunda bkz. SOYASLAN, s.334; Değer ölçütüne yönelik YCGK, 09.05.1977, 229-249 sayılı karar ve diğer kararlar için bkz. SOYASLAN, s.334.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2008/6-15 Esas, 2008/59 karar sayılı 23.05.2008 tarihli kararında "*..maddenin uygulanmasındaki en önemli ölçüt, kuşkusuz değer ölçüsüdür. Ölçüye konu edilmesi gereken değer ise, fiilen gasp edilen olmayıp, eylem kastına dahil edilen olmalıdır. Bu değer ise "indirim yapılmasını" haklı saydıracak düzeyde az olması gerekmektedir.*" belirtilerek, değer açısından bir ölçüt getirmiştir.¹³⁷

Elbette ki malın daha az olduğunu varsayarak daha değerli bir eşyayı alması durumunda hatasından faydalanacaktır.

3.2. Suçun Manevi Unsuru

Yağma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Olası kastla da işlenebilecektir.¹³⁸ Kişi bir hukuksal ilişkiye dayanan alacağını tahsil etmek için kullanırsa yağmadan değil, kasten yaralama ve tehditten sorumlu tutulacaktır.

Eşyanın yağmasında içinde hırsızlığı barındıran bir suç olduğu için burada faydalanmak maksadı aranmalıdır. Senedin yağmasında ise buna ilaveten failin kastı senedin borç doğrucu niteliğine de yönelik olmalıdır.¹³⁹ Ayrıca bir malın geçici bir süre ile alınıp, kullanıldıktan sonra iade edilmesi durumunda doktrinde yağma suçu olarak nitelendirilmektedir.¹⁴⁰

3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Haciz, meşru savunma, hakkın icrası vb. sebepler fiili hukuka uygun hale getirebilir. Fakat dikkat edilmesi gerekli nokta, burada 5237 sayılı TCK m.147'deki gibi özel bir zorunluluk halinin yağma suçu bakımından düzenlenmemiş olmasıdır. Korunan hukuksal değerler bakımından yerinde bir düzenleme olduğu kanısındayım.

4. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

4.1. Teşebbüs

Elverişli hareketlerle yağma suçunun icra hareketlerini gerçekleştirmeye başlayan fail, mağdurun eşya üzerindeki hâkimiyetini kesememiş ve malı alamamış olabilir. Yağma suçunun tamamlanabilmesi için malın alınması dışında başka bir netice aranmadığından, yağma suçu sırf hareket suçudur.¹⁴¹ Sırf hare-

¹³⁷ Karar için bkz. GÜNDÜZ, s.335.

¹³⁸ KOCA, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2811

¹³⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.573.

¹⁴⁰ KOCA, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2812; ÖNDER, s.348; "Örneğin gezmek amacıyla zorla sahibinden otomobilin anahtarını alan fail yağma suçunu işlemiş olmaz. Bu durumda failin cebir kullanma (TCK m.108) ve hırsızlıktan (TCK m.141) cezalandırılması gerektiği" hususunda aksi görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.563.

¹⁴¹ KOCA, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", s.2812.

ket suçlarında icra hareketleri bölünebiliyorsa, teşebbüs mümkün olacaktır.¹⁴² Yargıtay uygulamalarında failin malı mağdurun veya olay mahallindeki diğer kişilerin müdahalesi ile alamaması sonucunda teşebbüs hükümlerini uygulamaktadır. Fakat mağdurun hâkimiyetine son verip malı alıp kaçtıktan sonra failin yakalanması durumunda yağma suçunun gerçekleştiği görüşündedir.¹⁴³

Senedin yağması bakımından Yargıtay 6. Ceza Dairesinin bir kararında "*failin mağduru dövmesi ancak mağdurun mukavemeti sonucunda senedin imza edilmemiş olması halinde senedin yağmasına tam teşebbüs*"¹⁴⁴ olduğu kanaatine varmıştır.

Failin suçun tamamlanmasına dek gönüllü vazgeçmesi durumunda, yağmaya teşebbüs değil tehdit veya cebir suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Suçun tamamlanmasından sonra malın iadesi durumunda etkin pişmanlık hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹⁴⁵

4.2. İştirak

Yağma suçu iştirak bakımından bir özellik arz etmez. İştirake ilişkin genel kurallar uygulama alanı bulacaktır. İştirakin bütün şekilleri uygulama alanı bulabilecektir.¹⁴⁶

Fakat iştirak hususunda vurgulanması gereken husus; suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda yani yağma suçunun kanuni tanımında yer alan unsurlarını birlikte gerçekleştirenlerin 5237 sayılı TCK m.37/1 uyarınca fail olarak sorumlu tutulacağı, ayrıca da 5237 sayılı TCK m.149/1 c fıkrası uyarınca yağmanın nitelikli halinin söz konusu olacağıdır.¹⁴⁷

4.3. İçtima

Suç içtima bakımından özellik arz etmektedir. Suçun hem kendisi hem de nitelikli halleri bileşik suçta örnek gösterilebilir.

¹⁴² ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.604.

¹⁴³ Zikreden ARTUÇ, s.269; "*Sanığın yakalananın çantasını zorla alıp kaçarken haber verilen polisler tarafından takip edilerek olay yerine yaklaşık 1 km. uzaklıkta yakalandığının anlaşılması ve kabul edilmesi karşısında suçun tamamlandığının gözetilmemesi..*" (Y6CD, 02.11.2006, 9324-10622, ESEN, s.203), "*Yakınanın evinden suça konu eşyayı alı, dışarı çıkmak istediği sırada kapıda karşılaştığı yakının ve oğluna bıçak yönelten sanığın, yağma eyleminin tamamlandığı gözetilmeden yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde kalkışma hükmünün uygulanması..*" Y6CD, 08.11.2006, 6433-10955; ESEN, s.203) örnek kararlar için bkz. ESEN, s.201 vd.

¹⁴⁴ Y6CD, 06.04.1968, 1389-1889 karar için bkz. SOYASLAN, 2006, s.329.

¹⁴⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.664.

¹⁴⁶ "*Önceden verdikleri karar uyarınca, yakınlarını bayıltmakta kullanılacak eteri temin ederek ve yağmalanan altınlardan bir kısmını bozduarak yağma suçuna doğrudan katılan sanık M..P... hakkında, 5237 sayılı Yasanın 37/1. maddesi yerine, yazılı biçimde aynı Yasanın 39/1. maddesiyle uygulama yapılması,..*" Bkz. Y6CD, 23.09.2006, 3810-12748, ESEN, s.207.

¹⁴⁷ Bkz. ARTUÇ, s.271.

Yağma suçu, 5237 sayılı TCK m.43 uyarınca zincirleme suçun ve aynı neviden fikri içtimanın bir istisnası kabul edilmiştir. Yağma suçunda zincirleme suç ve aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmaz. (5237 sayılı TCK m.43/son) Yargıtay bir içtihadında "5237 sayılı TCY'nın 43/son maddesine göre, *teselsül hükümlerinin yağma suçunda uygulanmayacağı gözetilerek sanığın miktarını önceden belirlediği parayı tehdit ederek birden çok kez yakınlardan istemesi şeklinde gerçekleşen eyleminde, kastının aynı paranın istenmesi ile sınırlı olduğu ve eylemin her bir yakınına karşı ayrı ayrı tek yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden,*" şeklinde olup zincirleme suçun ilgili maddesindeki uygulamaya bir örnektir.¹⁴⁸

Yağma suçunda ayrıca kasten yaralama, konut dokunulmazlığını ihlal ve tehdit suçlarında bileşik suç hükümleri uygulanır. 5237 sayılı TCK m.87'nin istisnası gerçekleşmiş olsun. 5237 sayılı TCK m.149/2'de "*Yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*" denilmektedir.

Örneğin; aynı anda 4 kişinin tehdit edilerek, mallarının alınması durumunda; 4 tane ayrı ayrı yağma suçu oluşacaktır.

Eğer yağma suçu ile birlikte kişi özgürlüğünü ihlal suçu da birlikte işlenmişse hem yağma hem de kişi özgürlüğünü ihlal suçu oluşacaktır.¹⁴⁹

5. SORUŞTURMA VE YAPTIRIM

Yağma suçu, resen soruşturulan bir suçtur ve görevli mahkeme 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemeleridir. 765 sayılı TCK'ya göre 5237 sayılı TCK'daki ceza yaptırımını failin lehine olarak değiştirilmiştir.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Y6CD, 27.02.2007, 8546-2246; Esen, s.211; Daha fazla karar için bkz. ESEN, s.210 vd.

¹⁴⁹ Aynı doğrultuda bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.369.

¹⁵⁰ 765 sayılı TCK m.495'te suçun yaptırımını 10 yıldan 20 yıla kadar ağır hapis cezası olarak aralarında düzenlenmişti.; TBMM Adalet Komisyonunun Yağma Suçuna dair Tutanağını çalışmasına ekleyen yazar bize yaptırıma yönelik fikir edinmemizi sağlamaktadır. Yağma suçuna dair Prof. Dr. Adem SÖZÜER konuşmasında "*Ceza belirlenmesi üzerinde özellikle durmak istiyorum. Her zaman verilen klasik bir örnek var, mevcut Ceza Kanunumuzda, göz çıkarmanın daha az cezaya neden olduğu., buna karşılık zorla gözlük almanın daha çok cezaya neden olduğu. Göz çıkarmaya 5 yıl, zorla gözlük almaya 15 yıl diye, klasikleşmiş bir örneğimiz vardır. Şimdi, Ceza Kanundaki baştaki ilkelere uygun bir düzenleme yaptığını düşünün ceza itibarıyla (...) cebir, tehdit kullanılıyor ve 6 yıldan 10 yıla kadar veriliyor; ama, bu cebir ve tehdit, eğer yaralamaya neden oluyorsa, kasten yaralamadan da ceza veriliyor. ...Haksızlığın gerçekleşme biçimlerine göre cezanın arttırılmasına ilişkin bir sistem benimsenmiş durumda(...) bir devlet güvenlik mahkemesi-şimdi artık yok- başkasının verdiği bir örnek vardı; işte, gömleğinin cebini hafif yırtarak, çok basit bir şey almış, o da 8 yıl ceza vermek zorunda kalmış; aradan yıllar geçtikten sonra, hala vicdanım sızlıyor diyor, çok basit bir zor kullanmasına karşı. (...) Hem orantılılık ilkesine uygun hem de haksızlığın ağırlığıyla uygun bir düzenleme" olarak lehe durumu açıklamıştır. Tutanaklar için Bkz. Parlar/Hatipoğlu, s.347*

Malvarlığına karşı işlenen suçlarda şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler bakımından yağma ve nitelikli yağma suçları haklı olarak 5237 sayılı TCK m.167 kapsamına alınmamıştır. Bunun sebebi olarak suçun koruduğu hukuksal değerın kişi özgürlüğü olması gösterilebilir.¹⁵¹ Fakat kanun koyucu 5237 sayılı TCK m.168'de düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri bakımından yağma suçu faillerine bu hükümden yararlanabilme imkânı tanımıştır. Ayrıca Tekerrür bakımından da özel bir düzenlemeye gidilmiş; 5237 sayılı TCK m.58/4'de yurtdışında kişi aleyhine yağma suçundan verilecek olan mahkûmiyetlerin tekerrüre esas teşkil etmeyeceğini düzenlemiştir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yağma suçu birden fazla hukuksal değere yönelik koruma sağlayan; bünyesinde ise hırsızlık ve işleniş biçimine göre cebir veya tehdit suçlarını kapsamına alan bir birleşik suçtur. Bünyesinde barındırdığı suçlardan ayrı, bağımsız bir suç tipidir. Ve bu suçlara yönelik nitelikli hallerin yağma suçu bakımından uygulanması da mümkün değildir. Bu genişletici yorum olacaktır. Ceza Hukukunun temel ilkelerinden olan kıyas yasağına aykırı şekilde, yağma suçunun bünyesindeki suçlara özgü nitelikli haller yağma suçu bakımından uygulanamayacaktır.

Cebir suçunun yaptırımını olarak kasten yaralama suçuna yönelik hükümlerin uygulanacağından dolayı, kasten yaralama suçunda korunan hukuksal değerın vücut bütünlüğü olması sebebiyle bu suç bakımından da vücut bütünlüğü korunan hukuksal değerler içinde nitelendirilebilir.

Yağmada gerçekleştirilen maddi zorlamanın cebir sayılması için; failin bizzat kendisi tarafından yapılması gerekmektedir. Bu husus bakımından cebirin değerlendirilmesi her somut olaya göre ayrıca yapılmalıdır.

Yağma suçunda malın alınmasına yönelik olarak elverişli olan her türlü kuvvet kullanımı cebir olarak değerlendirilmelidir. 5237 sayılı TCK m.148/3'te düzenlenen cebir karinesi, yani mefruz cebir; 765 sayılı Kanunumuza göre sade bir anlatım içermektedir. Kanunların anlaşılır nitelikte olması bakımından daha isabetli bir düzenlemedir.

¹⁵¹ 5237 sayılı TCK m.167 gerekçesinde şöyle belirtilmiştir. "İzlenen suç politikası nedeniyle, aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin birbirlerinin malvarlığına karşı işlemiş buldukları suçlardan dolayı cezalandırılmamaları kabul edilmiştir. Ancak, yağma ve nitelikli yağma suçları açısından bu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanma kabul edilmemiştir. Şahsi cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu durumlarda, ilgili kişinin sadece cezaî sorumluluğuna gidilemez. İşlenen fiil, suç oluşturma özelliğini devam ettirmektedir."; Şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebeplerin sadece ilgili olduğu kişi hakkında uygulanacağı ve detaylı açıklama için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.355-356.

Uygulamada 5237 sayılı TCK m.148/3 dışında cebrin kapsamı dar yorumlanmakta sadece maddi cebirle ilişkilendirilmektedir. Bu saptamanın da hatalı olduğu kanısındayım. Kanımızca; uygulanan cebrin, kişiye mutlaka acı vermesi gerekmez. Çünkü kasten yaralama sağlığın bozulması yahut algılama yeteneğinin bozulması fiilleri ile de gerçekleştirilebilir.

Cebrin maddi olması gerektiği, gerekçede belirtilmiş olup; kanun metninde böyle bir sınırlama getirilmemiştir. Çünkü cebrin ayrı bir unsur olarak madde metninde yer aldığı suçlar bakımından; mağdurun direncini kıran her şey, cebir sayılmalıdır. Suçun maddi unsuru bakımından bazı maddelerde araç fiiller (*örneğin TCK m.80, 148*), bazı maddelerde ise fiil (*örneğin TCK m.108*) başlığı altında irdelenen cebir kavramının genel hükümler bünyesinde ayrıca tanımlanmasına ihtiyaç vardır. Tanımlayıcı normların genel hükümlerde yer alması kanunilik ilkesi bakımından da, daha yerinde olacaktır. Cebir kavramının genel bir tanımına yönelik, 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesine bir ibare eklenmesi uygulama açısından da kolaylık sağlayabilir.

Cebir araç fiilinin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için, cebrin ne zaman uygulanması gerektiğinin de saptanması gerekmektedir. Suçun tamamlanma anı mağdurun zilyetliğine son verildiği an olduğuna göre, bu anlatımdan cebrin uygulanacağı zamanın da mağdurun malı teslim etmesine yönelik gerçekleştirileceği için mağdurun malı teslim etmesinden önce olmalıdır.

Tamamlayıcı bir norm olarak düzenlenen cebir kavramının 765 sayılı TCK'daki düzenlemesinden kapsam olarak daha dar olduğu için doktrinde eleştirilmekteyse de; Cebir kavramı bakımından; cebir suçunun daha detaylı bir düzenlemesinden ziyade, daha önce de belirttiğimiz üzere bu hususun genel hükümler kapsamında yer alması gerekmektedir. Tanımlar maddesinde cebrin tanımına yönelik ayrıntılı düzenlenmiş bir bent eklenmesi duraksamayı çözecektir.

18.06.2014 tarihli 6545 sayılı Kanun'un 64. maddesi ile 5237 sayılı TCK m.149/1 d bendine eklenen ibare ile yağma suçunun bir konutun "*eklentisi*" sinde işlenmesi de nitelikli hal sayılacaktır.

Kullanılan cebrin mağdurun direncini kırarak ağırlığın üzerinde olması, daha doğru bir anlatımla kullanılan cebrin mağdurun direncini kırmanın ötesinde 5237 sayılı TCK m.86 sınırını aşarsa ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Son olarak vurgulamak gerekirse, cebir kavramının kapsamı suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca madde metninde tanımlanarak düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, "Mal'a Karşı Cürümler", AD, S.9-10, 1974, s.730.
- Adli KISAGÜN, "Ceza Hukukunda ve Medeni Hukukta Zilyedlik Mefhumu" AD, Yıl 53, 1962, S.9-10.
- Ahmet GÜNDEL, *Zimmet-Sahtecilik-Dolandırıcılık-Yağma-Hırsızlık-Güveni Kötüye Kullanma Suçları*, Seçkin Yay, Ankara, 2009.
- Ahmet TAŞKIN, "Yağma Suçunda Mal Kavramı", Terazi Hukuk Dergisi, S.20, Seçkin Yay, Ankara, 2008.
- Ali PARLAR/Muzaffer HATİPOĞLU, *Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar*, Kartal Yay. Ankara, 2006.
- Ali ŞAFAK, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Selim Kitapevi, İstanbul, 2002.
- Ayhan ÖNDER, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1994.
- Cevat ÖZEL, *İçtihatlı TCK*, 1. bası, Arion Yayınevi, İstanbul, 1995.
- Doğan SOYASLAN, "Malvarlığına Karşı Suçlar", Ed: Bahri ÖZTÜRK, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları, Seçkin yay, Ankara 2008, s.234.
- Doğan SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. bası, Yetkin Yay, Ankara 2006.
- Doğan SOYASLAN, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. bası, Savaş Yay, 1999.
- Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan ERDEM/ R. Murat ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yay.2012.
- Ejder YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, 5.bs, Yetkin Yay. Ankara, 1996.
- Erdal NOYAN, *Hırsızlık ve Yağma Suçları*, Bilge Yay, Ankara, 2011.
- Erdener YURTCAN, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 1. bası, Beta Yay. İstanbul, 2008.
- Erkan ÖZTÜRK, "5237 Sayılı TCK'da Beden ve Ruh Bakımından Kendisini Savunabilme Kavramı", Terazi Hukuk Dergisi, S.21, Seçkin Yay, Ankara, 2008.
- Erol CİHAN, *Cebir Kullanma Cürmü (TCK m.188)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- Fahrettin KIYAK, *Türk ve Askeri Ceza Kanunlarında Yağma Cürümleri ve Tatbikati*, Yıldız Matbaası, Ankara, 1955.
- Faruk EREM, *Hürriyet ve Suç*, AHF Yay, Ankara, 1952.
- Faruk EREM, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: 3 Özel Hükümler*, 3. Bası, Seçkin Kitapevi, Ankara, 1985.
- Francesco ANTOLİSEİ (Çev. Uğur Alacakaptan), "Genel Olarak Mameleke Karşı İşlenen Suçlar", AÜHFD, C.XIX, 1962, S.1-2, s. 68.
- Hasan ERMAN, "TCK'da Mal Aleyhinde İşlenen Suçların Yetersizliği", İHFM, C.XLI, 1975, S.1-2.

- İlhan ÜZÜLMEZ, *Yeni TCK'nın Hürriyetlere Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*, 1. bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007.
- İsmail MALKOÇ, *5237 Sayılı Yeni TCK (Madde 1-187) C.1*, Malkoç Kitapevi, Ankara, 2007.
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
Legal Hukuk Dergisi, C.3, S.30, İstanbul 2005.
- Mahmut KOCA, "Yağma Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı", Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta Yay. İstanbul, 2002.
- Mahmut KOCA, "Yağma Suçları", Sonbahar HPD, 2004.
- Mahmut KOCA, *Yağma Cürümleri*, Seçkin Yay, Ankara 2003.
- Mahmut KOCA, "5237 Sayılı TCK'da Yağma Suçu", *Legal Hukuk Dergisi*, 2005, s.2799.
- Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. bası, Seçkin Yay, Ankara, 2015.
- Mahmut KOCA/ İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1. bası, Adalet Yay, Ankara, 2013.
- Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/Ahmet Caner YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. bs, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.
- Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/Ahmet Caner YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.
- Mustafa ARTUÇ, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 2. bası, Adalet Yay, Ankara, 2011.
- M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe Oktay ÖZDEMİR, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 12. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2012.
- Nur CENTEL/ Hamide ZAFER/Özlem Yenerer ÇAKMUT, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Beta Yay. İstanbul 2011.
- Naci ŞENSOY, *Basit Hırsızlıklar ve Çeşitli Mevsuf Hırsızlıklar, (TCK'nın 491, 492 ve 493'üncü Maddeleri)*, Nazir Akbasan Matbaası, İstanbul, 1963.
- Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, 1. bası, Seçkin Yay, Ankara, 2012.
- Remzi GÜNDÜZ, *TCK'da Malvarlığına Karşı Suçlar*, 1. bası, Bilge Yay., İstanbul, 2012.
- Sami SELÇUK, *Dolandırıcılık (Evrimi-Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri)*, Yasa Yay. İstanbul, 1982.
- Sedat BAKICI/ Gürsel YALVAÇ, *5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 2*, Adalet Yay, Ankara, 2008.
- Serap HELVACI, *Gerçek Kişiler*, 3. Bası, Legal Yay., İstanbul, 2010.
- Selman DURSUN, "Malvarlığına Karşı Suçlar", Sonbahar HPD, 2004, S.2, s.190.

Sinan ESEN, *Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar*, Adalet Yay, Ankara, 2007.

Sulhi DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yay., İstanbul, 2001.

TDK Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.511ec5d9b06d80.99312299, 16.01.2013

Timur DEMİRBAŞ, *Kriminoloji*, 3. bası, Seçkin Yay., Ankara, 2010.

Timur DEMİRBAŞ, "Yağma Suçları", Ed: Bahri Öztürk, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları, Seçkin Yay, Ankara 2008, s.245

Veli Özer ÖZBEK, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) C.II Özel Hükümler (Madde 76-169)*, Seçkin Yay., Ankara 2008.

Veli ÖZER/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler*, 8. bası, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2015.

6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nda Görme Engelliler ve İmza Atamayanlar Bakımından Adi Yazılı Şekil

Written Form of People Unable to Sign, in the Context of the 6098 Code of Obligations

*Arş. Gör. Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK**

Özet

Borçlar hukukuna hakim olan ilkelerden biri de sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Bu ilke uyarınca sözleşme tarafları kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmadan sözleşme yapabilmektedir. Bununla birlikte kanun koyucu bazı sözleşmeleri yazılı şekil kurallarına tabi tutmuştur. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 15. ve 16. maddeleri, görme engelliler ile imza atamayan kimselerin geçerlilik şekline tabi hukuki işlemleri nasıl yapacaklarını düzenleyen hükümlerdir. Bununla birlikte 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 206. maddesinde de, imza atamayanların yapacakları hukuki işlemlerin senet niteliği taşıyabilmesi için uyulması gerekli olan kuralı içeren özel bir düzenleme öngörülmektedir. Söz konusu düzenlemelerin getirdiği yenilikler, yapılacak yoruma göre farklılık arz etmektedir. Bu kapsamda öncelikle görme engelli olan kimseler ile imza atamayan kimselerin kimler olduğu ortaya konulmalı, daha sonra geçerlilik şekli ile ispat şekli arasındaki fark belirlenerek uygulanacak hükümler tespit edilmelidir. Görme engellilerin, imza atamayanlardan farklı olduğu belirtilmeli ve görme engellilerin durumu ayrıca incelenmelidir. Görme engelliler bakımından, imza atabilen görme engelliler ile imza atamayan görme engellilerin ayrılması gerekir.

Anahtar Kelimeler

Görme Engelliler, İmza Atamayanlar, Adi Yazılı Şekil, El Yazısıyla Atılmış İmza, Mühür, Parmak İzi.

Abstract

One of the most significant principles of Law of Obligations is freedom of contract principle. In this context, two sides of the contracts can organize the document without any obligatory concept, principle or shape about establishment of contract. On the other side, the required shape, outline type of contracts is described in the law. Articles 15 and 16 of the 6098 Turkish Code of

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
E-Posta: burcuze@gmail.com.

Obligations include how to do valid and official approval for people who are not able to sign any official document. However, the 6100 Civil Procedure Law No. 206 contains a special regulation, that has to be applied by the people who are unable to sign a document. Innovation brought by the aforementioned regulations, can be interpreted by different point of views. In this context, firstly disabled people who can not see and people who are unable to sign have to be determined, than difference between shape of validity and evidence has to be identified. People who are visually impaired are exceptional and they are different than the people who can not sign. In addition, visually impaired people who can sign and can not sign have to be seperated from each other.

Keywords

Blind People, People Unable to Sign, Written Form, Official Written Form, Stamp, Approval, Finger Print.

I. GİRİŞ

Borçlar hukukumuzda egemen olan ilkelerden biri de sözleşme özgürlüğü ve bu kapsamda şekil özgürlüğüdür. Kanunda bir şekle tabi olacağı belirtilmeyen tüm hukuki işlemler bakımından şekil özgürlüğü söz konusudur ve herhangi bir şekle tabi olmadan geçerli şekilde yapılabilir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ (TBK)'da şekle tabi olarak yapılması gereken sözleşmeler; alacağın devri sözleşmesi (TBK m.183), önalım sözleşmesi (TBK m.237 f. 3), taşınır için bağışlama sözü verme (TBK m.288 f. 1) ve kefalet sözleşmesi (TBK m.581) olarak sayılmıştır. Görme engelliler ile fiziksel engeli veya okuma yazma bilmemesi nedeniyle imza atamayan kişilerin şekle bağlı işlemleri nasıl yapacakları özel olarak incelenmesi gereken bir husustur.

Geçerlilik şeklini yerine getirmek için iradenin dışı yansıması, imza ile meydana gelir. Bu sebeple çeşitli nedenlerle imza atmanın mümkün olmadığı haller ve bu hallerde sorunun nasıl çözümleneceği ortaya konulmalıdır. Görme engelli olan ve imza atabilen kimseler ile imza atamayanların durumu birbirinden farklıdır. Görme engellilerin, imza atamayanlardan farklı olduğu belirtilmeli ve görme engellilerin durumu ayrıca incelenmelidir. Zira imza atamayanlar hakkında TBK m.16 hükmü uygulanırken; görme engelliler hakkında TBK m.15 hükmü uygulama alanı bulacağından, bu kimselerin birbirinden ayrılması önem arz etmektedir.

Bu çalışma kapsamında, imza atabilen görme engelliler ile imza atamayan kimselerin hukuki durumları, yazılı şekle tabi işlemleri bakımından uygulanacak hükümlerle sonuçları ve doktrinde yapılan tartışmalar incelenecektir. Ayrıca TBK ile eşzamanlı olarak yürürlüğe giren, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu² (HMK) m.206 kapsamında imza atamayanlarla ilgili olarak getirilen özel düzenleme, bir çok açıdan hukuki sonuçlar ortaya çıkardığından

¹ RG. T. 4.2.2011, S.27836.

² RG. T. 4.2.2011, S.27836.

ayrıca değerlendirilecektir. Bu kapsamda öncelikle ilk bölüm, geçerlilik şekli ile ispat şekli ayırımına ve temel kavramların açıklanmasına ayrılmıştır. Akabinde adi yazılı şeklin unsurları başlığı altında imza kavramı açıklanacaktır. Son bölümde ise, görme engelliler ile imza atamayanların bu şekil kurallarını nasıl yerine getirecekleri; TBK ve HMK hükümleri kapsamında ayrı ayrı incelenecektir.

II. SÖZLEŞMELERİN ŞEKLİNE İLİŞKİN GENEL KURAL

A. Genel Olarak

Sözleşmelerin bir şekle tabi olarak yapılıp yapılmayacağı sorunu, Borçlar Hukuku ve Usul Hukuku bakımından ayrı ayrı düşünülmesi gereken bir husustur. Şekil; esasen irade açıklamasının belli bir biçimde veya belli araçlarla yapılmasını ifade eden kavramdır³. Şekil kavramı, Borçlar Hukuku bakımından geçerlilik şeklini ifade ederken, Usul Hukuku bakımından ispat şeklini ifade eder. Bu nedenle öncelikle, geçerlilik şekli ile ispat şekli kavramları arasındaki farkın üzerinde durulmalıdır. Hukuki işlemlerde geçerlilik şekli ile ispat şekli ayırımı, hukuk tekniği bakımından önem arz etmekle beraber, uygulamada zaman zaman bu ayırım yapılamamakta ve bu iki kavram birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Her şeyden önce, bu ayırımın yalnızca "hukuki işlemler" bakımından önem arz ettiğini belirtmek gereklidir. Hukuki işlem sayılmayan filler, örneğin bir haksız fiilin veya bir maddi fiilin geçerlilik şekli söz konusu olmayacağı gibi, bunların bir ispat şeklinden de bahsedilemez.

Bu çalışma kapsamında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nda görme engelliler ve imza atamayanların durumu incelenmekle birlikte; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴ (HMK)'nda düzenlenmiş olan ispata ilişkin hükümlere de ilgili olduğu ölçüde değinilecektir. Bu nedenle ispat şekli ile geçerlilik şekli ayırımına da yer verilmesi uygun görülmüştür. Aşağıda bu iki kavram, ayrı başlıklar altında sonuçları ile birlikte kısaca ele alınacaktır. Ardından TBK m.12'de düzenlenen sözleşmelerde şekil özgürlüğü ilkesi ve bu ilkenin istisnası açıklanacaktır.

³ Kemal OĞUZMAN/ Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Vedat Yayınları, İstanbul, 2011, s.141; Erol CANSEL / Çağlar ÖZEL, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2014, s.187; Nihat YAVUZ, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi 1. Cilt*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s.156; Hüseyin HATEMİ/ Emre GÖKYAYLA, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Baskı, Vedat Yayınları, İstanbul, 2012, s.42; Turgut AKINTÜRK, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.35; Turgut UYGUR, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi 1. Cilt*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2012, s.249; Aydın ZEVLİLİLER/ Şeref ERTAŞI/ Ayşe HAVUTÇU/ Murat AYDOĞDU/ Emre CUMALIOĞLU, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, İzmir, 2013, s.148; Ahmet M. KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.104.

⁴ RG. T. 12.1.2011, S.27836.

1. Geçerlilik Şekli- İspat Şekli Ayırımı

a. Geçerlilik Şekli

"Sihhat şekli" olarak da ifade edilen geçerlilik şekli, bir hukuki işlemin, arzu edilen hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için, yerine getirilmesi kanunen öngörülen şekil şartını ifade eder⁵. Bu husus TBK m.12 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TBK m.12'nin ilk fıkrasında, genel kuralın sözleşme özgürlüğü ilkesi olduğu belirtilerek, sözleşmelerin kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı ifade edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, TBK kapsamında düzenlenen sözleşmeler bakımından öngörülmüş bir şekil şartı kuralı var ise, bunun geçerlilik şekline ilişkin olacağı belirtilmiştir. Başka bir anlatımla, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen şekil şartı, kural olarak geçerlilik şeklidir.

Geçerlilik şekli ile ilgili temel düzenlemeyi içeren TBK m.12; genel kuralın sözleşmelerde şekil serbestisi olduğunu ifade ettikten sonra, kanunun öngördüğü bir şekil şartı varsa, bunun geçerlilik şekli olduğunu belirtmiştir. Geçerlilik şekline uyulmamasının yaptırımı, aynı maddenin ikinci fıkrasında "*öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, geçerlilik şekline uyulmadan yapılan sözleşmeler hüküm doğurmayacak, başka bir anlatımla kesin hükümsüz olacaktır. Bu husus, madde gerekçesinde de belirtilmiştir⁶.

b. İspat Şekli

İspat şekli, geçerlilik şekline bağımsız olarak, bir hakkın doğumu, sona ermesi, devredilmesi, bir borcun yerine getirilmesi, ertelenmesi, bir malın teslim edilmesi gibi amaçlarla yapılan hukuki işlemlerin ispatı için öngörülen şekil şartıdır⁷. Başka bir ifadeyle, hukuki işlemlerin, yargılama hukukunda ispatlanmasında aranan şekil şartıdır⁸. Hukuki işlemlerin dışında kalan, haksız

⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s.141; YAVUZ, Şerh, s.157; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s.148; CANSEL/ ÖZEL, s.187; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.42 vd. UYGUR, s.249; Doğan ŞENYÜZ, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2013, s.42; AKINTÜRK, s.35; AYAN, s.135; Aytekin ATAAY, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 1995, s.171; Halil KILIÇ, *Açıklamalı İçtihatlı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 2. Cilt*, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2011, s.2006; KILIÇOĞLU, *Borçlar*, s.104; Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü 2. Cilt*, 6. Baskı, Demir Demir Yayınevi, İstanbul 2001, s.2077.

⁶ "... 12'nci maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ilk cümle hükmüyle, Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şekli olduğu belirtilerek, bu konudaki duraksamalar ortadan kaldırılmak istenmiştir. Aynı fıkranın son cümlesinde de, öngörülen şekle uyulmadan kurulan sözleşmelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olduğu açıklanmıştır."

⁷ YAVUZ, Şerh, s.157; CANSEL/ ÖZEL, s.191; ŞENYÜZ, s.42; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.494; AKINTÜRK, s.36; AYAN, s.135.

⁸ NOMER, s.82; YAVUZ, Şerh, s.157; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.42; UYGUR, s.250; CANSEL/ ÖZEL, s.188; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s.149; ATAAY, s.172; Necip KOCAYUSUFAŞAOĞLU/ Hüseyin HATEMİ/ Rona SEROZAN/ Abdülkadir ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s.273.

fiüllerin, maddi vakıaların, maddi fiüllerin ispatlanması için öngörülmüş bir ispat şekli yoktur.

İspat şekli ile geçerlilik şekli arasındaki en temel fark, geçerlilik şeklini sağlamayan bir hukuki işlem kesin hükümsüz iken, ispat şeklini sağlamayan bir hukuki işlemin geçerli olmasıdır. İspat şeklini sağlamayan ama hukuken geçerli şekilde kurulmuş hukuki işlemler hukuk düzeninde geçerli şekilde varlık kazanmıştır; fakat yargılama hukuku bakımından söz konusu hukuki işlemin varlığı ortaya konulamamıştır. Başka bir deyişle ispatlanamamıştır.

İspat şekli, esasen HMK m.200 f.1'de öngörülmüştür. Söz konusu hükümde, "*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir.*" denilmektedir. Buna göre, ispat şekli, 2500 Türk lirasını aşan hukuki işlemler bakımından söz konusu olmaktadır. Öngörülen bu ispat şekline "senetle ispat kuralı" denilmektedir⁹. Ayrıca HMK m.201'de düzenlenen, "*Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz.*" hükmü gereği, senetle iddia olunan bir vakıaya karşı yapılan ispat faaliyetinin de senet ile yapılması gereklidir. Burada, senetle ispat kuralının bir başka görünümü olan "senede karşı senetle ispat kuralı" olarak adlandırılan ilke söz konusudur¹⁰.

Senetle ispat zorunluluğu, 2500 lirayı aşan işlemler bakımından kural olmakla beraber mutlak değildir. Şöyle ki, bu kuralın birtakım istisnaları da mevcuttur. Bunun sebebi, senetle ispatın kamu düzeninden olmamasıdır¹¹. Öncelikle HMK m.200 f. 2, davada karşı tarafın onayıyla senetle ispat kuralının aşılabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, karşı taraf açık onay verirse, senetle ispatı gereken bir hukuki işlem her türlü delille ispat edilebilecektir. Senetle ispat kuralının diğer istisnaları, HMK m.202 ve HMK m.203'de düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, maddi hukuk bakımından herhangi bir parasal sınır söz konusu olmaksızın, hukuki işlemlerin geçerliliği bakımından kural olarak şekil serbestisinin kabul edilmesi karşısında; usul hukuku bakımından, kanunda belirlenmiş parasal sınırı aşan hukuki işlemlerin ispatı bakımından ispat şekli öngörülmüştür. Bu durumda örneğin, TBK'da herhangi bir geçerlilik şekli

⁹ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.43; Bilge UMAR, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.584; CANSEL/ ÖZEL, s.191; Mustafa KILIÇOĞLU, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s.956; KILIÇ, s.2014.

¹⁰ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.43; UMAR, s.596; CANSEL/ ÖZEL, s.191; KILIÇ, s.2020.

¹¹ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.494.

öngörülmemiş bir taşınır satım sözleşmesi, sözlü olarak yapıldığında geçerli olarak kurulmasına rağmen; parasal sınırı aşan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda bu sözleşmeye dayanan tarafın -eğer senetle ispat kuralının istisnalarını oluşturan bir durum yoksa- mutlaka senet getirmesi gerekecektir. Bu gibi durumlar bakımından, tarafların aleyhine ve maddi gerçeğe uymayan kararların verilmesi söz konusu olabilir. Ne var ki, ispat şekline ilişkin kural- ların da "*subjektif haklarda güvenin sağlanması, yalan tanıklığın önlenmesi, davanın daha kısa sürede sonuçlanması, hakimin işini kolaylaştırması*" gibi faydalarının olduğu göz ardı edilmemelidir¹².

2. Geçerlilik Şekli Türleri

Hukuki işlemlerin kural olarak herhangi bir geçerlilik şartına tabi olmadığını ve buna sözleşme özgürlüğü ilkesi denildiğini daha önce ifade etmiş- tik¹³. TBK m.12 açıkça sözleşme özgürlüğü ilkesine ilişkin kuralı koymuş ve "*kanunda aksi öngörülmedikçe*" tarafların yapacakları hukuki işlemlerin kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmadığını düzenlemiştir¹⁴.

Görüldüğü üzere, sözleşme özgürlüğü ilkesi mutlak bir ilke olmayıp istisnası bulunmaktadır. TBK m.12'nin ifadesine göre, sözleşmelerin şekle tabi olmaları kanunen öngörülebilir. Ne var ki, kanunen öngörülmüş geçerlilik şekli bulunmayan hukuki işlemlerin de taraflarca bir geçerlilik şekline tabii tutulma- ları mümkündür¹⁵. TBK m.17 düzenlemesine göre, tarafların, kanunen şekle tabi olmayan bir hukuki işlemi, aralarında anlaşarak şekle tabi kılınmaları halinde bir iradi şekil söz konusu olur. İradi şekle tabi kılınan bir hukuki işlem, bu şekle uyulmadan yapıldığında tarafları bağlamayacaktır. TBK m.17 f. 2 gereği taraf- lar, iradi şeklin herhangi bir belirleme yapılmadan, "yazılı şekil" olmasına karar vermişse, kanuni yazılı şekil hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Geçerlilik şekli türleri; iradi şekil, yazılı şekil ve resmi şekildir¹⁶. Aşağıda bu kavramlar ayrı başlıklar altında kısaca ele alınacaktır.

¹² PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.473.

¹³ Bkz. yukarıda Başlık II, A, 1.

¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s.141; CANSER/ ÖZEL, s.187; YAVUZ, Şerh, s.157; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.42; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s.148; ŞENYÜZ, s.40; KILIÇOĞ- LU, Borçlar, s.75; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s.267; Sefa REİSOĞLU, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.81.

¹⁵ AKINTÜRK, s.35; YAVUZ, Şerh, s.172; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.49; NOMER, s.70; CANSER/ ÖZEL, s.190; KILIÇ, s.2004; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.108; EREN, s.269; REİSOĞLU, s.96.

¹⁶ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.46 vd; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.108. Kılıçoğlu, ayrı bir kategori olarak "nitelikli yazılı şekil" den de bahsetmektedir. Kanun koyucunun bir sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına ek olarak sözleşmenin kapsamına ilişkin koşullar da getirmesi durumunda nitelikli yazılı şekilden söz edileceğini belirtmekte; kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısı ile yazması gereken unsurlar bakımından nitelikli yazılı şeklin söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Kanaatimizce nitelikli yazılı şekil, adi yazılı şekil içerisinde değerlendirilmelidir. Bu ayrı bir kategori değildir.

a. Adi Yazılı Şekil

Adi yazılı şekil, yazılı bir metnin, bu metin vasıtasıyla borç altına girecek olanlarca imzalanması ile oluşan şekildir¹⁷. Adi yazılı şekille oluşturulmuş belgeler, ispat hukuku açısından adi senet olarak adlandırılırlar¹⁸. TBK m.14'te düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, "*yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.*" Görüldüğü gibi, adi yazılı şekil ile bir hukuki işlemi yapmak için, yazılı bir metin ve borç altına giren tarafların imzaları bulunmalıdır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borç altına girmeyen tarafın imzasının bulunması gerekli değildir¹⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nda; alacağın devri sözleşmesi (TBK m.183), önalım sözleşmesi (TBK m.237 f. 3), taşınır için bağışlama sözü verme (TBK m.288 f. 1) ve kefalet sözleşmesi (TBK m.583) için adi yazılı şekil öngörülmüştür. Aşağıda ayrı bir başlık altında, adi yazılı şekil ve unsurları ele alınacaktır²⁰.

b. Resmi Şekil

Resmi şekil hukuki işlem yapacak olan tarafların, söz konusu iradelerini, resmi bir memur önünde senede geçirmeleridir²¹. 1512 Sayılı Noterlik Kanunu²² (NK) m.60'a göre, bir hukuki işleme resmi şekli noter kazandırır. Ne var ki, 2644 Sayılı Tapu Kanunu²³ m.26 f. 1 uyarınca taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemleri yapma yetkisi münhasıran tapu memurlarına aittir.

Resmi şekle tabi sözleşmelerden bazıları; taşınmaz mülkiyet devrine ilişkin sözleşmeler (MK m.706), mal rejimi sözleşmeleri (MK m.205), ölünceye kadar bakma sözleşmesi (MK m.612 f. 1), tescil edilmiş motorlu araç satımı ve devrine ilişkin sözleşmeler (Karayolları Trafik Kanunu m.20), finansal kiralama sözleşmelerine (Finansal Kiralama Kanunu m.8 f. 1) ilişkin düzenlemeleridir.

¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.144; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.46; UYGUR, s.255; CANSEL/ ÖZEL, s.193; ŞENYÜZ, s.43; NOMER, s.70; AKINTÜRK, s.37; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ SEROZAN/ ARPACI/ HATEMİ, s.276; EREN, s.278.

¹⁸ KURU, s.2079.

¹⁹ Umut YENİOCAK, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, 1. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.18; CANSEL/ ÖZEL, s.195; UYGUR, s.261; Nihat YAVUZ, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.56; OĞUZMAN/ÖZ, s.147; YAVUZ, Şerh, s.161; NOMER, s.70; AKINTÜRK, s.37.

²⁰ Bkz. Aşağıda, Başlık II, B.

²¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.153; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.48; UYGUR, s.255; CANSEL/ ÖZEL, s.198; NOMER, s.77; AKINTÜRK, s.40; ŞENYÜZ, s.47; KILIÇ, s.2005; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.111; KURU, s.2111; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ SEROZAN/ ARPACI/ HATEMİ, s.276.

²² R.G., T. 05.02.1972, S.14090.

²³ R.G., T. 29.12.1934, S.2892.

c. İradi Şekil

TBK m.12 hükmüyle kanun koyucu, şekil serbestisinin asıl kural olduğunu, kanuni şekil şartının ise istisna olduğunu ifade etmiştir. TBK m.12 f. 1'de belirtilen ve asıl kural olan şekil serbestisinin bir diğer istisnası ise iradi şekildir²⁴. TBK m.17 düzenlemesine göre, kanunda herhangi bir geçerlilik şartı öngörülmemiş olan bir sözleşme türü için tarafların karşılıklı irade beyanları ile yapacakları bu sözleşmeyi bir şekil şartına bağlamaları mümkündür. Bu ihtimalde TBK m.17 kapsamında bir iradi şekilden söz edilir. TBK m.17 kapsamında tarafların kararlaştırdığı bu şekle uyulmaması, sözleşmenin tarafları bağlamaması sonucunu doğurur. Başka bir deyişle, kanunen herhangi bir geçerlilik şekline bağlanmamış bir hukuki işlem, tarafların iradesi ile şekle tabi kılınabilir²⁵. Bunun sonucunda tarafların kararlaştırdığı şekil, artık geçerlilik şekli olacaktır. Böylece şekil serbestisi ilkesi, kanunun öngördüğü istisnai hallerde daraltılmış olabileceği gibi, tarafların iradesi ile de sınırlandırılabilir.

Önemle belirtmek gerekir ki TBK m.17 hükmü, tarafların bir sözleşmeyi iradi şekle bağlayabilmesini, kanunda o sözleşme için herhangi bir şekil şartının öngörülmemesine bağlamıştır. Bu kapsamda, tarafların, kanunen geçerlilik şekline tabi tutulmuş bir sözleşmeye ilişkin olarak, iradi şekil ile bu sözleşmenin kuvvetini ve etkisini azaltması mümkün değildir²⁶.

TBK m.17 f. 2 hükmü, tarafların sözleşmeye ilişkin bir geçerlilik şartı kararlaştırmaları durumunda, bu şekle ilişkin bir belirleme yapılmadığında, yasal yazılı şeklin esas alınacağını belirtmektedir.

B. Adi Yazılı Şeklin Unsurları

Daha önceki açıklamalarımızda, sözleşmelerin kural olarak bir geçerlilik şekline tabi olmadığını ve fakat kanunda düzenlenen hallerde veya tarafların iradi olarak anlaşmaları halinde sözleşmelerin geçerlilik şekline tabi olacağını ifade etmiştik²⁷. Sözleşmelerin resmi şekille yapılması, çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmış olup bu başlık altında sadece TBK m.14 ve TBK m.15 kapsamında, adi yazılı şekil hükümleri incelenecektir.

Kanunen bir geçerlilik şartı öngörülen hukuki işlemler veya kanunen bir şekil şartına bağlanmadığı halde taraflarının iradesiyle şekle bağlanan hukuki işlemler bakımından adi yazılı şekil hükümleri uygulanacaktır. Adi yazılı şekle ilişkin temel kural olan TBK m.14, "*Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.*" düzenlemesini

²⁴ UYGUR, s.273; OĞUZMAN/ ÖZ, s.141; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.108.

²⁵ CANSEL/ ÖZEL, s.191; OĞUZMAN/ÖZ, s.162; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.49; ATAAY, s.168; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.108.

²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.163; UYGUR, s.273.

²⁷ Bkz. Yukarıda Başlık II, A.

içermektedir. Buna göre, adi yazılı şeklin gerçekleşebilmesi için yazılı bir metin ve imza bulunmalıdır²⁸. Yazılı şekil şartının yerine gelebilmesi için bu iki unsurun birlikte bulunması gereklidir. Yazılı metin ve imza birlikte olmalıdır ki geçerlilik şekli yerine gelebilsin. İmza içermeyen bir yazılı metin (örneğin bir bilgisayar çıktısı veya fotokopi metni) tek başına geçerlilik şartını yerine getirmeyecektir. Aşağıda ayrı başlıklar altında adi yazılı şeklin unsurları açıklanacaktır.

1. Yazılı Metin

Adi yazılı şeklin yerine getirilebilmesi için öncelikle, borçlu tarafından imzalanacak bir metin bulunmalıdır²⁹. Yazılı metnin, el yazısı ile yazılmış olması gerekli değildir³⁰. Bununla birlikte yazının üzerine yazıldığı madde önem taşımaz³¹. TBK m.14 f. 2 gereği, kanunda aksi öngörülmedikçe, "*imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler*" de yazılı şekil şartını yerine getiren yazılı metinler sayılacaktır. Metnin bulunduğu şeyin mutlaka kağıt olması gerekli değildir. Görüldüğü gibi, güvenli elektronik imza ile gönderilebilen belgeler, kağıt üzerinde olmamasına rağmen yazılı metin koşulunu yerine getirebilmektedir. Esasen, teyit edilmiş faks, buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen belgelerin de yazılı şekil şartına dahil edilmesi 6098 Sayılı TBK döneminde olmuştur. Daha önce yürürlükte olan 818 Sayılı Borçlar Kanunu³² (BK)'nda yazılı şekil şartını gerçekleştiren metinler olarak yalnızca imzalı mektup ve telgraf sayılmıştı.

818 sayılı BK döneminde, yazılı şekil şartını düzenleyen 13. maddenin 2. fıkrasında faks ile gönderilmiş olan imzalı metinlere ilişkin bir ifade bulunmadığından, bu türden metinlerin, yazılı şekil şartını yerine getirip getirmediği tartışma konusuydu³³. 6098 Sayılı TBK m.14 f. 2 "*teyit edilmiş olmaları kaydıyla*" faks metinlerini ve "*buna benzer iletişim araçları*" ile gönderilen metinleri, yazılı metin kapsamına almıştır. Ne var ki, bu metinler için imza koşulu belirtilmemiş olup sadece teyit edilmiş olmaları aranmıştır. Teyit edilmiş olma kavramı bakımından kanunda açıklık olmadığı için, hüküm bu yö-

²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s.144; CANSEL/ ÖZEL, s.193; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.46; KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU/ SEROZAN/ ARPACI/ HATEMİ, s.277; EREN, s.273.

²⁹ YAVUZ, Şerh, s.162; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.46; UYGUR, s.255; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s.150 ŞENYÜZ, s.44; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.123; KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU/ SEROZAN/ ARPACI/ HATEMİ, s.277; EREN, s.273; REİSOĞLU, s.89.

³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s.145; CANSEL/ ÖZEL, s.194; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.46; AKINTÜRK, s.37, NOMER, s.71; UYGUR, s.264; ŞENYÜZ, s.44.

³¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.145; ŞENYÜZ, s.44; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s.150.

³² RG T. 29.4.1926, S.359.

³³ NOMER, s.71; AKINTÜRK, s.37.

nüyle doktrinde eleştirilmektedir³⁴. Ayrıca teyidin nasıl yapılacağına ilişkin bir şekil belirtilmediği gibi, herhangi bir süre şartı da getirilmemiştir. Kanaatimizce düzenleme bu yönleriyle isabetsizdir. TBK m.14 f. 2, teyit edilmiş faks metinlerinin yazılı şekil şartını yerine getireceğini düzenlemekle beraber, bu teyidin ne şekilde yapılacağına ilişkin bir açıklık getirmediğinden tartışmaya açık kalmıştır. Bu durumun yazılı şekil ile korunmak istenen menfaatleri ve işlem güvenliğini tehlikeye attığı görüşündeyiz.

Kanaatimizce, teyit edilmiş faks metinlerinin yazılı şekil şartını yerine getirebilmesi için bu teyit edilmenin de yazılı olarak yapılması gereklidir³⁵. Aksi halde, kanun koyucunun yazılı şekil kuralları ile sağlamak istediği işlem güvenliği tehlikeye atılmış olur. Faks metinleri de tıpkı fotokopi metinler gibi üzerinde çok kolay değişiklik yapılabilen metinlerdir. Bununla birlikte kanuni yazılı şekil şartı öngörülen sözleşmeler istisna olup kanun koyucunun gerçekten önemli gördüğü sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmeler bakımından, yazılı şekil şartını dolanacak böyle bir imkanı kanun koyucunun öngörmüş olduğunu düşünmek mümkün değildir. Bu nedenle, muhakkak faks teyidinin yazılı olarak yapılması gereklidir. Aksi halde sözleşmenin geçerlilik koşulunu sağlamadığından bahisle kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca eğer bu kanunun öngördüğü teyidin yazılı olarak değil de, her türlü şekille (örneğin sözlü olarak) yapılabildiği kabul edilirse, ispata ilişkin sorunlar da ortaya çıkacaktır.

2. İmza

TBK m.14 uyarınca yazılı şekil şartının yerine getirilmesi için; ilk unsur olan yazılı metne ek olarak, bu yazılı metin ile borç altına girecek olanların imzaları da gerekmektedir. İmza, borç altına girecek kimseyi belirleyen bir işaretir³⁶. İmzanın ne şekilde atılacağını düzenleyen TBK m.15 hükmüne göre, "*İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur.*" Bununla birlikte 2525 sayılı Soyadı Kanunu m.2'ye göre, imza kural olarak öz ad, soyadından önce kullanılarak atılmalıdır. Yargıtay'a göre ise, el yazısı ile atılacak imzanın tabii olduğu herhangi bir şekil şartı yoktur. Yargıtay'a göre, karakterler veya ad soyadın imza olarak kullanımı mümkün olup olası bir uyuşmazlıkta, bunların imza atmak amacıyla yazılıp yazılmadığının tespiti gerekmektedir³⁷.

³⁴ YENİOCAK, s.19; YAVUZ, Şerh, s.164; Turgut ÖZ, "*Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği*", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler Tebliğler, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.21; OĞUZMAN/ÖZ, s.148; NOMER, s.71.

³⁵ Oğuzman/Öz ise teyidin de aynı yolla(faksla) yapılması gerektiği görüşündedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.149.

³⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.150; CANSEL/ ÖZEL, s.195; YAVUZ, Şerh, s.168; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s.151; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.124; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ SEROZAN/ ARPACI/ HATEMİ, s.280; EREN, s.274; POSTACIOĞLU, s.597.

³⁷ Y. 12. HD. T. 28.04.2009, E. 2009/1234, K. 2009/9222. (www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 12.05.2015)

İmzanın elle atılması, kural olmakla birlikte TBK m.15 f. 2 hükmü gereği, "örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanması" durumunda imzanın el yazısı dışında başka bir araçla atılması kabul edilebilecektir.

818 Sayılı BK m.14 f. 1 ikinci cümlesi "*Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir.*" düzenlemesi ile güvenli elektronik imzanın sadece ispat gücü bakımından el yazılı imza ile aynı olduğunu belirtmekte idi. Oysaki burada bahis konusu olan bir hukuki işlemin ispatı değil, geçerlilik şartıdır. Bu isabetsiz ifade 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile giderilmiştir. Güvenli elektronik imza, adi yazılı şekli yerine getirmesi bakımından el yazısı ile aynı kuvvettedir³⁸. TBK m.15 f. 1 ikinci cümlesine göre, "*Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.*" Buna göre, geçerli olabilmesi için adi yazılı şekil şartı bulunan bir hukuki işlem, güvenli elektronik imza ile imzalanırsa da geçerlilik şeklini yerine getirmiş olacaktır. Ayrıca 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu³⁹ (EİK) m.5 f. 1'de de aynı düzenleme bulunmaktadır. Böylece iki kanun arasında paralellik sağlanmıştır. Fakat EİK m.5 f. 2'de bir sınırlama vardır. Buna göre, kanunların resmî şekle (örn. taşınmaz satışı) veya özel bir merasime tabi tuttuğu (örn. evlenme) hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri (örn. kefalet sözleşmeleri, garanti sözleşmeleri) güvenli elektronik imza ile yapılamaz. Her ne kadar bu sınırlama, TBK m.15 hükmünde yer almasa da; kanunun sistematüğinden, güvenli elektronik imzanın adi yazılı şekli yerine getirme bakımından imzaya dahil edilmek istendiği ve EİK m.5 f. 2 sınırlamasının halen devam ettiği anlaşılmaktadır⁴⁰.

III. GÖRME ENGELLİLER VE İMZA ATAMAYANLARIN ADİ YAZILI ŞEKİL KURALLARI KARŞISINDAKİ DURUMU

Yukarıda incelendiği üzere, hukuki işlemlerin geçerliliği ve ispatı bakımından esas olan el yazısı ile imza atılmasıdır⁴¹. Kural bu olmakla birlikte, çeşitli nedenlerle el yazısı ile imza atamayan kişiler de bulunmaktadır. Bununla beraber, görme engellilerin, imza atamayanlardan farklı olduğu belirtilmeli ve görme engellilerin durumu ayrıca incelenmelidir. Zira imza atamayanlar hakkında TBK m.16 hükmü uygulanırken; görme engelliler hakkında TBK m.15 hükmü uygulama alanı bulacağından, bu kişilerin birbirinden ayrılması önem arz etmektedir.

³⁸ YENİOCAK, s.22; YAVUZ, Şerh, s.157; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.47; ZEVLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s.152; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.126; REİSOĞLU, s.90. Ayrıntılı bilgi için bkz. İpek SAĞLAM, *Elektronik Sözleşmeler*, Legal Yayınevi, İstanbul 2007, s.154 vd.

³⁹ R.G T. 23.01.2004, S.25355.

⁴⁰ NOMER, s.72.

⁴¹ Hukukî işlemlerin geçerliliğinde el yazısıyla imza ile ilgili açıklama için bkz. Bölüm II, B, 2.

İmza atamayanların geçerlilik şekline tabi işlemlerde imza koşulunu nasıl yerine getireceği ile ilgili temel düzenleme, TBK m.16'da yer alan "*İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler.*" hükmüdür. Ne var ki, öncelikle imza atamayanların kimler olduğu ortaya konulmalı ve sorunun çözümüne bu şekilde ulaşılmalıdır. İmza atamayan kişiler için; "*imza atamayan görme engelliler, fiziksel engel nedeniyle imza atamayanlar ve okuma yazma bilmediği için imza atamayanlar*" girmektedir.⁴² İmza atamayan görme engelliler, fiziksel engel nedeniyle imza atamayanlar ve okuma yazma bilmediği için imza atamayanların tamamı imza atamayanlar kategorisi içinde değerlendirilir ve TBK m.16 düzenlemesine tabii olur. Bu nedenle bu üç grup aşağıda "imza atamayanlar" başlığı altında değerlendirilecektir. Buna karşılık, imza atabilen görme engelliler hakkında TBK m.15 f. 3 ve NK m.73 ile NK m.75 düzenlemesi uygulama alanı bulacağından "imza atabilen görme engelliler" de ayrı bir başlık altında incelenecektir.

A. İmza Atabilen Görme Engelliler Bakımından

1. 818 Sayılı Borçlar Kanunu Düzenlemesi

818 sayılı BK m.14 f. 3 hükmü, "*Amaların imzaları usulen tasdik olunmadıkça yahut imza ettikleri zaman muamelenin metnine vakıf oldukları sabit olmadıkça onları ilzam etmez*" düzenlemesini içeriyordu. İmza atabilen görme engellilerin geçerlilik şekline tabi işlemler için attıkları imzaların geçerli olması için, ya imzalarının onaylanması ya da metnin içeriğini bildiklerinin ispatlanması gerekmektedir. Bu düzenlemeye göre, görme engelli kimse ile geçerlilik şekline tabi bir işlem yapan kişi, eğer görme engelli kimsenin imzası onaylanmış değilse daha sonra olası bir uyuşmazlıkta ispat yükünü taşıyan taraf olmakta ve görme engelli kimsenin "*metnin içeriğini bildiğini*" ispat yükünü taşımaktaydı⁴³. İmzanın onaylanmış olması, imzaya ilişkin bir şart olup sözleşme metni ile ilgisi yoktur. Başka bir deyişle, imzanın görme engelli kimseye ait olduğunun onaylanmasından bahsedilmektedir. Düzenlemede onay merci ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmadığından, onay merciinin noter olduğu kabul edilmekte idi. Ayrıca Kılıçoğlu, söz konusu imza

⁴² CANSEL/ ÖZEL, s.196; UYGUR, s.270; ZEVLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s.153; ATAAY, s.169; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.133. Sema Taşpınar AYVAZ, "*Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış*", **AÜHF**, C. 61, S.1, Y. 2012, s.329. Aynı şekilde Oğuzman/ Öz de okuma yazma bilmeyenler ile bedeni engeli nedeniyle imza atma kabiliyetinden yoksun olanları imza atamayanlar kategorisinde değerlendirerek, bu kimselere TBK m.16'nın uygulanacağını ifade etmektedir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.150.

⁴³ AYVAZ, s.331; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.129; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ SEROZAN/ ARPACI/ HA-TEMİ, s.284.

onayının, geçerlilik şekline ilişkin bir sözleşme bakımından verildiğinden bahisle, sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşmiş olması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁴.

İmza atabilen görme engellinin; imzası onaylanmamış veya görme engellinin metnin içeriğini bildiği ispatlanamamış olduğu durumda, hukuki işleme ilişkin yazılı şekil şartı yerine gelmemiş sayılıyordu. Ne var ki, söz konusu BK düzenlemesi, 5378 Sayılı Kanun⁴⁵ ile kaldırılmış ve yine 5378 sayılı kanunla, Noterlik Kanunu'nun bu hususu düzenleyen 75. maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Noterlik Kanunu m.75'e "*imza atabilen görme engelliler*" ifadesi eklenmiştir. Bunun yanı sıra, NK m.73 hükmü de değiştirilerek, "*ilgilinin işitme, görme ve konuşma özürlü olması halinde ilgilinin isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda*" işlem yapılabileceği düzenlemesi getirilmiştir. Burada işlemin tanık huzurunda yapılıp yapılmaması tamamen görme engellinin iradesine bırakılmıştır.

Görme engellilere ilişkin olarak, 818 sayılı BK m.14 f. 3 hükmünün madde metninden kaldırılmasındaki amaç, görme engellilerin sözleşme özgürlüklerinin önündeki engeli kaldırmak ve böylece imzanın geçerliliği bakımından görme engelli olmayanlarla aralarındaki farkı kaldırmaktır⁴⁶. Ayrıca NK hükümlerine göre, tanık isteyip istememenin görme engelliye bırakılmasındaki amaç, görme engellinin işlemin gizliliğini korumak isteyip istememe arzusuna göre kendisinin karar verebilmesini sağlamaktır⁴⁷.

2. 6098 Sayılı Mevcut Türk Borçlar Kanunu Düzenlemesi

6098 sayılı TBK m.15'in konuya ilişkin hükmü, Türk Borçlar Kanunu'nun Resmi Gazete'de yayımlanmasından kısa bir süre sonra değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten önceki madde metni "*usulüne göre imzalanmadıkça veya imza ettikleri sırada metnin içeriğini bildikleri ispat edilmedikçe, görme engellilerin imzaları onları bağlamaz*" şeklinde idi⁴⁸. Bu hüküm 5378 Sayılı Kanun ile kaldırılan 818 sayılı BK m.14 f. 3 hükmünün türkçeleştirilmiş hali idi. Düzenleme aynı hüküm içeriyordu. Fakat TBK'nın bu hükmü 6111 Sayılı Kanun⁴⁹ ile daha yürürlüğe girmeden değiştirilerek bugün yürürlükte olan halini almıştır. Halen yürürlükte olan

⁴⁴ KILIÇOĞLU, Borçlar, s.130.

⁴⁵ Özürler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında 5378 Sayılı Kanun. R.G T. 7.7.2005, S.25868.

⁴⁶ YENİOCAK, s.21.

⁴⁷ KILIÇOĞLU, Borçlar, s.131.

⁴⁸ Görüleceği üzere, tasarı hükmü bu haliyle 2005 değişikliği öncesindeki 818 sayılı BK m.14 f. 3 düzenlemesinin türkçeleştirilmiş halidir. 818 sayılı BK m.14 ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yu- karıda Başlık III, A, 1.

⁴⁹ R.G, T. 25.02.2011, S.27857.

mevcut TBK m.15 düzenlemesi "*Görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranır. Aksi takdirde görme engellilerin imzalarını el yazısı ile atmaları yeterlidir.*" şeklindedir.

Görüldüğü üzere, imza atabilen görme engellilerin ne şekilde imza atacağı onların iradelerine bırakılarak, NK m.73 hükmüne paralel bir düzenleme benimsenmiştir. Noterlik Kanunu hükümleri, noterde yapılacak işlemlerin özürünün isteğine bağlı olarak iki tanık huzurunda yapılacağı hükmünü içermektedir. Kanun koyucu imza atabilen görme engellilerin kural olarak diğer kimseler gibi serbestçe işlem yapabileceklerini ve fakat kendi talepleri olursa tanık bulundurabileceklerini düzenlemiştir. Buna göre, görme engelli bir kimse, sözleşmenin imzalanmasından önce şahit isterse, sözleşmenin geçerli olabilmesi için mutlaka şahit bulunması gereklidir. Aksi halde görme engellinin imzası ile sözleşme geçerli şekilde kurulmayacaktır. Buna karşın görme engellinin şahit talebi olmazsa, el ile atacağı imzasıyla sözleşme geçerli bir şekilde kurulmuş olacaktır⁵⁰.

Görme engellinin talebi halinde bulundurulacak tanığın da metni imzalamasının gerekip gerekmediği, tanığın imzalamadığı bir kurguda bu metnin geçersizliğini hangi tarafın ileri süreceği TBK m.15'te açıklanmamıştır. Doktrinde bu husus tartışmalıdır⁵¹. Oğuzman/ Öz'e göre, tanığın imzalamadığı metnin geçersizliğini görme engelli her zaman ileri sürebilir; ve fakat karşı tarafın aynı gerekçeye dayanarak geçersizlik ileri sürme imkanı bulunmamaktadır⁵². Başka bir deyişle, görme engellinin attığı imza ile hukuki işlemin geçerlilik şekli yerine gelmiş olacak, bununla birlikte sadece görme engelli olan taraf TBK m.15 f. 3 gereklerinin yerine getirilmediğini ileri sürebilecektir⁵³. Yazar böyle bir durumda ispat yükünün hangi tarafta olduğunu belirtmemiştir. Ayvaz'a göre tanık bulunmaksızın yapılan işlem geçerli olacaktır ve fakat işlemin geçerli olarak kurulmadığını ileri süren engellinin, kendisinin tanık talebi bulunduğunu ancak işlemin tanık olmadan yapıldığını ispatlaması gerekecektir⁵⁴. NK m.75 f. 2 ise, bir noterlik işleminde imza veya imza yerine

⁵⁰ CANSEL/ ÖZEL, s.195. Yazarlara göre, kanun koyucu, yapılan hukuki işlemin gizliliğini koruma hususundaki tercihi görme engelliye bırakmıştır.

⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.151; YAVUZ, Şerh, s.167; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.47.

⁵² OĞUZMAN/ ÖZ, s.151. Hatemi/ Gökyayla da aynı şekilde, yalnızca metni imzalayan görme engellinin TBK m.15/3 gereği iki tanık bulunmasını istediği halde, tanık bulunmadığını ileri sürme imkanına sahip olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, burada "tek taraflı bağlamazlık" veya bir tür "topal hukuki muamele" söz konusudur. Görme engelli olmayan taraf TBK m.15/3 gereğinin yerine getirilmediğinden bahisle işlemin geçersiz olduğunu ileri süremez, bu hak yalnızca görme engelli olan tarafa aittir. Görüş için bkz. HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.47.

⁵³ YAVUZ, Şerh, s.168; OĞUZMAN/ÖZ, s.151; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.47. Öz'e göre, görme engellinin şahit talep etmesi esasen, bu hukuki işlemin şahit olmadan geçersiz olduğu anlamına gelmektedir. Bu durumda şahit yoksa, sözleşme şekle aykırılıktan geçersiz sayılacaktır. Bkz. ÖZ, s.22.

⁵⁴ AYVAZ, s.332.

geçen bir işaret, el işareti kullanılmışsa ve ilgili ister ya da noter bunu gerekli görürse tanığın da parmağının bastırılacağını düzenlemiştir.

Kanaatimizce kanun koyucu yeni TBK ile imza atabilen görme engellilerin kural olarak diğer kimseler gibi serbestçe işlem yapabileceklerini ve ancak kendi talepleri olursa tanık bulundurabileceklerini düzenlemiştir. Böylece imza atabilen görme engelli ile hukuki işlem yapan kimse, daha sonra çıkabilecek bir uyuşmazlıkta, görme engellinin metnin içeriğini bildiğini ispat yükü altında olmayacaktır. Kanun koyucu bu düzenleme ile imza atabilen görme engellilerin kural olarak diğer kimseler gibi adi yazılı şekli yerine getirebileceğini düzenlemiştir. Olası bir uyuşmazlıkta geçersizliği sadece görme engelli ileri sürebilmeli ve HMK m.190'da yer alan ve ispat yükünün iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğu kuralı gereği; görme engelli, tanık talebi olmasına rağmen bunun yerine getirilmediğini ispat yükü altında olmalıdır. Bu geçersizliği ileri sürme imkanının yalnızca görme engelliye tanınması, bu düzenleme ile korunmak istenen tarafın görme engelli taraf olmasındandır. Bununla birlikte, her iki taraf da borç altına giriyor ve görme engelli olan taraf, tanığın imzalamadığından bahisle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek kendi borcunu ifadan kurtuluyorsa, karşı alacağı da talep edemeyeceği kabul edilmelidir⁵⁵.

Noterlik Kanunu m.73 hükmünde, görme engellinin talebi halinde hukuki işlemin "iki tanık" huzurunda yapılacağı ifade edilmişken, TBK m.15 f. 3 düzenlemesinde sadece "tanık" ifadesi yer almaktadır. Bu durumda bir tek tanığın da hukuki işlemin geçerliliği bakımından yeterli olacağı düşünülebilir⁵⁶.

3. Mevcut Noterlik Kanunu Hükümleri

Görme engellilerin geçerlilik şekline tabi hukuki işlemler için attıkları imzaların geçerliliğini, imzalarının onaylanması veya metnin içeriğini bildiklerini ispatlamaları koşuluna bağlayan BK m.14 f. 3 düzenlemesi, 5378 Sayılı Kanun ile kaldırılmış ve yine 5378 sayılı kanunla, Noterlik Kanunu'nun bu hususu düzenleyen 75. maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmıştır. BK hükmü yürürlükten kaldırılınca konu ile ilgili yalnızca 5378 sayılı kanunla değiştirilen ve halen yürürlükte olan NK m.75 ve NK m.73 hükümleri kalmıştır.

İmza atabilen görme engellilerle ilgili Noterlik Kanunu hükmü, madde 73 düzenlemesidir. 5378 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrasında bu hüküm mevcut haliyle; *"Noter, ilgilinin işitme, konuşma veya görme engelli olduğunu anlarsa, işlemler engellinin isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda yapılır. İlgilinin işitme veya konuşma engelli olması ve*

⁵⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.151-152; YAVUZ, Şerh, s.168.

⁵⁶ YAVUZ, Şerh, s.168.

yazı ile anlaşma imkânının da bulunmaması hâlinde, iki tanık ve yeminli tercüman bulundurulur." şeklindedir. İmza atabilen görme engellilerle ilgili olan bu düzenlemeye göre, geçerlilik şekline tabi bir hukuki işlemin, görme engellinin isteğine bağlı olmak üzere iki tanık huzurunda yapılabileceği anlaşılmaktadır. Eğer ilgilinin tanık istediği yönünde bir beyanı yoksa, hukuki işlem görme engellinin imzası ile geçerli bir şekilde kurulacaktır. Bu düzenleme aşağıda görüleceği üzere, TBK m.15 hükmü ile de paraleldir. Hem NK m.73 düzenlemesinde hem de TBK m.15'te imza atabilen görme engellinin iradesi ön planda tutulmuş ve bu kapsamda tanık isteyip istemediği görme engellinin arzusuna bırakılmıştır. İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde; tanık bulundurulmasının, imza atabilen görme engelliler bakımından zorunlu olmadığı sonucu çıkarılmaktadır. Başka bir deyişle, imza atabilen görme engelliler, isterse tanık talep edebilecek ve fakat tanık talep etmezlerse hukuki işlemler bakımından serbestçe imza atarak adi yazılı şekli yerine getirebileceklerdir.

Noterlik Kanunu m.75'e, 5378 sayılı kanunla "imza atabilen görme özürlüler" ifadesi eklenmiş ve 2013 yılında da bu ifade "imza atabilen görme engelliler" şeklinde son halini almıştır. Söz konusu hüküm "Bir noterlik işleminde imza atılmış veya imza yerine geçen el işareti yapılmış olmasına rağmen, ilgilisi isterse yukarıdaki fıkradaki usûl dairesinde ilgili, tanık, tercüman veya bilirkişinin parmağı da bastırılır. Mühür kullanılması hâlinde parmağın da bastırılması zorunludur" şeklindedir. Bu düzenlemede de görme engellinin isteği halinde tanık bulundurulacağı düzenlenmiştir.

B. İmza Atamayanlar

1. 6098 Sayılı Mevcut Türk Borçlar Kanunu Düzenlemesi

Bu kategori altında, imza atamayan görme engelliler (okuma yazma bilmeyen görme engelliler veya fiziksel engeli olan görme engelliler), görme engelli olmayıp fiziksel engeli nedeniyle imza atamayanlar ve okuma yazma bilmediği için imza atamayanlar bulunmaktadır⁵⁷. Okuma yazma bilmeyenlerin de "imza atamayanlar" kategorisinde değerlendirilmesi gerektiği, doktrinde baskın görüş olarak kabul edilmektedir⁵⁸. Bunun nedeni adi yazılı geçerlilik şekli ile borç altına girecek kimselerin, kendi aleyhlerinde düzenlenmiş yazılı metinleri el yazıları ile imzalayarak, söz konusu metinlerle borç altına girmekte olmasıdır. İmza esasen, bir kimsenin kendi aleyhine düzenlenmiş yazılı

⁵⁷ CANSEL/ ÖZEL, s.196; UYGUR, s.270; ATAAY, s.169; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.133; KURU, s.2123.

⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s.150; CANSEL/ ÖZEL, s.196; YAVUZ, Şerh, s.171; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.133; AYVAZ, s.333; KURU, s.2123; UMAR, s.654; EREN, s.278.

metni okuyup anladığını ve yükümlülüğü kabul ettiğini beyan etmesidir⁵⁹. Bu durumda, kendisini borç altına sokacak yazılı metni okuyup anlayamayan bir kimsenin, el yazısı ile de imza atamıyor olduğunun kabulü gereklidir. Bu nedenle, okuma yazma bilmeyen kimse, görme engelli olsa da olmasa da imza atamayanlara ilişkin düzenlemeler uyarınca yazılı şekil şartını yerine getirecektir.

Fiziksel engel nedeniyle (örneğin, eli olmayan kimse) imza atamayanların da bu kategoride değerlendirilmesi uygun olacaktır. Bu şekilde bir fiziksel engeli bulunan kimse, her ihtimalde imza atamayanlar kategorisine girmelidir. Zira bu kimseler; görme engelli olsun olmasın, okuma yazma bilsin bilmesin zaten fiziki bir engel nedeniyle imza atmalarına olanak olmadığından evleviyetle TBK m.16 hükmüne tabi olacaklardır.

İmza atamayanlara ilişkin, 818 sayılı BK m.15 düzenlemesi "*İmza vaz'ına muktedir olmayan bir şahıs, imza yerine usulen tasdik olunmuş ve el ile yapılmış bir alamet vazetmeğe yahut resmi bir şahadetname kullanmağa mezundur.*" şeklindeydi. Bu hükme göre imza yerine geçen işaretler; usulen onaylanmak kaydıyla el ile yapılmış bir işaret veya onay zorunluluğunu kaldırmak için resmi bir şahadet olarak sayılmıştı. 6098 Sayılı TBK'da imza atamayanların, yazılı geçerlilik şekline tabii hukuki işlemleri nasıl yapacakları hususu TBK m.16'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler.*" Görüldüğü üzere, kanun metni, imza atamayan kimselerin çeşitli araçlar yardımıyla imza atabileceklerini öngörmüştür. Bunlar; parmak izi, el ile yapılmış bir işaret veya mühürdür. Yeni kanun, 818 Sayılı BK'dan farklı olarak, isabetli bir şekilde parmak izi ve mühürü de saymıştır⁶⁰. "El ile yapılan işaret" deyiminden anlaşılması gereken; imza atamayan kişiden sadır olması gereken işaret olup bu işaretin el ile çizilmiş bir çizgi, bir şekil, harf vs. olması da mümkündür⁶¹. Bununla birlikte, borç altına giren kişiden çıkmış; ağız, dişler veya ayakla yapılan her tür işaret ve parmak izi de el ile yapılmış işaret kavramı

⁵⁹ AYVAZ, s.333; OĞUZMAN/ÖZ, s.150; CANSEL/ ÖZEL, s.195; YAVUZ, Şerh, s.168; ZEVLİLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s.151; EREN, s.279.

⁶⁰ Söz konusu düzenleme: "*Tarafardan biri veya birkaçı imza bilmiyorsa, sol elin başparmağı, yoksa diğer parmaklardan biri ilgili belgeye bastırılır ve hangi parmağın bastırıldığı yazılır.*" şeklindedir. Tapu Sicil Tüzüğü m.18'in bu düzenlemesiyle tapuda yapılan işlemlerde, ilgilinin imza yerine parmak izi kullanması imkanı sağlanmıştır. TBK m.16'da ve HMK m.206'da da parmak izinin, imza yerine geçen işaretlerden biri olarak sayılması, bu düzenlemeler arasında paralellik sağlamıştır.

⁶¹ KILIÇOĞLU, Borçlar, s.129; YAVUZ, Şerh, s.171; AYVAZ, s.334; EREN, s.279. Ayrıca Tapu Sicil Tüzüğü'nün "İmza Bilmeyenin İşareti" kenar başlıklı 25. maddesi şu şekildedir: "*(1) İstem sahiplerinden biri veya birkaçı imza bilmiyorsa, sol elin başparmağı, yoksa sağ elin başparmağı, o da yoksa diğer parmaklardan biri ilgili belgeye bastırılır. Sol el başparmağı dışında bir parmak kullanılmışsa, hangi parmağın bastırıldığı yazılır.*
(2) Mühür kullanılması halinde parmağın da bastırılması zorunludur.
(3) Tanıklar, mühür ve parmak izini onaylarlar."

içinde değerlendirilmektedir⁶². Mühür ise, kişinin kendisinden sadır olmayıp bir başkası tarafından oluşturulmuş bir işarettir⁶³.

Bu işaretler kullanılarak, hukuki işlemlere ilişkin yazılı şekil şartının yerine getirilebilmesi için söz konusu işaretin "*usulüne göre onaylanmış olması*" gereklidir. Onay merciinin neresi olacağı kanunda açıklanmamıştır. Bu ifadenin anlamı tespit edilirken, TBK, NK ve HMK hükümleri birlikte değerlendirilmelidir. Noterlerin görevlerini belirten NK m.60/4'te "*kağıtların üzerindeki imza, mühür veya herhangi bir işareti veya tarihi onaylamak*" şeklinde açık bir düzenleme ile bu konularda noterlerin yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte HMK m.206 ise aşağıda açıklanacağı üzere⁶⁴, mühür, parmak izi veya el ile yapılmış işaret kullanılan belgelerin noterlerde düzenleme şeklinde yapılmasını öngörmektedir. Hatemi/ Gökyayla, TBK m.16'da noter onayından bahsetmeyip "onaylanmış işaret veya mühür" ifadesinin kullanılmasına karşın HMK m.206'nın hukuki işlemin noterler tarafından düzenleneceği yönündeki ifadesini eleştirmektedir⁶⁵. Yazarlara göre, HMK'nın getirdiği kural, bir geçerlilik şekli olmayıp bir ispat şekli olarak yorumlanmalıdır⁶⁶. Kılıçoğlu ise, imza yerine kullanılacak işaretlerin onaylanması hususunda HMK hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Yazara göre, HMK m.206 gereği, imza atamayanların geçerlilik şekline tabi hukuki işlemlerde kullanacakları parmak izi, el ile yapılmış işaret veya mühürün onaylanması sözleşmenin geçerli şekilde kurulması için yeterli değildir. Yazar sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için, HMK m.206 gereği düzenleme biçiminde yapılmasını gerektiğini ifade etmektedir⁶⁷. Kuru ise, mühürlü veya parmak izli belgelerin usul kanuna göre onaylanmasının, geçerlilik şekli değil, ispat şekli olduğunu vurgulamaktadır⁶⁸. Yazar, onaylanmamış bir işaretin kullanılması durumunda eğer belgedeki mühür veya parmak izi borçlu tarafından kabul edilirse, bu belgenin senet olarak geçerliliğini kabul etmektedir⁶⁹.

Kanaatimizce, TBK hükmünde belirtilen "*usulüne göre onaylanmış olma*" şartı, bir geçerlilik şartı olduğundan sadece NK uygulanmalı ve bu kapsamda noterler tarafından bu işaretlere ilişkin olarak yapılan onaylama gerekli ve yeterli olmalıdır. Zira HMK m.206'da ifade edilen imza atamayanların hukuki işlemlerinin noterlerce düzenlenme şeklinde yapılması gereği, bir geçerlilik

⁶² ATAAY, s.169; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.125.

⁶³ KILIÇOĞLU, Borçlar, s.135.

⁶⁴ Bkz. Aşağıda başlık III, B, 2, 1.

⁶⁵ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.48.

⁶⁶ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.48. Bununla birlikte, yazarlara göre, HMK m.206'nın bir geçerlilik şekli aradığından söz edilebilmesi de tartışma konusudur.

⁶⁷ KILIÇOĞLU, Borçlar, s.136.

⁶⁸ KURU, s.2139.

⁶⁹ KURU, s.2139.

değil, ispat şeklidir. Bu nedenle TBK m.15 kapsamında ifade edilen bu şart, noterler tarafından yapılacak onaylama şeklini ifade eder.

2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Düzenlemesi

Yukarıda açıklandığı üzere, TBK hükümleri hukuki işlemlerin geçerliliğine ilişkin düzenlemeler öngörürken, HMK hükümleri ispat için düzenleme öngörür. Başka bir deyişle, TBK hükümlerine göre geçerlilik şartını yerine getirmeyen bir hukuki işlem zaten geçerli olarak kurulamadığından kural olarak kesin hükümsüz olacaktır. Buna karşın TBK'ya uygun olarak geçerli şekilde kurulmuş bir hukuki işlem HMK kapsamında ispat şeklini sağlayamazsa sadece ispatlanmamış olacaktır; ama varlığını koruyacaktır⁷⁰.

İmza atamayanların yapacağı hukuki işlemlerin ispatı ile ilgili düzenleme HMK m.206'da öngörülmüştür. Bu hükme göre, "(1) *İmza atamayanların mühür veya bir alet ya da parmak izi kullanmak suretiyle yapacakları hukuki işlemleri içeren belgelerin senet niteliğini taşıyabilmesi, noterler tarafından düzenleme biçiminde oluşturulmasına bağlıdır.*

(2) *İmza atamayan kimselerin, cüzdandan iş yapmayı usul edinmiş kuruluşlarla olan işlemlerde kullanacakları mühür, kazanmış imza, işaret veya parmak izinin, işlemin başlangıcında hesap defterine veya cüzdanına basılmış olması veya önceden noterde bir örneği saklanmak üzere onanmış bulunması yeterli olup, her işlemde ayrıca onamaya bağlı değildir."*

Öncelikle HMK hükmü düzenlemesi, TBK'dan farklı olarak yazılı geçerlilik şekline tabi hukuki işlemleri yaparken imza atamayanların kullanabilecekleri işaretleri; "*mühür veya bir alet veya parmak izi*" olarak saymıştır. TBK'da ise "*usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür*" imza atamayanların kullanacakları işaretler olarak sayılmıştır. Kanımızca iki kanun arasındaki bu ifade farklılığı isabetli olmamıştır. Kanun koyucunun iki kanundaki hükümler arasında paralellik kurması yerinde olurdu.

Esasen HMK'nın, TBK'dan farklı olarak düzenlediği en önemli konu bu değildir. HMK, imza atamayanların yapacakları hukuki işlemlerin noterlerce "düzenlenme biçiminde" oluşturulacağını öngörmüştür. 1086 sayılı HUMK'da imza atamayanların hukuki işlemleri bakımından ihtiyar heyeti ve iki tanık tarafından onaylanması öngörülmüştü. HUMK'da yer alan bu düzenleme, 818 sayılı BK'nın 15. maddesinde yer alan "*usulen tasdik olunmuş ve el ile yapılmış bir alamet*" şeklindeki düzenlemesine de uygundu. Zira her iki hükümde de imza atamayanların hukuki işlemleri için imza yerine kullanılacak olan işareti onaylama usulü öngörülmüştü. Aynı şekilde TBK m.15'te

⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s.141; ATAAY, s.172.

de imza atamayanların kullanacakları işaretlerin onaylanması, hukuki işlemin geçerliliği için yeterli görülmüştür. Buna karşın 2011 yılında yürürlüğe giren HMK m.206 ise onaylama usulünü kaldırarak, noterler tarafından düzenleme usulünü getirmiştir⁷¹. Kanunun gerekçesinde, imza atamayanların işlemlerini daha güvenli bir şekilde yapabilmeleri için, hukukçu olan noterlerin bilgilendirmeleriyle hukuki işlemlerini daha güvenli bir şekilde yapmalarının amaçlandığı ifade edilmiştir. Kanun koyucu madde gerekçesinde ayrıca, "imza atamayanların senet düzenlerken durumunu belirleyen genel bir hüküm hâline getirildiğini" ifade etmiştir. Kılıçoğlu, TBK m.16 düzenlemesinin imza atamayanların imza yerine kullanacakları işaretlerin sadece onaylanması ile yetinirken, HMK'nın bu kimselerin yazılı şekle tabi hukuki işlemlerinin noterlerce düzenleme şeklinde yapılmasını öngören hükmünü eleştirmektedir. Yazara göre, TBK m.16 ile imza atamayanlar için kabul edilen sözleşme özgürlüğünün gerektirdiği kolaylığın aksine, HMK esasen bu kimselerin işlemlerini noterde düzenlenmesi zorunluluğu getirerek, imza atamayanların adi yazılı sözleşme yapma imkanını ortadan kaldırmıştır⁷². Bununla birlikte yazar, HMK hükümlerinin maddi hukuka ilişkin düzenleme getiremeyeceği yorumunu yaparak, imza atamayanların TBK m.16'ya uygun olarak onaylanmış işaretlerle adi yazılı şekilde sözleşme yapabilecekleri yorumunu yapmaktadır⁷³. Umar'a göre, imza atamayan bir kimsenin senet değerinde belge düzenlemek istemesi halinde tek çaresi HMK m.206 hükmüne uygun olarak hukuki işlemini, noterde düzenleme şeklinde yapmasıdır⁷⁴. HMK m.206'ya uygun olmadan ve fakat TBK m.16 geçerlilik şekline uygun olarak yapılmış bir hukuki işlem senet niteliğinde olmamakla birlikte, senetle ispatın zorunlu olduğu hallerde HMK m.202 gereği senetle ispat kuralının istisnalarından birini oluşturan "delil başlangıcı" olarak sayılabilecektir⁷⁵.

Bizim de katıldığımız görüşe göre⁷⁶, HMK'nın ispat şekli olarak imza yerine geçen işaretlerin onaylanması usulü yerine; hukuki işlemin re'sen noter

⁷¹ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s.48; KILIÇOĞLU, Mustafa, s.992; KILIÇOĞLU, Borçlar, s.136.

⁷² KILIÇOĞLU, Borçlar, s.136.

⁷³ KILIÇOĞLU, Borçlar, s.137.

⁷⁴ UMAR, s.655.

⁷⁵ Yazara göre, senetle ispatın zorunlu olduğu durumlarda delil başlangıcının işe yaraması HMK m.202 gereğidir. Zira HMK m.202'de, delil başlangıcı tanımlanırken yazı unsuru bile zorunlu görülmediğinden, imza unsuru da zorunlu değildir. Bu sebeple, imza atamayana karşı delil başlangıcı olarak kullanılmak istenen bir belgenin HMK m.206 türünden bir senet olmasına da gerek yoktur. İlgili açıklamalar için bkz. UMAR, s.655. Delil başlangıcını düzenleyen HMK m.202 hükmü: "(1) Senetle ispat zorunluluğu bulunan hâllerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir. (2) Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir." düzenlemesini içermektedir. Delil başlangıcı, senetle ispat kuralının bir istisnasını oluşturmaktadır.

⁷⁶ AYVAZ, s.345.

tarafından düzenleneceğini öngörmesi amacı aşan bir düzenleme olmuştur. Zira TBK m.16 hükmü imza atamayanlar bakımından, "imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür" kullanarak, hukuki işlemlerini yapabileceklerini ve böylece adi yazılı şekle uygun bir sözleşme meydana getireceklerini düzenlemişken; HMK düzenlemesi, adi yazılı şekle imkan vermeyen ve adi yazılı geçerlilik şeklini, ispat şeklini sağlaması için resmi şekle çeviren bir düzenleme öngörmektedir. Bu haliyle imza atamayanların adi yazılı şekilde sözleşme yapabilmeleri fiilen mümkün görünmemektedir. Zira imza atamayanların TBK'ya uygun olarak usulünce onaylanmış işaretlerle hukuki işlem yapmaları durumunda geçerli olarak kurulmuş bir hukuki işlem var olmakla birlikte, HMK m.206 gereği noterler tarafından düzenlenmediği için ispat imkanı vermeyecektir. İspat şekli, geçerlilik şekline daha ağır olduğu için, geçerlilik şekline uygun yapılmış hukuki işlem delil niteliğine sahip olamayacaktır. İmza atamayanlar fiili durumda olası uyuşmazlıklarda hak kaybına uğramamak için, işlemlerini noterde düzenleme şeklinde yapmaları daha isabetli olacaktır.

HMK m.206 düzenlemesinin ikinci fıkrasında ise, imza atamayanların "cüzdanla iş yapmayı usul edinmiş kuruluşlarla yapacakları işlemlerde kullanacakları mühür, kazanmış imza, işaret, parmak izinin işlemin başlangıcında hesap defterine veya cüzdanına basılmış olması veya önceden noterde bir örneği saklanmak üzere onanmış bulunması" yeterli görülerek, her işlemde tekrar onaya tabi tutulmamıştır. Burada kanun koyucunun amacı kolaylık sağlamaktır.

IV. SONUÇ

Borçlar hukukuna hakim olan ilkelerden biri de sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Bu ilke uyarınca sözleşme tarafları kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmadan sözleşme yapabilmektedir. Bununla birlikte kanun koyucu bazı sözleşmeleri yazılı şekle tabi kurallarına tabi tutmuştur. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda şekle tabi olarak yapılması gereken sözleşmeler; alacağın devri sözleşmesi (TBK m.183), önalım sözleşmesi (TBK m.237 f. 3), taşınır için başlatma sözü verme (TBK m.288 f. 1) ve kefalet sözleşmesi (TBK m.581) olarak sayılmıştır.

Adi yazılı şekil, yazılı metin ve borç altına giren tarafın imzasıyla oluşur. Yazılı metin, iradenin yansıtıldığı her türlü materyal olabilir. TBK m.14 f. 2 "*imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler*" yazılı şekil şartını yerine getiren yazılı metinleri sınırlı olmayan bir şekilde saymıştır. İmza ise borç altına giren kimsenin iradesini yansıtan bir işarettir. Görme engelli olan

kimseler ile imza atamayan kimselerin ise bu işareti nasıl yapacakları tespit edilmesi gereken bir husustur. Görme engelliler ve imza atamayanlar birbirinden farklıdır. İmza atamayanlar hakkında TBK m.16 hükmü uygulanırken; görme engelliler hakkında TBK m.15 hükmü uygulama alanı bulacağından, bu kimselerin birbirinden ayrılması önem arz etmektedir.

Doktrinde görme engelliler; imza atabilen görme engelliler ve imza atamayan görme engelliler olarak iki alt kategoriye ayrılmıştır. NK m.75 hükmünde 2005 yılında yapılan değişiklik ile maddeye eklenen "imza atabilen görme engelliler" ifadesi de bu ayrımı destekler niteliktedir. İmza atabilen görme engellilerin geçerlilik şekline tabi işlemler için attıkları imzaların geçerli olmasını, imzalarının onaylanması veya metnin içeriğini bildiklerinin ispatlanması koşuluna bağlayan 818 Sayılı BK hükmü 2005 yılında 5378 Sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı kanunla NK m.73 ve m.75 hükümlerinde de değişiklik yapılarak, imza atabilen görme engellilerin yazılı şekle tabi hukuki işlemlerini kural olarak özgürce yapabilecekleri ve ancak talepleri halinde bu işlemin iki tanık huzurunda yapılacağı düzenlenmiştir. 2011 yılında yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu da m.15 düzenlemesi ile kanun koyucu imza atabilen görme engellilerin kural olarak diğer kimseler gibi serbestçe işlem yapabileceklerini ve fakat kendi talepleri olursa tanık bulundurabileceklerini düzenlemiştir. Tanık bulunmaksızın yapılan işlem geçerli olmakla birlikte, işlemin geçerli olarak kurulmadığını ileri süren engellinin, kendisinin tanık talebi bulunduğunu ancak işlemin tanık olmadan yapıldığını ispatlaması gerekecektir. Maddede bu geçersizliği ileri sürmenin yalnızca görme engelliye tanındığına ilişkin bir ifade bulunmamakla birlikte; bu düzenleme ile korunmak istenen tarafın görme engelli taraf olması sebebiyle, tanık bulundurulmaksızın işlemin yapıldığını sadece görme engellinin ileri sürebileceği kabul edilmelidir. HMK m.190'da yer alan genel ispat yükü kuralı sebebiyle, tanık talebi olmasına rağmen tanık bulundurulmadığı vakiasının ispat yükü görme engelli kimse üzerindedir.

İmza atamayanlar kapsamına ise, imza atamayan görme engelliler (okuma yazma bilmeyen görme engelliler veya fiziksel engeli olan görme engelliler), görme engelli olmayıp fiziksel engeli nedeniyle imza atamayanlar ve okuma yazma bilmediği için imza atamayanlar girmektedir. TBK'da imza atamayan kimselerin geçerlilik şekline tabi işlemlerde imza yerine ne kullanacakları m.16'da açıklanmıştır. Buna göre, "*usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür*" imza yerine kullanılabilir. Onaylama işleminin NK m.73 ve m.75 gereği, noterlerce yapılacağı kabul edilmelidir. İmza atamayanların hukuki işlemlerinin geçerli olarak kurulabilmesi için, noterlerce onaylanması koşuluyla imza yerine bu işaretleri kullanmaları yeterlidir. Bununla birlikte HMK m.206 imza atamayanların hu-

kuki işlemlerinin senet niteliği taşıyabilmesi için, bir ek şart daha getirmiştir. Bu hükme göre, imza atamayanların işlemlerinde noterlerce onaylanmış bu işaretler yeterli olmayıp işlemin noterlerce düzenleme şeklinde yapılması gereklidir. Aksi halde söz konusu belge geçerli olmasına rağmen, senet niteliği taşımayacak ve olası bir uyuşmazlıkta ispat sorunları ortaya çıkacaktır. HMK düzenlemesi, adi yazılı şekle imkan vermeyen ve adi yazılı geçerlilik şeklini, ispat şeklini sağlaması için resmi şekle çeviren bir düzenleme öngörmektedir. İmza atamayanlar TBK m.16'da belirtilen şekle uygun olarak geçerli bir hukuki işlem yapmış olsalar dahi, HMK m.206 uyarınca bu işlemi noterde düzenleme şeklinde yapmadıklarında, senetle ispatın gerektiği bir olasılıkta hak kaybına uğrayabileceklerdir. Bu durumda imza atamayanların senetle ispatın gerektiği hallerde adi yazılı şekilde sözleşme yapma imkanları fiilen ortadan kalktığı söylenebilir. İmza atamayan bir kimsenin senet değerinde belge düzenlemek istemesi halinde tek çaresi HMK m.206 hükmüne uygun olarak hukuki işlemini, noterde düzenleme şeklinde yapmasıdır.

KAYNAKÇA

- Ahmet M. KILIÇOĞLU, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013. (KILIÇOĞLU, Borçlar)
- Aydın ZEVLİLİLER/ Şeref ERTAŞ/ Ayşe HAVUTÇU/ Murat AYDOĞDU/ Emre CUMALIOĞLU, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, İzmir, 2013.
- Aytekin ATAAY, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 1995.
- Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü 2. Cilt*, 6. Baskı, Demir Demir Yayınevi, İstanbul 2001.
- Bilge UMAR, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Doğan ŞENYÜZ, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2013.
- Erol CANSEL / Çağlar ÖZEL, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2014.
- Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Halil KILIÇ, *Açıklamalı İçtihatlı 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, 2. Cilt, 1. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2011.
- Hüseyin HATEMİ/ Emre GÖKYAYLA, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Baskı, Vedat Yayınları, İstanbul, 2012.
- İpek SAĞLAM, *Elektronik Sözleşmeler*, Legal Yayınevi, İstanbul 2007.
- Kemal OĞUZMAN/ Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Vedat Yayınları, İstanbul, 2011.
- Mustafa KILIÇOĞLU, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2012. (KILIÇOĞLU, Şerh)
- Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ Hüseyin HATEMİ/ Rona SEROZAN/ Abdülkadir ARPACI, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt*, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Nihat YAVUZ, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi 1. Cilt*, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2015. (YAVUZ, Şerh)
- Nihat YAVUZ, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012. (YAVUZ, Değişiklik)
- Sefa REİSOĞLU, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- Sema Taşpınar AYVAZ, "Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış", AÜHFĐ, C. 61, S.1, Y. 2012, s.321- 349.

Turgut AKINTÜRK, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

Turgut ÖZ, "*Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği*", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler Tebliğler, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Turgut UYGUR, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2012.

Umut YENİOCAK, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*, 1. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

Yargıtay Kararları

Y. 12. HD. T. 28.04.2009, E. 2009/1234, K. 2009/9222. (www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 12.05.2015)

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Çevre Hukuku ve Ülkede Yaşanan Çevresel Sorunlar

Environmental Law of the Turkish Republic of Northern Cyprus and the Environmental Problems in this Country

*Arş. Gör. Mustafa ERÇAKICA**

Özet

Tüm varlıkların ortak yaşam alanını oluşturan çevre, biz insanlar tarafından her geçen gün biraz daha tahrip edilmektedir. Bu tahribatın önüne geçilebilmesi ve çevrenin korunabilmesi için devletlerin iç hukuk düzenlerinde ve uluslararası hukuk düzeninde birtakım metinler kabul edilmektedir. Ancak çevrenin her geçen gün biraz daha zarar görmesi, bu çabaların başarısıyla ilgili kuşkular uyandırmaktadır. Bu çalışmada ise hedeflenen, uluslararası toplum tarafından devlet olarak tanınmayan ve çevreyi korumaya ilişkin uluslararası hukuk metinleriyle kendisini bağlayamayan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde, siyasi iktidarların kendi inisiyatifleriyle çevreyi korumaya ilişkin olarak yapmak istedikleri hukuksal düzenlemelerin kısa bir şekilde incelenmesi ve yaşanan güncel çevre sorunlarına değinilmesidir. Bu doğrultuda öncelikle Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde çevre hukukunda yaşanan gelişmeler incelenmiş, ardından da burada yaşanan çevre sorunlarına önce genel olarak, daha sonra da Karpaz bölgesi özelinde değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Çevre Hukuku, Çevre Hakkı, Çevre Yasası, Karpaz Bölgesi.

Abstract

The environment is the common area of the all living creatures and it is demolished by the human being day by day. In order to prevent this demolition and to protect the environment, many legal regulations are accepted not only in the municipal law systems, but also in the international law system. But, as the environment continues to suffer, the success of these legal regulations is questioned. In this article, it is aimed to shortly evaluate the recent legal regulation attempts about the environment in the Turkish Republic of Northern Cyprus. As it is known, Turkish Republic of Northern Cyprus is an unrecognized state and can not be binded with international law regulations. Therefore, political power tried to make the mentioned regulations

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.
E-posta adresi: m_ercakica@hotmail.com ve mustafaercakica@beykent.edu.tr

by its own initiative. In addition to these, the recent environmental problems in the Turkish Republic of Northern Cyprus are analysed generally. Lastly, the environmental problems in the Karpasia region are evaluated more particularly.

Keywords

Turkish Republic of Northern Cyprus, Environmental Law, Right to Environment, Environmental Code, Karpasia Region.

GİRİŞ

Çevre tüm varlıkların ortak yaşama alanını oluşturmaktadır. Dünya insanların yaşamlarını sürdürmesine olanak sağlamakta, biz insanların buna cevabı ise çevrede bulunan dengeyi doğal düzenini bozmak şeklinde olmaktadır. Günümüzde de hissedilebildiği gibi, çevredeki doğal denge insanların özellikle endüstriyel faaliyetleri sonucunda bozulmaya başlamıştır. Özellikle 1960'lı yıllardan itibaren bu durum fark edilip önlemler alınmaya çalışılsa da, günümüzde çevremizde yaşanan değişiklikler bu çabaların yetersiz kaldığını ortaya koymaktadır.

İnsanlığın çevreye verdiği zararlar akıl almaz boyutlara ulaşmıştır. İnsanlar kısa vadeli çıkarlarının ve ekonomik kaygıların peşinde koşarken, delinen ozon tabakası iklimleri değiştirmeye, buzulları eritmeye devam etmektedir. Asit yağmurları nedeniyle sulardaki asit dengesi her geçen gün biraz daha bozulmakta, biyolojik çeşitlilik biraz daha tehdit edilmektedir. İnsanların göz önünde bulundurmadığı acı gerçek, çevrenin tahrip edilmesi sonucunda yaşanabilecek yegane yeri de yok etmeye yaklaşıldığıdır. Bu durum, var olan diğer türler kadar insanları ve gelecek kuşaklarını da tehdit etmektedir.

Çevrenin korunmasına ilişkin harcanan çabalardan biri, devletlerin yasal düzenlemeler ile verilen zararı azaltmaya çalışmasıdır. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde de son yıllarda çevre ile ilgili mevzuatlarda birtakım değişikliklere gidilmiştir. Bu çalışmanın ana konusunu da Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti çevre hukukunda yaşanan güncel gelişmeler ve gündeme gelen çevre sorunları oluşturmaktadır. Bu çerçevede öncelikle genel olarak çevre hakkına değinilecek, ardından da Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası'nda konu ile ilgili maddelere ve yapılmak istenen, ancak halk tarafından reddedilen değişikliklere değinilecektir. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Çevre Yasası'nın incelenmesi de çalışmanın bir kısmını oluşturmaktadır.

Dünyanın birçok yerinde olduğu gibi, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde de burada yaşayan bireylerin faaliyetleri çevreyi olumsuz yönde etkilemeye devam etmektedir. Bu nedenle önce Kıbrıs'ın kuzeyinde insanlar tarafından çevreye verilen zarardan bahsedilecek, ardından da dünyada ender bulunan yerlerden biri olan Karpaz bölgesi üzerinde ayrıca durulup, buradaki sorunlar irdelenecektir.

I. GENEL OLARAK ÇEVRE HUKUKU VE İLGİLİ KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ MEVZUATI

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC)'nde çevre ile ilgili yasal mevzuatın başında KKTC Anayasası gelmektedir. Bunun yanında, sürdürülebilir çevre ve kalkınma amaçları doğrultusunda, tüm canlıların ortak yaşam alanı olan çevrenin korunması için düzenlenen Çevre Yasası da vardır. KKTC'deki çevre problemlerinde yaşanan artış, çevre ile ilgili yeni hukuksal düzenlemelerin yapılması ihtiyacını doğurmuş, Anayasa'da ve Çevre Yasası'nda bulunan hükümlerde değişiklik yapılması çabaları gündeme gelmiştir. Aşağıda önce genel olarak çevre hakkına değinilecek, ardından KKTC Anayasa ve Çevre Yasası'ndaki düzenlemeler incelenecektir.

A. Çevre Hakkı ve Çevre Hukuku

Çevre hakkı, kişilerin bedensel ve ruhsal yönlerden sağlıklı bir çevre içerisinde yaşamasına ilişkin bir haktır. Bu hak, öznesi genellikle kişi toplulukları olan üçüncü kuşak haklar içerisinde yer aldığı kabul edilen bir insan hakkıdır ve çevrenin kirletilmesini önleme ve korunmasını sağlama yönlerinden aktif statü hakları sınıfına girerken, devletin çevreyi kirletmemesi yönünden ise negatif statü hakları sınıfı içerisinde yer almaktadır. Söz konusu bu hak tüm canlıları ilgilendirmekte, doğal dengenin korunarak gelecek kuşaklara sağlıklı bir çevrenin bırakılabilmesine hizmet etmektedir¹.

Çevre hakkının insanların yaşam kalitelerinin ve sağlıklarının korunmasını sağladığı söylenebilir. Çevre hakkının ve çevrenin korunmasının, kuşkusuz diğer bazı insan haklarıyla da ilgisi vardır. Bu diğer insan haklarına örnek olarak yaşam hakkı, insan onuruna yaraşır bir hayat sürme hakkı, sağlık hakkı, beslenme hakkı gibi haklar sayılabilmektedir. Çevre hakkına saygının gereklilikleri yerine getirilerek insanların beslenme, sağlıklı bir şekilde hayatlarını sürdürme gibi haklarını kullanabilmeleri mümkün olmaktadır². Çevre hakkı sayesinde

¹ Durmuş TEZCAN ve diğ., *İnsan Hakları El Kitabı*, 4. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, ss. 456-457. Birinci kuşak insan hakları, insanların kazandığı ilk haklardır. Direnme hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, yaşam hakkı gibi haklar bu gruba dahil olan haklardır. İkinci kuşak haklar ise ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan oluşmaktadır. Sanayi devrimini sonrasında ortaya çıkan bu haklar sınıfına, sağlık hakkı, eğitim hakkı gibi haklar girmektedir. İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan yıkımın ardından gelişen üçüncü kuşak haklar sınıfında ise kendi kaderini tayin etme hakkı ve çalışmanın ana konusunu oluşturan çevre hakkı gibi hakların olduğundan söz edilmektedir. Dayanışma hakkı olarak da adlandırılan üçüncü kuşak haklarının kişiler, gruplar, devletler ve sınıflar arası bir dayanışmayı gerektirdiği belirtilmektedir. Bknz: Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN, *Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları*, İÜHFİM, C. LXXII, S.1 (2014), ss. 212.

² Malcolm N. SHAW, *International Law*, 6. B., Cambridge, Cambridge University Press, 2011, ss. 847. Çevre hakkını yaşam hakkıyla ilişkilendiren bir diğer görüş için bknz: Erol ÇIÇEK, *İnsan Hakkı Olarak Çevre ve Çevre Hukukuna Hakim Olan Bazı İlkeler*, TBB Dergisi, S.103(2012), ss. 352. Ayrıca Çiçek'in de belirttiği gibi Uluslararası Adalet Divanı'nın Gabçikovo-Nagymaros davasında çevre hakkının yaşam ve sağlık hakkı gibi hakların ayrılmaz bir parçası olduğu belirtmiştir. 1997 tarihli kararın İngilizce metni için bknz: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>. (ET: 15 Kasım 2015).

hava, su ve toprak kalitesi korunmakta, bireye, birey topluluklarına ve dolayısıyla devlete yararlar sağlanmaktadır³. Çevredeki doğal kaynaklar kullanılırken, insanların genellikle kısa vadeli ve ekonomik çıkarlarını düşündükleri görülmektedir. Çevrenin bu şekilde tahribatı ise aslında bir insan hakkı olan çevre hakkına zarar vermektedir. Çevreye verilen zarar sonucunda yaşanacak olan ve insanlığı bekleyen tehlikenin büyüklüğü göz ardı edilmektedir.

Sanayileşme ve kentleşme gibi insan faaliyetleri nedeniyle çevre kirlenmektedir. İnsan nüfusunun çok fazla artması da çevrenin kirlenmesine katkı koymaktadır⁴. Çevrenin korunması için kamu kurum ve kuruluşları yanında, bireylere, sivil toplum kuruluşlarına ve çevre örgütlerine önemli ödevler düşmektedir⁵. Bu ödevlerin söz konusu birey veya birey grupları ve devlet tarafından yerine getirilebilmesi için devletler, iç hukuklarında çevreye ilişkin hak ve yükümlülükler tanıma yoluna gitmiştir. Çünkü doğal denge, endüstriyel üretim tarzının benimsenmesinin ardından ciddi ve kalıcı hasarlar görerek bozulmuştur⁶.

Az gelişmiş ülkeler de endüstriyel kalkınma modeliyle ekonomik gelişimlerini sağlamaya başlayınca, özellikle 1960'lardan itibaren, insanlığın çevreye verdiği zararın geri dönülemez olduğu gözle görülür bir nitelik kazanmaya başlamıştır. Çevreye verilen bu hasarın artık doğanın kendi dinamikleriyle giderilmesi söz konusu değildir, bahsedilen yasal düzenlemelere de bu nedenle ihtiyaç duyulmuştur⁷. Zaten önceleri sağlık hakkının bir uzantısı olarak görülen çevre hakkının, çevresel sorunların hissedilir olmasıyla, çevrecilerin ve bilim insanlarının talepleri doğrultusunda ayrı bir hak olarak yasal düzenlemelere konu olmaya başladığı görülmektedir⁸.

Çevre hakkının, ayrı bir hak olarak kabul edilmeye başlanmasından sonra, bu hakkın öznesinin belirlenmesinin kolay olmayacağı, bu doğrultuda çevreye saygı gösterilmesi arzusunun gerçekleştirilmesi için insan hakları etiketinin kullanılmasının yanlış olduğu da öne sürülmüştür. Çevre hakkı şeklinde bir insan hakkının

³ TEZCAN ve diğ., ss. 457.

⁴ Gülgün TUNA, *Uluslararası Örgütler ve Çevre*, Doğu Batı, Yıl:6, S.24 (Ağustos, Eylül, Ekim 2003), ss. 258.

⁵ Mehmet Semih GEMALMAZ, *Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi*, İÜHFİM, C. LII, S.1-4 (1986-1987), ss. 234-235.

⁶ TUNA, ss. 258.

⁷ Doğal denge aslında tüm türlerin kendi işlevlerini yerine getirmelerine bağlıdır. Bu denge normalde doğal afet gibi nedenlerle bozulabilmektedir; ancak doğanın kendi dinamikleriyle yenilenerek dengeyi yeniden kurması mümkündür. Ancak özellikle son 2 yüzyıldaki insan faaliyetleri doğal dengeyi kendi başına düzelemeyecek şekilde bozmuş, çevreyi iklim değişiklikleri, kirlenme, çölleşme, asit yağmurlarıyla yüz yüze bırakmıştır. Ibid., ss. 257.

⁸ Dünya Sağlık Örgütü ırk, din, siyasi düşünce, ekonomik ve toplumsal koşullar ayrımı yapılmadan, tüm insanların sağlıklı bir şekilde yaşama temel hakkına sahip olduklarını kabul etmişti. Çevre hakkı da bu şekilde kabul edilen sağlık hakkı çerçevesinde değerlendiriliyordu. Abdullah UZ, *Türkiye'de Çevre Hakkının Mülkiyet Hakkı ve Özel Teşebbüs Hürriyeti Üzerindeki Etkileri*, Amme İdaresi Dergisi, C. XLI, S.3 (Eylül 2008), ss. 100.

kabul edilmesinin, temel insan haklarına gösterilen saygının yitirilmesine neden olacağı öne sürülmüştür. Bu görüşe göre insan hakları listesine her gün yenilerini eklemek, çok daha temel nitelikteki diğer insan haklarının önemini yitirmesine neden olacaktır. İnsan hakları listesi bir grubun çevrenin korunması arzusunun, diğer bazı insanların başka birtakım değerlere saygı gösterilmesi isteğinin eklenmesiyle uzarsa, insan hakları için gösterilmesi gereken özen ve ilgi azalacaktır⁹.

İnsan haklarının amacı, insanlık değerinin korunmasına yardımcı olmaktır. Sağlıklı bir çevrede yaşamak, insanlık değerinin korunmasına yardımcı olduğu için, bir insan hakkı olarak çevre hakkının var olduğu da kabul edilmelidir. Günümüzde artık bir insan hakkı olarak genel kabul gören çevre hakkının öznesinin ise yaşayan ve gelecek kuşakta yaşayacak olan insanların tümü olduğu belirtilmektedir¹⁰.

Çevre hakkının öznesinin şu anda yaşayan ve gelecekte yaşayacak olan kuşakların olduğunu söylemek¹¹, şu anda yaşayan insanların, gelecek kuşakların çevre hakkını da gözetmeleri yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmeyi gerektirecektir. Gerçekten de gelecek kuşakların, bugün yaşayan insanlar tarafından gözetilmesi gereken bir çevre hakkı var mıdır?

⁹ İlgili tartışma için bkz: Ibid. ss. 101. Ancak şu anda insanların yaşayabileceği tek alan olan ve hızla geri dönülemez zararlar verilen çevreye ilişkin hakların, diğer birçok haktan daha fazla önem taşıdığı ortadadır.

¹⁰ Çevre hakkı ile ilgili bu tartışmanın ayrıntıları için bkz: Ibid. Gemalmaz ise sağlıklı bir çevre içinde yaşamının, bir hak statüsünde olduğunu şu şekilde açıklamıştır: Sağlıklı bir çevrede yaşayabilmek için, buna ilişkin bir korunma mekanizmasının bulunması gerekmektedir. Bu şekilde, çevreye ilişkin talep ve görevler de bir koruma/korunma sistemine dahil olmalıdır. Bu durum, aslında temel hakların korunmasında da benzer koruma/korunma mekanizmalarıyla işlemektedir. Demek ki, çevre hakkı bir insan hakkı olarak vardır. GEMALMAZ, ss. 234. Ayrıca Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesinde çocukların sağlık düzeylerinin korunabilmesi için temiz bir çevrede yaşamasının önemi vurgulanmaktadır. Çiçek, bu maddeyi konu ile ilgili en bağlayıcı ifade olarak değerlendirmektedir. ÇİÇEK, ss. 354.

¹¹ Bu noktada insanı merkez olarak kabul ederek çevreye yaklaşmanın yanlışlığını belirten görüşlerin de olduğuna değinilmelidir. Buna göre, çevre hakkının öznesini sadece insanlar olarak kabul etmek yanlıştır ve diğer canlıların da böyle bir hakka sahip olduğu görüşü benimsenmelidir. Günümüzde çevre ile ilgili yaşanan sorunlar sadece bugün yaşayan ve gelecekte yaşayacak olan insanları değil, diğer tüm canlı varlıkları da ilgilendirmektedir. Sadece insanın çevre içerisindeki yerinin tartışılmasıyla ve tüm konularda insanı ölçü alarak düşünce sistemleri oluşturulmuştur. Bunun sonucunda ise diğer canlılar için pek az koruma mekanizması yaratılmış, çevrede de büyük tahribatlar meydana gelmiştir. Tüm bunlar göz önünde bulundurulursa, çevre konusunda yeni bir yaklaşım benimsenmesi ve bu yaklaşımda bütün canlılara eşit değer verilmesi gerekliliği ortaya çıkacaktır. Necmettin ÖZERKMEN, *İnsan Merkezli Çevre Anlayışından Doğa Merkezli Çevre Anlayışına*, AÜ Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, C. XLII, S.1-2 (2002), ss. 168-169. Benzer şekilde Cullinan da, çevre ile ilgili konularda insan odaklı yaklaşımdan uzaklaşılması gerektiğini belirttiği gibi, insanların gerçek kanun koyucunun kendilerinin değil evrenin olduğunu kabul etmelerini gerektiğini de savunmaktadır. Çünkü etrafındaki her şeyi yönetme çabası içinde olan insan, çeşitliliği, farklılığı bozmuştur ve bu da çevre için zararlıdır. Oysa insanı üstün gören anlayıştan vazgeçildiği ve her şeyi yönetme çabası içine girilmediği takdirde, evrende bulunan her şeyin uyum içindeki "ortak dansı" başlayacak, bu da çevreyle daha uyumlu bir yaşama yol açacaktır. Konu ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz: Cormac CULLINAN, *Vahşi Hukuk*, çev.: Meral GÜNEŞDOĞMUŞ, 1. B., İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2014, ss. 114-117.

Gelecek kuşakların çevre hakkının olduğunu savunanlar, bu gelecek kuşaklardaki insanların da, günümüzde yaşayan insanlar gibi birer kişi olacaklarını, bu nedenle de aslında ahlaki varlıklar olduğunu kabul etmektedir. Bunun sonucunda, onlara karşı da ödev ve yükümlülüklerimizin olduğu ve haklarının ahlaken yok sayılmaması gerektiği öne sürülmektedir. Ancak bunu savunanlar, örneğin gelecek kuşakların çevre hakkı ile bugünkü kuşakların kalkınma hakkı çatıştığında, hangisinin üstün tutulması gerektiği sorusuna bir cevap vermemektedir¹².

Gelecek kuşakların çevre hakkının olduğunu savunanlar, bunu desteklemek için başka olgular da ileri sürmektedir. İnsan haklarına ilişkin birçok uluslararası hukuk metniyle, tüm insanların onurları ve haklarının eşitliği korunmaktadır. Bu sözleşmelerle insan haklarının korunmasının yeryüzündeki tüm alanlara ve tüm zamanlara yayılması amaçlanmaktadır. Bunun bir sonucu olarak da, söz konusu belgeler sadece yaşayan kuşakların haklarını korumamakta, gelecek kuşakların hakları için de söz konusu korumayı sağlamaktadır. Dolayısıyla sadece bizim değil, yakın ve uzak gelecekte yaşayacak olan kuşakların da çevre hakkı bulunmakta ve özellikle uluslararası hukuk metinleriyle korunmaktadır¹³.

Konuyla ilgili olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın da bir kararında belirttiği görüşüne yer vermekte fayda vardır. Divan, Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanılmasının Hukukiliği ile ilgili Danışma Görüşü'nde gelecek kuşakların çevre hakkı olduğunu kabul ettiği görülmektedir. Divan ayrıca kararında devletlerin kendi yetkilerini kullanabildikleri alanlar ve bu alanlar dışında kalan bölgelerdeki faaliyetlerin çevreye zarar vermemesine dikkat etmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁴.

¹² Şule ŞAHİN CEYLAN, *Gelecek Nesillerin Haklarına Gewirth Formülü: Bireyden Topluma Doğru*, İÜHFİM, C. LXXII, S.1 (2014), ss. 293-294. Günümüzde 'kalkınabilmek' için çevreye birçok zarar verilmiş, doğal denge bozulmuştur. Bunun sonucunda da gelecek kuşakların sağlıklı bir çevrede yaşama hakları zaten büyük ölçüde engellenmiştir. Bu durumda aslında artık böyle bir çatışma içerisine girip, gelecek kuşakların çevre hakkı karşısında bugünkü kuşakların kalkınma hakkına üstünlük tanıma lüksü kalmadığını kabul etmek gerekmektedir.

¹³ Ibid., ss. 296. Gelecek kuşakların çevre hakkının bulunduğunu ve buna saygı duyulması gerektiğini kanıtlamak için John Rawls'un bilgisizlik peçesi kuramı da kullanılabilir. Bilgisizlik peçesi, temel olarak insanlardan, başkalarıyla ilgili konuları düşünürken, kendilerinin içinde bulunduğu durumu, toplumsal konularını, doğal yeteneklerini ve kişisel tercihlerini göz ardı etmelerini gerektirir. Bu sayede, insanlar kendilerini diğer kişilerin yerine tam olarak koyabilecek ve en doğru şekilde düşünebilecektir. Bilgisizlik peçesi çevre hakkı bakımından şu şekilde uygulanmaktadır: Çevre hakkı bakımından, insanlar, bilgisizlik peçesi ardından bakıp, kendilerini gelecek kuşakların yerine koyduğunda, onlar da başkaları yüzünden zarar görmüş bir çevrede yaşamaya mecbur, dezavantajlı bir kuşağın üyesi olmak istemeyeceklerdir. Bu durumda, bugün yaşayan kuşakların, gelecek kuşakların çevre hakkını da, insan haklarına ilişkin uluslararası hukuk metinleri gibi, mekansal ve zamansal olarak kendileriyle eşit biçimde korumalı, kendi kuşaklarını çıkarlarını korumak için, sonraki kuşakların çevre hakkını feda etmemelidir. Bilgisizlik peçesi ve çevre hakkı bakımından uygulanmasına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz: John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, ss. 118-123.

¹⁴ İlgili Uluslararası Adalet Divanı kararı için bkz: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> (ET: 15 Kasım 2015).

Çevrenin korunması için devletlerin tek başlarına gösterdikleri çaba yeterli olmayınca, konunun uluslararası düzeyde, bütüncül bir yaklaşımla ele alınması ihtiyacı doğmuş; bu konuya ilişkin olarak birçok uluslararası hukuk metni doğmuştur. Bu metinlerin başlangıcı olarak değerlendirilen Stockholm Deklarasyonu¹⁵, 1972 yılında Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Çevresi Konferansı çerçevesinde kabul edilmiş olup, temel insan haklarından ve bunun da ötesinde yaşamdan faydalanabilmek için çevrenin önemine vurgu yapmaktadır¹⁶.

Konuyla ilgili uluslararası hukuk metinleri doğrultusunda devletler, iç hukuklarında anayasal veya yasal düzenlemeler yürürlüğe sokmak zorunda kalmıştır. Bunun yanında, kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşayabilmeleri için, çevre ile ilgili konularda karar alma süreçlerine katılabilmeleri, bilgi alma haklarını kullanabilmeleri ve çevresel etki değerlendirme (ÇED) raporları olarak adlandırılan raporların hukuksal açıdan etkilerinin güçlendirilmesi gerekmektedir¹⁷.

1991 yılında Sınırışan Çevresel Etki Değerlendirilmesi Sözleşmesi'nde¹⁸ yukarıda belirtilenler ispatlanırcasına, bireylerin çevre konularına katılımının gerekliliğinin altı önemle çizilmiştir¹⁹. Çevrenin korunabilmesine ilişkin en elzem uluslararası hukuk metinlerinden bir diğeri ise Çevre Alanında Bilgiye Ulaşma, Kamunun Karar Sürecine Katılımı ve Yargısal Başvuru Yollarına İlişkin Aarhus Sözleşmesi'dir. 1998 tarihli bu sözleşmede çevre ile ilgili bilgi edinme hakkının geliştirilmesi amaçlanmıştır. Sözleşmede halkın çevre ile ilgili karar alma sürecine katılma yetkisinden bahsedilmektedir. Sözleşmeye göre, sivil toplum kuruluşları ve halkın bu süreçteki varlığı büyük önem taşımaktadır²⁰.

Çevre hakkının korunması açısından önemli bir unsur olan ÇED, dünyada geniş bir uygulama alanı bulan ve devletlerin iç hukuk mevzuatlarında yer alan teknik bir araçtır. ÇED, çevre üzerinde önemli etkiler doğurabilecek faaliyetlere ilişkin projeleri, henüz planlanmaları aşamasından başlayarak inşaat, işletme ve sona erdirilmesinden sonra ortaya çıkabilecek etkilerinin incelenmesidir. Bu inceleme, proje hakkında karar alınmadan önce bilimsel yöntem ve tekniklerle yapılmakta, projenin hayata geçirilmesiyle ortaya çıkabilecek olumsuz etkilerin önlenmesi ve gerekli tedbirlerin belirlenmesi, projenin tüm

¹⁵ Stockholm Deklarasyonu'nun metni için bkzn: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503> (ET: 6 Aralık 2015).

¹⁶ TUNA, ss. 257-258. Konu kapsamından şaşmamak adına, bu konuda önemli olan tüm uluslararası hukuk belgelerine değinilmeyecektir. Ancak ilgili metinlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkzn: ÇİÇEK, ss. 352-357.

¹⁷ TEZCAN ve diğ., ss. 456.

¹⁸ Sınırışan Çevresel Etki Değerlendirilmesi Sözleşmesi'nin metni için bkzn: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/Espoo_Convention_authentic_ENG.pdf (ET: 6 Aralık 2015).

¹⁹ SHAW, ss. 847-848.

²⁰ İlgili sözleşmenin İngilizce metni için bkzn: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> (ET: 15 Kasım 2015).

uygulama aşamalarında bu etkilerin ve tedbirlerin izlenmesi ve denetlenmesi hedeflenmektedir. ÇED'in tek başına bir karar verme süreci olmadığına altı çizilmesi gerekmektedir. ÇED karar verme süreci ile birlikte gelişen ve bu süreci destekleyen, daha sağlıklı karar verme olanağı sunan bir işlemdir²¹.

Çevre hukukuna hakim olan ve doktrinde üzerinde durulan ilkelere de değinilmesi gereklidir. Üzerinde durulan ilkelerden birisi, sürdürülebilir kalkınma ilkesidir. Sürdürülebilir kalkınma, gelecek kuşakların ihtiyaçlarının karşılanabilmesi ve bugün yaşayan kuşakların ihtiyaçlarının karşılanması arasındaki dengeyi sağlayan kalkınma şekli olarak tanımlanabilmektedir. Devletlerin geçmişte başlayıp bugün sürmekte olan faaliyetlerinin de sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun bir şekilde devam etmesi gerekmektedir²².

Rio Deklarasyonu'nun 15. ilkesinde ise bir başka ilkenin, ihtiyatlılık ilkesinin yer aldığı görülmektedir. Buna göre, çevreyi korumak için gereken ihtiyatlı yaklaşım, devletlerin sahip oldukları kabiliyetlerine göre ve geniş olarak uygulanacaktır. İhtiyatlılık ilkesi gereğince ciddi ve geri dönüşü olmayan hasar tehlikesinin var olduğu durumlarda, tam bir bilimsel kesinliğin olmaması, çevrenin kirlenmesinin önlenmesinin bir nedeni olamayacaktır²³.

Çevre hukuku ile ilgili diğer önemli ilkelerden birisi de önleme ilkesidir. Buna göre çevre ile ilgili bir sorunun ortaya çıktıktan sonra çözülmesi yerine, ortaya çıkmaması için gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir²⁴. İşbirliği ve eşgüdüm ilkesine göre ise yukarıda değinilen uluslararası hukuk metinlerinin de belirttiği gibi, çevre sorunları ve çevreye ilişkin karar alma süreci ile ilgili olarak devlet yetkililerin yanında, yerel idareler, sivil toplum örgütleri, özel işletmeler ve halkın da katılımının sağlanması gerekmektedir. Katılım ilkesi de yine bireylerin çevre ile ilgili karar alma ve uygulama süreçlerine dahil olmasını gerektirmektedir²⁵. Kirlenme öder ilkesi ise özetle ortaya çıkan kirliliğin bedelinin, buna yol açanlara ödettirilmesi olarak tanımlanabilmektedir²⁶.

²¹ Ahmet M. GÜNEŞ, *Çevre Hukuku Açısından Stratejik Çevresel Değerlendirme*, TBB Dergisi, S.91 (2010), ss. 34.

²² ÇİÇEK, ss. 362.

²³ İlgili deklarasyonun Türkçe metni için bkz: http://www.kibris.net/kktc/kurumlar/lefkecd/rio_deklarasyonu.htm (ET:15 Kasım 2015). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından olan ve ihtiyatlılık ilkesiyle ilgili bulunan Demir ve Baykara Türkiye'ye karşı kararının İngilizce metnine ulaşmak için bkz: [http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-89558#{"itemid":\["001-89558"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-89558#{) (ET: 15 Kasım 2015).

²⁴ Ezgi ÇERÇİ, *Çevre Hukukunun Temel İlkeleri*, Anahtar, Haziran 2011, ss. 20.

²⁵ Ibid., ss. 21.

²⁶ Ancak bu ilkenin görüldüğünden daha karmaşık olduğu, hangi kirliliklerin hangi sonuçlarının ve nasıl ödettirileceğinin büyük bir sorun teşkil ettiği de ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Nükhet TURGUT, *Kirlenme Öder İlkesi ve Çevre Hukuku*, AUHFD, C. XLIV, S.1-4(1995), ss.619.

Çevre hukukuyla ilgili bir çerçeve oluşturulmaya çalışıldıktan ve üzerinde durulan ilkeler belirlenmeye çalışıldıktan sonra, takip eden kısımda KKTC'nin iç hukukundaki mevzuat incelenmeye çalışılacaktır.

B. KKTC Anayasası'ndaki Düzenlemeler ve Değişiklik Önerileri

KKTC'de yukarıda önemi vurgulanan ÇED raporlarının hukuk sistemine oldukça geç sokulduğu bilinmektedir. KKTC tanınmamış bir devlet olduğu için, herhangi bir konuda olduğu gibi, çevre ile ilgili konularda da uluslararası antlaşmalara taraf olamamaktadır. Ayrıca aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği gibi KKTC'de bireylerin çevre ile ilgili karar alma mekanizmalarına katılma konusunda sıkıntıları vardır. Yine de son dönemde KKTC devletinin kendi iradesiyle, çevre ile ilgili modern yasal düzenlemelere yaklaşmak için iç hukukunda yaptığı veya yapmak istediği birtakım yasal değişiklikler olduğu bilinmektedir. Çalışmanın bu bölümünün devamında incelenecek olan konular da KKTC iç hukukunda bu konuda yaşanan gelişmelerdir.

Çevre hakkı, bir hak olarak kabul edildikten sonra devletler, uluslararası antlaşmaların da etkisiyle, anayasalarında bu hakka ilişkin hükümlere yer vermeye başlamıştır. Dolayısıyla ulusal mevzuatlarda öncelikle anayasalarda çevre hakkıyla ilgili soyut ve genel düzenlemelerin yapıldığı, anayasanın altında yer alan mevzuatlarda ise konuyla ilgili ayrıntıların düzenlendiği görülmektedir²⁷. KKTC Anayasası'nda da bu hakka ilişkin bazı düzenlemeler bulunmaktadır.

KKTC Anayasası'nın²⁸ 40. maddesinin 1. fıkrasına göre herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı bulunmaktadır²⁹. Söz konusu maddeye göre gerçek veya tüzel kişilerin herhangi bir amaca dayanarak, insan sağlığını bozacak veya deniz varlıklarını tehlikeye düşürecek nitelikteki sıvı, katı ve gaz maddelerin denize, baraja, göle veya dereye akıtması veya dökmesi mümkün değildir. Yine aynı madde, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevrenin kirlenmesini önlemek gibi görevleri, devlete, gerçek ve tüzel kişilere yüklemektedir. Bu durumda KKTC Anayasası'na göre çevre hakkının vatan- daşlık bağı aranmaksızın herkese ait olduğunu belirtebiliriz³⁰. Anayasanın 37. maddesine göre ise devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini gerçekleştirmek için gerekli önlemleri almalıdır. 38. madde kıyıların, devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu ve yalnız kamu yararına kullanılabileceğini belirtir. 39. maddeye göre ise devlet, tarih ve kültür değeri olan eser ve anıtlar ile

²⁷ UZ, ss. 106.

²⁸ KKTC Anayasası'nın metni için bkz: <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa.aspx> (ET: 9 Mart 2015).

²⁹ Belirtilen madde Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 56. maddesinin 1. fıkrasıyla aynıdır.

³⁰ Tufan ERHÜRMAN, *Çevre Davalarında 'Menfaat İhlali': Danıştay ve KKTC Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, AUHFD, C. LX, S.3 (2011), ss. 452.

doğa varlıklarının korunmasını sağlar; devletin bu amaçla düzenleyici, destekleyici ve özendirici önlemleri alma yükümlülüğü vardır³¹. Ayrıca 57. maddeye göre devlet, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde almalıdır.

2014 yılında KKTC Anayasası'nda birtakım değişiklikler yapılması için KKTC Cumhuriyet Meclisinde çalışmalar başlamıştır. Bu çalışmalar sonucunda hazırlanan Anayasa taslağı halk oylamasına götürülmüştür. 29 Haziran 2014 tarihinde yapılan halk oylaması sonucunda söz konusu değişiklikler halk tarafından reddedilmiştir³². Söz konusu değişikliklerin yer aldığı tasarı metninde çevre hakkı bakımından önemli gelişmeler yapılmaya çalışılmış, tasarının reddi bu açıdan önemli bir ilerlemenin sağlanmasını engellemiştir.

³¹ KKTC'nin Mağusa şehrinde Venedikliler döneminde yapılmış, önemli kültürel değerlere sahip bir eser niteliğinde olan tarihi surlar bulunmaktadır. Denize oldukça yakın olan bu sur duvarlarında doğa koşulları nedeniyle zamanla aşınma olmuştur. Burada başlatılan restorasyon yanlış malzemelerle yapılmış ve tarihi surun aşınan bir bölgesine beyaz tuğlalarla duvar çekilmiştir. <http://www.kibristime.com/kibris/tarihi-surlara-beyaz-duvar-h34751.html> (ET: 19 Mart 2015). Devletin tarih ve kültür değeri olan eser ve anıtlar ile doğa varlıklarının korunmasını sağlamak gibi bir yükümlülüğü anayasa tarafından ortaya konulmuşken, Mağusa Surlarına olarak anılan bölgedeki surların başına gelenler bu noktada dikkat çekicidir.

³² Anayasa değişikliklerini içeren yasa önerisinin tam metni için bknz: http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1780.htm (ET: 6 Aralık 2015). "KKTC Anayasa Değişiklik Önerisinin Tam Metni" başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Tufan Erhurman'a aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır.

29 Haziran 2014 tarihindeki halk oylaması sonucunda gerçekleştirilmek istenen değişiklikler için halk yüzde 62.16 oranında hayır, yüzde 37.84 oranında evet demişti. Aslında çevre hakkına dair hükümler dahil olmak üzere, birçok konuda olumlu yenilikler içeren bu değişiklik metninin reddedilmesinin nedeninin, öncelikle değişikliğin ardından kazanımların ne olacağını halka anlatılmamasına bağlandığı görülmektedir. Bunun yanında, KKTC Anayasası'nın geçici 10. maddesinin de değişikliğe uğramayacak olması halkın önemli bir bölümünde hayal kırıklığı yaratmıştır. "*Değişmesi gereken en önemli noktanın değiştirilmediği*", bu nedenle değişikliklere hayır denilmesi gerektiği kanısının birçok kesimde uyandığı şeklinde görüşler de ortaya atılmıştır. <http://www.kibrispostasi.com/index.php/cat/35/news/137084> (ET: 30 Nisan 2015).

Bu durumda halkın anayasa değişikliklerini reddetmesinin nedenini, büyük çoğunluğun bu değişiklikleri beğenmemesi şeklinde değil, yetersiz bulması şeklinde özetlemek yanlış olmayacaktır. KKTC Anayasası'nın geçici 10. maddesi "Savunma ve İşbirliği" başlığını taşımakta olup, şu şekildedir: "*Kıbrıs Türk halkının savunması ve iç güvenliği ile milletlerarası durum gerektirdiği sürece bu Anayasanın 117. maddesinde yer alan kurallar yürürlüğe girmez. Anayasa yürürlüğe girdiği tarihte dış ve iç güvenliğinin sağlanmasında kullanılan bütün kuvvetlerle, bunlara ilişkin olarak uygulamada olan usul ve hükümlerin ve bu konularda kabul edilmiş ve edilecek işbirliği esaslarının uygulanmasına devam olunur.*" İlgili hüküm, KKTC halkının bağımsızlığını zedeleyen bir unsur olarak kabul görmekte, bu nedenle eleştirilere maruz kalmaktadır. Ancak Cumhuriyet Meclisi'ndeki 4 siyasi partiden ikisinin (Ulusal Birlik Partisi ve Demokrat Parti) genel başkanları geçici 10. maddenin değiştirilmesine karşı olduklarını açıklamış, bu nedenle değişiklik önerilerinin halka sunulması için gereken 34 milletvekilinin olumlu oyunun sağlanabilmesi için, bu maddeye ilişkin bir değişiklik önerisine yer verilmemiştir. <http://www.tufanerhurman.com/anayasa-degisikligi-ve-gecici-10uncu-madde/> (ET: 30 Nisan 2015). Değişikliklerin ardından elde edilecek özellikle çevre ile ilgili kazanımların ve geçici onuncu madde ile ilgili durumun halka daha iyi anlatılarak, anayasayı değiştirme çabasına yeniden girilmesinde bir engel bulunmamaktadır.

Anayasa'nın yukarıda birinci fıkrasına değinilen 40. maddesinin 2. fıkrasına göre, gerçek veya tüzel kişilerin, hiçbir amaçla, insan sağlığını bozacak veya deniz varlıklarını tehlikeye düşürecek nitelikteki sıvı, gaz ve katı maddeleri denizleri, barajları, gölleri veya dereleri kapsayan su alanlarına akıtması veya dökmesi yasaktır. Bu fıkra tasarı metninde çevreyi kirletecek olan sıvı, gaz ve katı maddelerin çevreye dökülmesini tamamen yasaklayacak şekilde değiştirilmiş, sadece su alanları değil, tüm alanlar anayasal koruma altına alınmıştır.

KKTC Anayasası'nın yukarıda belirtilen maddesinin mevcut 3. fıkrası, "[ç]evreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin, gerçek ve tüzel kişilerin ödevidir" şeklindedir. Bu fıkradaki düzenlemeye göre, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevrenin kirlenmesini önlemek görevleri vatandaşlık bağından bağımsız olarak tüm gerçek ve tüzel kişiler ile devlete yüklenmiştir³³. Bu durum olumlu bir özellik taşısa da, gerçekleştirilmek istenen değişikliklerdeki ilgili düzenleme daha da ileriye taşınmak istenmiş ve 3. fıkra "[ç]evreyi geliştirmek, çevre sağlığını ve biyolojik çeşitliliği korumak ve çevre kirlenmesini önlemek, devletin, gerçek ve tüzel kişilerin ödevidir. Herkes, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını ve biyolojik çeşitliliği korumak ve çevre kirlenmesini önlemek amacıyla yetkili makamlara başvurma ve dava açma hakkına sahiptir" şeklinde düzenlenmiştir.

Yapılmak istenen değişiklikle öncelikle, biyolojik çeşitlilik anayasal koruma altına alınacak, çevrenin korunması Anayasa tarafından gerçek ve tüzel kişiler ile devlete yüklenmiş bir ödev olacaktır. Tasarı metninde insan sağlığı, biyolojik çeşitlilik ve çevre açısından tehlike oluşturacak fiillerin gerçekleştirilmesi durumunda herkese yetkili makamlara başvurma ve dava açma hakkı tanınacaktı. Bunun yanında yasama organının bu tip eylemleri suç olarak düzenleme yükümlülüğü olacaktır. Bu durumda yürütmenin, idarenin ve başsavcılığın da bu suçları takip etme ve olayı yargıya taşıma yükümlülüğü bulunacaktı³⁴.

Yapılmak istenen söz konusu değişiklik, sadece vatandaşa dava açma hakkını getirmekle yetinmiyordu. Bu değişikliğin ardından, KKTC'de yaşayan herkes, vatandaşlık şartına tabi tutulmaksızın, çevreyi, biyolojik çeşitliliği korumak ve çevre kirlenmesini önlemek adına yetkili makamlara ve mahkemelere başvurabilecekti. Fırat ve Kiraz, bu noktada yürürlükte bulunan anayasa maddesinin kirleten öder ilkesini barındırmadığı için, bireylerin ve örgütlerin dava açmasının önünün keşildiği görüşündedir. Halk oylamasında reddedilen değişikliklerde, kirleten öder ilkesine açıkça yer verilmesinin yanında, bireylerin ve sivil toplum örgütlerinin mahkemelerde dava açmasının önü de açılmak istenmişti³⁵.

³³ ERHÜRMAN, ss. 452.

³⁴ <http://www.yeniduzen.com/Haberler/haberler/cevreye-anayasal-koruma/39151> (ET: 10 Mart 2015).

³⁵ Altay FIRAT ve Aşkın KIRAZ, *Kuzey Kıbrıs'ta Çevre Olgusunun Hukuksal Mevzuattaki Yeri ve Değişim Süreci*, Akademik Platform, ss. 1038.

Reddedilen Anayasa değişikliklerinde, dava açabilmek için vatandaşlığın önem taşımadığı gibi, bunun da ötesinde, dava açmak isteyen bir kimsenin nerede yaşadığı da önem taşımayacaktı. Örneğin KKTC sınırlarının bir ucunda yaşayan bir kimse, diğer uçta gerçekleştirilen ve çevre sağlığını ve biyolojik çeşitliliği tehdit edeceğini düşündüğü her türlü girişim aleyhine yetkili makamlara başvurabilecek ve dava açabilecekti. Ayrıca çevrenin geliştirilmesi için yapılması gerekenlerin yapılmaması durumunda da yetkili makamlara başvurulabilecek ve idari dava açılacaktı³⁶. Burada dava açabilmek için tehdidin yeterli olacağını belirtmesi, mutlaka bir zararın oluşmasının aranmayacağını düşündürmektedir. Bu durum ise, yapılmak istenenin ihtiyatlılık ilkesinin iç hukuka kazandırılması şeklinde yorumlanabilecektir.

Getirilmek istenen ve yukarıda belirtilen değişikliklerin yanında, tasarı metnine, günümüzde yürürlükte olan metinde bulunmayan bir fıkra daha eklenmişti: "*Devlet, çevre ile ilgili tüm faaliyetlerini, kirleten öder, önleyicilik ve katılımcılık ilkeleri çerçevesinde yürütür.*" Ayrıca 40. maddenin "[d]evlet, milli parklar oluşturulması amacıyla gerekli önlemleri alır" şeklindeki 4. fıkrası, tasarı metninde "[d]evlet, milli parklar oluşturulması ve milli parkların korunması amacıyla gerekli önemleri alır" olarak değiştirilmişti. Getirilmek istenen bu düzenlemeyle, milli parkların zarar görmesinin önleyicilik ilkesine dayanarak engellenmesi istenmekteydi.

Tasarı metninde yer alan ve devletin çevre ile ilgili faaliyetlerini kirleten öder, önleyicilik ve katılımcılık ilkelerine göre yürütmesini öngören ek fıkradaki düzenlemeler de çevre hukuku ile ilgili güncel metinlerdeki düzenlemeleri yakından takip eden bir gelişme olacaktı. Önleyicilik ilkesi ile özellikle çevrenin kirletilmesi ihtimalinin olduğu durumlarda açılacak olan davaların, çevrenin henüz kirlenmemiş olması nedeniyle, mahkemelerce reddedilmesinin önüne geçilmek istenmişti³⁷. Bunun yanında milli parkların oluşturulması yanında, korunması için gerekli önlemlerin alınması yükümlülüğünün de devlete yüklenmesi ve bunun anayasal bir zemine oturtulması çevre açısından olumlu bir gelişme olacaktı³⁸.

C. KKTC Çevre Yasası ve Çevrenin Korunması

KKTC Anayasası'ndaki düzenlemeler dışında, çevre hakkına ilişkin en ayrıntılı düzenlemelerin bulunduğu yasa, KKTC Çevre Yasası'dır.

KKTC Çevre Yasası'nın 1997 yılında yapıldığı, 2012 yılında ise değiştirildiği görülmektedir. KKTC Çevre Yasası'nın³⁹ söz konusu değişikliklerden

³⁶ <http://www.yeniduzen.com/Haberler/haberler/cevreye-anayasal-koruma/39151> (ET: 10 Mart 2015).

³⁷ <http://www.tufanerhurman.com/anayasa-degisiklik-onerisi-madde-gerekceleri/> (ET: 10 Mart 2015).

³⁸ FIRAT ve KIRAZ, ss. 1038.

³⁹ KKTC Çevre Yasası'nın 2012 yılındaki değişiklikleri de içeren konsolide metni için bkz: <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> (ET: 9 Mart 2015).

önceki 31. maddesine göre çevreyi kirleten bir eylem veya işlemde zarar görmüş olan veya böyle bir işleme tanık olan kişilerin kirleteni uyarma yetkisi bulunmaktaydı. Bu uyarı sonucunda kirletmeye devam edilmesi veya kirliliğin ortadan kaldırılmaması durumunda, buna tanık olan kişilerin güvenlik birimlerini, KKTC Çevre Koruma Dairesi'ni, ilgili belediyeyi veya muhtarlığı haberdar etme yükümlülüğü bulunmaktaydı. Bu durumda, KKTC Çevre Yasası doğrultusunda bu faaliyetlere tanık olan kişinin sorumluluğu, polis örgütünü, Çevre Koruma Dairesi'ni, ilgili belediye veya muhtarlığı durumdan haberdar etmekten öte değildi⁴⁰. Ayrıca eski Çevre Yasası'nın 32. maddesi gerçek veya tüzel kişilerin, çevrenin kirlenmesine karşı dava açma haklarının olduğunu belirtmekteydi. Ancak buradaki sıkıntı, davanın kime karşı ve hangi yargı yolunda açılacağı'nın belli olmamasıydı⁴¹.

Yeni KKTC Çevre Yasası (artık Çevre Yasası olarak anılacaktır), KKTC Cumhuriyet Meclisi tarafından 27 Şubat 2012 tarihinde kabul edilmiştir. Bu yasanın 2. maddesi sürdürülebilir kalkınmanın ne olduğunu anlatmaktadır. İlgili maddeye göre sürdürülebilir kalkınma, insanların ve gelecek kuşakların yaşamlarını sağlıklı bir çevrede koruyacak şekilde kalkınmak demektir. Sürdürülebilir kalkınma, ekonomik ve sosyal hedefleri dengeleme ilkesine dayanmakta ve gelecek kuşakların kendi ihtiyaçlarını karşılayabilmelerini tehlikeye atmadan, mevcut kuşakların ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan kalkınma şeklidir.

Çevre Yasası'nın 3. maddesi ise yasanın amaçlarından bahsetmektedir. Maddeye göre çevre tüm canlıların ortak varlığıdır ve yasada onun korunması, iyileştirilmesi amaçlanmaktadır. Doğal kaynakların en uygun şekilde kullanılması ve korunması, insan sağlığını olumsuz etkileyen su, toprak ve hava kirliliğinin ve gürültünün önlenmesi oldukça önemlidir. Bu yasanın amacı da ülkede bulunan bitki ve hayvanlar ile doğal ve tarihsel zenginliklerin korunarak, bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlık, kültür ve yaşam düzeylerinin geliştirilmesidir. Ayrıca bir diğer amacı, ekonomik ve sosyal kalkınma hedeflerini, çevrenin korunmasına ilişkin temel ilkeler çerçevesinde düzenlemektir. İlgili yasanın 4. maddesine göre çevre, sürdürülebilirlik ve ihtiyatlılık ilkeleri çerçevesinde yönetilmek zorundadır. Bunun yanında çevre ile ilgili karar alma sürecinde şeffaflığın sağlanması ve bu sürece kamu kurum ve kuruluşlarının, sivil toplum örgütleri ve halkın katılımının gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Çevre Yasası'nın "Genel Sorumluluklar" başlığını taşıyan 5. maddesi çevreyi korumak ve bunun için belirtilen önlem ve kurallara uymak görevini idareyi, yönetimi, meslek odaları ve sivil toplum örgütlerini kapsayacak şekilde

⁴⁰ ERHÜRMAN, ss. 453.

⁴¹ Ibid., ss. 454.

tüm gerçek ve tüzel kişilere açıkça yüklemiştir. Çevrenin kirlenmesine yol açan tarafların kirliliği önlemek, ortadan kaldırmak veya çevreyi iyileştirmek için gereken masrafları karşılama zorunluluğu bulunmaktadır. Bu kirliliği durdurmak veya ortaya çıkan zararı azaltmak için kamu kurum ve kuruluşlarının yaptığı masraflar da kirletici etki doğuran faaliyetlerde bulunanlardan tahsil edilebilecektir. Çevre hukukunun temel ilkelerinden olan kirleten öder ilkesinin böylelikle yasa hükmünde açıkça tanınması önemli bir gelişmedir.

Çevre Yasası'nın 23. maddesi ise denizlerin kirletilmesiyle ilgilidir. İlgili maddeye göre kıyı şeritlerinin, deniz kıyılarının, kıyı sularının, limanların ve kara sularının çevre kalitesi korunmak zorundadır. Deniz kirliliğinin önlenmesi için gerekli olan önlemler alınmalıdır⁴².

Çevre Yasası'nda biyolojik çeşitliliğin korunmasına ilişkin de birtakım genel ilkelere yer verilmiştir⁴³. Yasanın 41. maddesine göre yüksek doğal değerleri olan alanlara ve burada bulunan türlere, habitatlar⁴⁴ ve ekosistemlere uygun korumanın sağlanması gerekmektedir. Ayrıca genetik biyolojik çeşitliliği korumak ve geliştirmek adına, KKTC'ye genetiği değiştirilmiş organizmaların girişini ve yayılmasını kontrol etmek için gerekli önlemler alınmalıdır. Bunun yanında, iklim değişikliğinin yaban hayatı üzerinde yol açtığı olumsuz tüm etkileri en aza indirmek için mümkün olan tüm önlemlerin alınması gerekmektedir.

Çevre Yasası'nın 51. maddesine göre ÇED Komisyonu kurulur. Bu komisyonun sekretaryası olarak hizmet verecek olan kurum ise Çevre Koruma Dairesi'dir. ÇED Komisyonu'nun başlıca görevlerinden biri ÇED raporlarının⁴⁵ içeriğini, kalitesini ve doğruluğunu değerlendirmek ve bu raporlarla ilgili görüş bildirmektir. Bu doğrultuda Çevre ve Doğal Kaynaklar Bakanlığı 18 Şubat 2015 tarihinde halkın ve ÇED Komisyonu'nun katıldığı ve daha birçok kurumun temsil edildiği ilk çevresel etki değerlendirme toplantısını Lapta bölgesinde yapmıştır. Toplantıda yapılacak olan yatırımlar ve gerçekleştirilecek olan projelerle ilgili olarak artık şeffaflık ve katılımçılık ilkeleri-

⁴² Çevre Yasası'nın 23. maddesine rağmen Kalecik bölgesinde yaşanan çevre ve deniz kirliliği felaketine aşağıda değinilecektir.

⁴³ KKTC'de yasal olarak ilk kez Çevre Yasası'yla biyolojik çeşitliliğin korunmasına yer verilip konuyla ilgili yasal bir zemin oluşturulmuştur. Bu durumun yaşanmasına ilişkin en büyük motivasyonu Avrupa Birliği hukukuna yerel yasalarının uyumlaştırılması çabası sağlamıştır. <http://www.starkibris.net/index.asp?haberID=149809> (ET: 17 Mart 2015). Tanınmamış bir devlet olmasına ve hiçbir uluslararası veya uluslararası belge ile bağlanmasına imkan olmamasına rağmen, çevre ile ilgili düzenlemelerin Avrupa Birliği standartlarına çıkartılma çabası bu noktada çevrenin korunması için önemli bir adımdır.

⁴⁴ Çevre Yasası'nın 2. maddesine göre habitat, canlıların tabii olarak yaşadığı alanı anlatmaktadır.

⁴⁵ ÇED raporlarının kimler tarafından ve hangi faaliyetler için hazırlanacakları ÇED Tüzüğü'nde sayılmıştır. Çevre Yasası'nın 50. maddesinin 3. fıkrasına göre bu tüzükte öngörülen kişiler çevresel etkilerin değerlendirilmesi sürecini tamamlamadıkça hiçbir onay, lisans, izin, ruhsat veya teşvik alamayacaktır.

nin göz önünde bulundurulacağı belirtilmiş, yapılan yasal değişikliklerle ÇED Komisyonu'nun onayının aranacağına dair halka güvence verilmiştir⁴⁶.

Çevre Yasası'nın 64. maddesine göre çevreyle ilgili olarak verilecek kararlarda görüş alışverişi ve katılım önemlidir. Bunların gerçekleştirilebilmesini sağlamak amacıyla kamu kurum ve kuruluşlarının çevreyle ilgili sahip olduğu bilgilere kamunun ulaşmasının sağlanması yasal bir zorunluluktur. Çevre Yasası'nın 3. ve 64. maddeleri, KKTC vatandaşlarının ötesinde, KKTC'de yaşayan tüm halkın çevre yönetimine katılmasını sağlamaya çalışmaktadır. Getirilen bu düzenlemelere ve belirtilmiş olan yeni gelişmelere rağmen KKTC'de, halkın çevre ile ilgili konularda yönetime katılmak için en etkili yolun hala dava açmak olduğu görülmektedir. Ancak idari yargı yolunda çevre ile ilgili olarak açılan davaların sayısı çok azdır. Bu durumun ise çevrenin korunması ve sağlıklı bir şekilde geliştirilmesi için olumsuz bir durum yarattığı açıktır⁴⁷.

KKTC'de çevre ile ilgili faaliyet gösteren birkaç önemli idari yapılanma daha vardır. KKTC Cumhuriyet Meclisi 18 Şubat 1991 tarihinde Çevre Komitesi'ni ve Kültür Varlıklarını Koruma Komitesi'ni oluşturdu. Çevre Komitesi yurttaşların sağlıklı bir çevrede yaşamasını sağlamak amacıyla halkta çevre bilincini oluşturmaya çalışmakta, çevrenin kirletilmesinin önlenmesine yönelik araştırmalar yapmaktadır. Kültür Varlıklarını Koruma Komitesi'nin görevi ise KKTC'de bulunan kültür varlıklarının saptanmasına, korunmasına, geliştirilmesine, kamunun kullanımına veya yararlanmasına sunulmasına, yurt içi ve yurt dışında tanıtımına ilişkin faaliyetlerde bulunmaktır⁴⁸.

24 Temmuz 1994 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti ve KKTC arasında imzalanan Çevre Alanında İşbirliği Anlaşması doğrultusunda Türkiye Cumhuriyeti'nin, KKTC'yle BM Çevre ve Kalkınma Konferansı tarafından kabul edilen ilkeler doğrultusunda çevrenin korunmasına ilişkin olarak işbirliği yapmayı taahhüt ettiği görülmektedir. Ayrıca Belediyeler Yasası ile belediyelere, sınırları dahilinde yaşayan insanların sağlık, esenlik, huzur ve refahını sağlama, ilgili belediye sınırları içindeki bölgenin temizlik ve düzenini koruma, tarihi ve kültürel yapıları ve çevreyi koruma ve düzenleme görevleri verilmiştir. Bunun yanında Sağlık Bakanlığı bünyesinde görev yapan Temel Sağlık Hizmetleri Dairesi'nin de çevre ve sağlık ilişkisini koruma ve düzenleme işlerini yürüttüğü görülmektedir⁴⁹.

⁴⁶ <http://www.kibrisgenctv.com/k%C4%B1br%C4%B1s/halkin-da-katildigi-ilk-cevresel-etki-degerlendirme-ced-toplantisini-bugun-lapta-da-yapildi.html> (ET: 19 Mart 2015).

⁴⁷ ERHÜRMAN, ss. 467-468. Çevre ile ilgili olarak açılmış olan ender davalardan biri olan ve Karpaz bölgesi ile ilgili davaya aşağıda değinilecektir.

⁴⁸ FIRAT ve KIRAZ, ss. 1033-1034.

⁴⁹ Ibid., ss. 1035. KKTC'de çevre ile ilgili tüm yasal mevzuatın listesi için bkznz: Ibid., ss. 1036. Ayrıca, KKTC'deki çevre ile ilgili kurum ve kuruluşların listesi için bkznz: Ibid., ss. 1037.

KKTC çevre hukuku düzenlemeleri temel ve özet olarak yukarıda anlatılanlardan ibarettir. Yukarıda da belirtildiği gibi, KKTC Anayasası'nda yapılmak istenilen değişiklikler halk oylaması engeline takılsa da, Çevre Yasası ile modern düzenlemelere yaklaşılmaya çalışılmıştır. Ancak KKTC'de çevre ile ilgili yaşanan olumsuz gelişmelerin önüne geçilememiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde, yaşanan bu çevre sorunlarına değinilecektir.

II. KKTC'DE KARŞILAŞILAN ÇEVRE PROBLEMLERİ

KKTC gibi küçük bir ülkeye sahip olan bir devletin, ülkesi içerisindeki çevresel faaliyetleri daha kolay bir şekilde denetleyebilmesi, yapılacak olan yatırımların çevresel sonuçlarını kontrol edebilmesi beklenmektedir. Ancak, bu konuda yapılan araştırmalar incelendiğinde, doğal güzellikler ve tarihi eserler bakımından pek de fakir bir ülke olmayan KKTC'de durumun çevre açısından ürkütücü olduğu görülmektedir.

KKTC, Kıbrıs adasının topraklarının %36'sını kapsamaktadır. KKTC'nin ekonomik açıdan az gelişmiş olduğu bilinen bir gerçektir. Bunun yanında küçük bir iç pazara sahip, ithalata bağımlı bir devlettir. Yarı kurak iklim kuşağı içerisinde yer almakta, sınırlı doğal kaynaklara sahip olduğu bilinmektedir. Birçok ülkeye kıyasla, hala temiz bir havaya ve sahillere sahip olduğu söylenebilir. Ancak buradaki insan faaliyetleri de çevreyi tehdit etmektedir. Örneğin tarımsal ürünlerin verimini ve kalitesini arttırmak adına, yapay gübre ve tarımsal ilaçlar bilinçsiz bir şekilde kullanılmakta, bu durum yeraltı sularını kirletirken, insan sağlığını da tehdit etmektedir. Denetimsiz tarımsal sulama yöntemleri su sıkıntısı yaratmaktadır⁵⁰. Ayrıca KKTC'de toplu taşımanın gelişmemiş olması da hava kirliliğini arttıran bir unsurdur. Çünkü buradaki motorlu taşıtların sayısı çok hızlı artmakta, bu da havayı kirletmektedir⁵¹.

Çevre hakkının ilk kabul edildiği dönemlerde, bu hakkın ekonomik kalkınma hakkı⁵², girişim özgürlüğü gibi hak ve özgürlüklerle çatışacağı, bu durumun ise hukuksal düzenlemelerle aşılabileceğine ilişkin fikirler öne

⁵⁰ Sevgin AŞKIN, *Kuzey Kıbrıs'ta Çevre Bilinci*, Doğu Üniversitesi Dergisi, C. I, S.1 (2000), ss. 9-15.

⁵¹ Ibid., ss. 15.

⁵² BM Genel Kurulu'nun 4 Aralık 1986 tarihli ve 41/128 sayılı kararıyla kabul ettiği Kalkınma Hakkına Dair Bildiri'nin birinci maddesinde kalkınma hakkı, her insanın ve bütün halkların insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tam olarak gerçekleştirileceği bir ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal gelişmeye katılma, katkıda bulunma ve bundan yararlanma hakkına sahip olması nedeniyle vazgeçilmez bir insan hakkı olarak kabul edilmiştir. İlgili bildirin Türkçe metni için bkz: <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/698b5--Gelisme-Hakkina-Dair-Bildiri.pdf> (ET: 7 Nisan 2015). Kalkınma hakkını işaret edebilmek için İngilizce'de *right to development* kavramı kullanılmaktadır. Bu kavram için Türkçe metinlerde bu kavram kimi zaman gelişme hakkı, kimi zaman da kalkınma hakkı denilebilmektedir.

sürülmüştü⁵³. KKTC gibi küçük, tanınmamış ve insanların faaliyetlerini nedense kolayca denetlemenin mümkün olmadığı bir ülkede, bu çatışmanın gerçekten de yaşandığı, hukuksal düzenlemelerle bile kolayca aşılmadığı görülmektedir. Kentleşme faaliyetleri, gelişme ve kalkınma adına Karpaz başta olmak üzere çeşitli bölgelere verilen zararlar, bu çatışmanın bir örneğidir.

Bu bölümde, önce yukarıda özetlenen KKTC'deki genel çevre problemlerinden bahsedilecektir. Ardından da, oldukça önemli bir bölge olan Karpaz özelinde yaşanan sorunlar tespit edilmeye çalışılacaktır.

A. KKTC Genelinde Karşılaşılan Sorunlar

KKTC'nin en önemli sorunlarından birisi hızlı ve plansız kentleşmedir. KKTC'de fiziki planlamanın olmayışı, çevreye de zarar vermektedir. KKTC'nin %40'ı için bir planlama söz konusuysa, geriye kalan %60'lık bölgede herhangi bir planlama mevcut değildir. Bunun getirisi olarak da kentleşme ve yapılaşma faaliyetlerinin bir denetimi yapılamamaktadır⁵⁴.

Özellikle Annan Planı sonrasında oldukça hızlı ve plansız artan yapılaşma faaliyetleri, bitki örtüsü tahribatına neden olmuştur. Bunun yanında, Beşparmak Dağları üzerinde bulunan taş ocakları da doğal yapının bozulmasına neden olmaktadır. Kıbrıs adası birçok bitki türüne ev sahipliği yaparken, bu bitkilerin insanlar tarafından bilinçsizce tahrip edilmesi veya toplanması da bitki örtüsüne zarar vermektedir. Bitki örtüsüne zarar veren en önemli ve güncel olaylardan biri de 2013 yılının yaz aylarında Yeşilirmak bölgesinde çıkan yangındır. KKTC'de yangın söndürmek için kullanılacak bir helikopter bulunmadığı için yangına çok geç müdahale edilmiş, bitki türleri yanında hayvanlar da büyük zarar görmüştür⁵⁵.

KKTC'deki doğal yaşama, yangın gibi afetlere hazırlıksızlık, çevre konusundaki bilinçsizlik ve yapılaşmanın yanında, bayındırlık faaliyetleri ile avcılığın da büyük zarar verdiği bilinmektedir. Çevre Koruma Dairesi tarafından 2005 yılında yaptırılan bir araştırmada Kuzey Kıbrıs'ta bulunan 78 sulak alan incelenerek bunlardan 66 adedinin acilen korunma altına alınması gerektiği belirtilmiştir. 2012 verilerine göre arasında doğal göllerin, göletlerin, baraj-

⁵³ UZ, ss. 102.

⁵⁴ Şehir Planlama Dairesi- İçişleri Bakanlığı, KKTC Ülkesel Fizik Plan Özet Rapor, Lefkoşa, KKTC, 2014, ss. 4. 1989 yılında yürürlüğe giren 55/89 İmar Yasası gereğince, 2 yıl içinde yapılması gereken ülkesel fizik planı taslağı, 21 yıl gecikmeye uğramış ve 2010 yılında tamamlanmış, ancak 2015 yılına kadar olan süreçte danışmalarda ve görüşmelerde bulunulmuştur. Ülkesel fizik planının tamamlanması için Kıbrıs Türk Mühendisler ve Mimarlar Odaları Birliği önderliğinde yürütülen çalışmaların sonuna geldiği belirtilmiştir. <http://www.kibrisgazetesi.com/?p=628427> (ET: 24 Mart 2015).

⁵⁵ Gökmen DAĞLI ve diğ., *Kuzey Kıbrıs Florasını Tehdit Eden Çevresel Faktörler*, Su, Çevre ve Tarım Kongresi, AKM-Lefkoşa, KKTC (20-21 Şubat 2014), ss. 2-4.

ların ve lagünlerin bulunduğu sadece 35 sulak alan koruma altındadır. Buna ek olarak, 2008 yılında Mağusa'da bulunan 6 sulak alan Özel Çevre Koruma Bölgesi ilan edilmiştir⁵⁶.

Sulak alanlara kurulan bahçelerdeki insan aktiviteleri üreme amacıyla bu alanları kullanan kuşları rahatsız etmektedir. Sulak alanlarla ilgili karşılaşılan tek sorun bu da değildir. Mağusa bölgesinde bulunan çiftliklerin atıkları, sulak alanlarda bulunan sudaki mineral madde miktarını arttırmakta ve suya zarar vermektedir. Ayrıca plansız bir şekilde inşa edilen yapılar da sulak alanlara zarar vermekte, evsel atıklar çevre kirliliğine yol açmaktadır. Ayrıca sulak alanların etrafına inşa edilen çiftlikler ve konutların yanında, sulak alanların içine yapılan asfaltlaşma ve konut dışı diğer yapılaşma faaliyetleri de vardır. Bu durum, sulak alanların varlığını ciddi anlamda tehlike altına sokmaktadır⁵⁷.

Örneğin Silver Beach Sulak Alanı olarak anılan ve sulak alan karakterli toprak ve bitki örtüsüne sahip olan bölge üzerine bir adet kültür ve kongre merkezi inşa edilmiştir. Bu inşaat faaliyeti nedeniyle bu alandaki bitki örtüsü tahrip olmuş, bölgedeki kuşların rahatsız olduğu gözlemlenmiştir⁵⁸. Ayrıca sınırlı bir çerçevede olan sanayi faaliyetleri de, henüz büyük oranda olmasa da, uzun vadede ülkedeki doğal yapıyı tehdit edecekmiş gibi görünmektedir⁵⁹. Örneğin Güvercinlik Sulak Alanı olarak adlandırılan bölge üzerine sanayi bölgesi kurulmakta, bu faaliyetler sonucu oluşan atıklar söz konusu sulak alanı kirletmektedir⁶⁰.

Kıbrıs adası, kuşlar için iki büyük göç rotasının ortasında bulunmaktadır. Geçmiş yıllarda yapılan kuş gözlemleri ile son yıllardaki incelemeler karşılaştırıldığında, Kıbrıs adasının kuzeyinde bulunan kuş sayısının azaldığına işaret etmektedir. İnsan faaliyetlerinin yoğunlaştığı bölgelerdeki kuşların rahatsız olduğu gözlemlenmektedir⁶¹.

Havardi olarak adlandırılan ve İskele bölgesinde bulunan dere üzerine belediyeye ait yazlık plaj tesisleri kurulmuştur. Bu yapılaşma faaliyeti neticesinde derenin doğal yolu değişmiş, doğal yapı ve bitki örtüsü zarar görmüştür. Bunun ardından derenin denize açılan deltasına gelen hayvan türlerinin buraya gelmemeye başladığı gözlemlenmiştir⁶². Özellikle belediyenin bu projesi sonucunda çevreye verilen zarar düşünüldüğünde, Çevre Yasası'nda öngö-

⁵⁶ Şerife GÜNDÜZ ve diğ., *Kuzey Kıbrıs'taki Sulak Alanları Tehdit Eden Çevresel Faktörler*, Su, Çevre ve Tarım Kongresi, AKM-Lefkoşa, KKTC (20-21 Şubat 2014), ss. 2.

⁵⁷ *Ibid.*, ss. 3-5.

⁵⁸ *Ibid.*, ss. 4.

⁵⁹ AKIŞ, ss. 15.

⁶⁰ *Ibid.*, ss. 5.

⁶¹ *Ibid.*, ss. 4.

⁶² *Ibid.*, ss. 5.

rülmüş olan önlemlerin ve özellikle çevresel etki değerlendirmesi işleminin Kıbrıs'ın kuzeyinde çevreye verilen zararı engelleyici bir etkide bulunmadığı anlaşılmaktadır.

İskele bölgesinde inşa edilen plaj tesislerinin yol açtığı çevresel tahribatın da işaret ettiği gibi, turizmin çevreye olumsuz etkileri söz konusu olabilmektedir. Turizmin yol açtığı olumsuz etkilerden bazıları doğal kaynaklarda meydana gelen nitelik kaybı, doğa, gürültü, hava gibi kirlilik çeşitlerinin baş göstermesi, içme suyu kıtlığı, aşırı kalabalıklaşma ve çöplerin ortaya çıkışındaki artıştır⁶³.

Turistik bölgelerde açılan gece kulüpleri, ses kirliliğine, reklam amaçlı kullanılan ilan panoları görüntü kirliliğine yol açmaktadır. Bu bölgelerdeki otel ve benzeri mekanların atıkları da kirliliği arttıran önemli bir etken olmaktadır. Bu gibi durumlar, özellikle katı atıkların yönetimi kötü olan gelişmekte olan ülkeler için büyük problemler teşkil etmektedir. Ayrıca turistik bölgelerdeki dağlar ve deniz kenarları düzenli bir kent planlaması yapılmadan yapılaşmaya maruz kalmakta, bu gibi faaliyetler genellikle bölgenin geleneksel yapısına uygunluğu göz ardı etmektedir⁶⁴. Girne kentinde karşı karşıya kalınan durum, sayılan olumsuz yönlere birer örnek teşkil etmektedir.

Girne'de yeşil alanlardaki bitki örtüsü, bölgedeki yapılaşma faaliyetleri nedeniyle zarar görmüş, turizmin gelişmesiyle birlikte gürültü, hava ve çevre kirliliği artmıştır. KKTC'nin geri kalan bölgeleri gibi, Girne'de de yeterli bir altyapı ve kanalizasyon sisteminin bulunmaması, atık suların denize boşalmasına neden olmakta, bu nedenle su kirliliği yaşanmakta, bunun yanında zaman zaman belirli bölgelerde kötü kokular nedeniyle rahatsızlık oluşmaktadır. Girne'deki en büyük sorunlardan biri, oteller, mağazalar, gece kulüpleri ve yazlık siteler nedeniyle kentin sahip olduğu doğal görüntünün bozulmuş olmasıdır. Birçok işletme, turistlerin dikkatini çekmek için ilan panoları kullanmakta, görüntü kirliliğine neden olmaktadır⁶⁵.

KKTC'de yaşanan ve güncel sayılabilecek bir diğer çevre felaketi de Kalecik bölgesinde yaşanmıştır. Çevre Yasası'nın güncellenerek kabul edilmesi, ne yazık ki Kalecik bölgesinde bulunan AKSA Elektrik Santrali'nin çalışmalarını sırasında yaşanan çevre felaketini engelleyememiştir.

⁶³ Buna ek olarak, kentin simgesi haline gelen kültürel veya tarihsel varlıklara zarar gelmesini ve karşılaşılan trafik problemlerini de turizme bağlayan yazarlar vardır. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Beser Oktay VEHBİ ve Naciye DORATLI, *Assessing the Impact of Tourism on the Physical Environment of a Small Coastal Town: Girne, Northern Cyprus*, European Planning Studies, C. XVIII, S.9 (2010), ss. 1486.

⁶⁴ Ibid., ss. 1486. Turizmin çevreye getirdiği olumlu özelliklerin de bulunduğunu savunanlar vardır. Örneğin doğal güzellikleriyle ünlü bir yeşil alanın yabancı turistlerin ülkeye gelmesini devam ettirmesi için, söz konusu bölgenin korunması motivasyonu oluşacaktır. Turizmin çevreye etkisinin olumlu veya olumsuz olduğuna ilişkin tartışma için bkz: Ibid., ss. 1486-1489.

⁶⁵ Ibid., ss. 1495-1496.

KKTC'de yaşanan elektrik enerji ihtiyacı artışının ardından 15 Ekim 2002 tarihinde Kıbrıs Türk Elektrik Kurumu ile AKSA firması arasında yapılan kira sözleşmesiyle elektrik enerjisi üretiminde AKSA'dan yardım alınması yoluna gidilmiştir. Ardından Kalecik'te bir santral kurulmuş ve AKSA elektrik enerjisi takviyesi yapmaya başlamıştır⁶⁶.

2013 yılının Temmuz ayında, Katipoğlu isimli 40 metrik tonluk yakıt tankeri, taşıdığı yakıtı aktarmak üzere AKSA şirketine ait enerji tesisinin bulunduğu Kalecik koyuna yanaşmıştır. İçinde bulunan yakıtı AKSA'ya ait santral depolarına aktarma işlemi başladıktan kısa bir süre sonra, dalgıç tarafından ilk boruda bağlantı sızıntısı olduğu saptanmıştır. Bunun ardından diğer hat üzerinden aktarma işlemine devam edilmiştir. 15 Temmuz 2013'te saat 23.43'e kadar devam eden aktarma işlemi sırasında, boru hatlarında kopma meydana gelmiş ve denize yakıt sızmıştır. Kaçak fark edildikten sonra acil durum işlemleri başlatılmış, vana kapatılarak aktarma işlemine son verilmiştir. Bu süreç içerisinde yaklaşık 100 ton fuel-oil denize akmış, önemli ölçüde çevre kirliliği yaşanmıştır. Yaklaşık bir kilometrelik bir alanda canlı yaşamı kalmamıştır, balıkçılık faaliyetleri ve turizm oldukça olumsuz etkilenmiştir. Çevre Koruma Dairesi AKSA'ya ve gemi şirketinin KKTC temsilcisine ayrı ayrı asgari ücretin 60 katı tutarında ceza verilebileceğini saptadıktan sonra, toplam 169 bin 800 TL ceza vermiştir. Ayrıca gerçekleştirilen bütün temizlik çalışmaları, Çevre Yasası'nda da kabul edilen kirleten öder ilkesi doğrultusunda AKSA tarafından ödenmiştir⁶⁷.

Kalecik'te yaşanan bu çevre felaketinin ardından, denizden toplanan fuel-oil atıkların hala muhafaza edildiği ve yok edilme çalışmalarının sürdüğü bilinmektedir. Söz konusu atıkların yok edilmesi için iki ihtimal üzerinde durulmaktadır. Bunlardan ilkinde göre yer altına sızdırmama özelliği bulunan beton depolar inşa edilip atıkların 25 yıl boyunca burada muhafaza edilmesi düşünülmektedir. İkinci ihtimal ise maliyetini AKSA'nın karşılayacağı özel yakma tesisinde bu atıkların yok edilmesidir. Bu ikinci yöntemin benimsenmesi halinde uygun koşulların sağlanmasına, havanın kirlenmeyeceği bir sistemin kurulacağına dikkat edileceği belirtilmiştir⁶⁸. Ancak fuel-oil atıkların imha edilmesi ile ilgili güncel bir bilgiye veya bu imha yöntemleri hakkında herhangi bir ayrıntıya ulaşılamamıştır.

⁶⁶ <http://www.kibtek.com/Santrallar/SantTarihce.htm> (ET: 20 Mart 2015).

⁶⁷ <http://www.yeniduzen.com/Haberler/haberler/bakan-harmanaci-basin-toplantisi-duzenledi/5863> (ET: 20 Mart 2015).

⁶⁸ <http://cevrevedogalkb.com/v1/index.php/dincyurekaksanin-baca-degerleri-bizim-yasalarimizin-ve-avrupa-birliginin-ongordugu-degerlerin-de-altinda-kib-tek-te-de-bizim-acimizdan-filtre-ta/> (ET: 20 Mart 2015). Zaten Çevre Yasası'nın 5. maddesiyle de benimsenen kirleten öder ilkesi doğrultusunda, ikinci ihtimalde öngörülen çözüm yolu gereğince alınacak önlemlerde gereken ödemeyi AKSA'nın gerçekleştirilmesi hukukun bir gereğidir. Ayrıca gerçekleştirilen temizlik faaliyetlerinin de AKSA tarafından karşılanması da yine 5. maddeye dayanmaktadır.

Çevre ve Doğal Kaynaklar Bakanı'nın yaptığı bir açıklama ise AKSA Elektrik Santrali'nin uygulamalarının günümüzde çevre açısından daha duyarlı olduğu yönündedir. Açıklamaya göre AKSA Elektrik Santrali'nde filtre sistemleri devreye girmiş ve baca gazı değerleri KKTC yasalarınca ve Avrupa Birliği'nce öngörülen değerlerin de altında seyretmeye başlamıştır. Buna göre, KKTC hukukunda ve Avrupa Birliği'nin düzenlemelerinde azot oksit değeri 450 birim iken, AKSA Elektrik Santrali'nin bazı bacalarında bu değer 400, bazı bacalarında ise 300 birimin altındadır. AKSA Elektrik Santrali yanında, Kıbrıs Türk Elektrik Kurumu'na ait Teknecik Santrali'nde de filtre takılması çalışmaları başlamış, buna ilişkin olarak Bakanlar Kurulu ve Kıbrıs Türk Elektrik Kurumu yönetimi ile anlaşmaya varılmıştır. Yapılan açıklamada, Teknecik Santrali'nin planladığı kapasite artırımının Çevre Yasası'nda bulunan ÇED raporunun alınmasının ardından mümkün olabileceği belirtildi. Aynı durumun AKSA Elektrik Santrali için de geçerli olduğu bildirildi⁶⁹.

BM Genel Kurulu'nda 12 Aralık 1972 tarihinde kurulması onaylanan BM Çevre Programı, çalışmalarını 5 ana konu altında toplamıştır. İlk olarak yerleşim ve sağlık, ikinci olarak da okyanuslar bu konular arasındadır. İlgili konulardan diğerlerinden biri, çevre ve kalkınma, dördüncüsü ise sanayidir. Son olarak da doğal afetler ve ekosistemin çalışma konularından olduğu belirtilmektedir⁷⁰. BM Çevre Programı'nın çalışmaları incelendiğinde, KKTC'nin bu konularda sıkıntı yaşadığı ortadadır. KKTC yönetimi doğal afetlere hazırlıksız olduğu için çıkan yangında önemli ölçüde yeşil alan tahrip olmuştur. AKSA felaketi nedeniyle denize verilen zarar da ortadadır. Yerleşim ve sanayinin gelişmesi konusundaki plansızlık, doğayı her geçen gün biraz daha tahrip etmektedir. Sulak alanların korunmaması da ekosisteme zarar vermiştir. Bunların göz önünde bulundurulması kentleşme ve kalkınma faaliyetlerinin planlanması, çevrenin korunması açısından önem taşımaktadır.

B. Karpaz Bölgesi'nde Doğaya Verilen Zararlar

El değmemiş doğal bölgeler, özellikle buralara özgü hayvan çeşitleri ve bitki örtüsü nedeniyle turistlerin görmek istediği yerler olmaktadır⁷¹. KKTC'de belirtilen tüm bu özellikleri barındıran alan, Karpaz olarak adlandırılan, birçok hayvan türüne ve bitkiye ev sahipliği yapan bölgedir. Karpaz'da bulunan en önemli hayvan türleri karpaz eşekleri ve Caretta Caretta türü kaplumbağalardır. Karpaz eşekleri Karpaz Milli Parkı olarak anılan bölgede özgürce dolaşmaktadır ve hem bölgenin, hem de Kıbrıs'ın özellikle kuzeyinin

⁶⁹ <http://cevrevedogalkb.com/v1/index.php/dincyurekaksanin-baca-degerleri-bizim-yasalarimizin-ve-avrupa-birliginin-ongordugu-degerlerin-de-altinda-kib-tek-te-de-bizim-acimizdan-filtre-ta/> (ET: 20 Mart 2015).

⁷⁰ TUNA, ss. 260.

⁷¹ VEHBİ ve DORATLI, ss. 1486.

simgesi haline gelmiştir. Caretta Caretta türü kaplumbağalar ise adada bulunan diğer bazı sahiller yanında, Karpaz'da bulunan Altınkum isimli sahile de yumurtlama dönemlerinde gelmektedir. Kıbrıs'ın sembolü haline gelen bu hayvanlar, bölgeye turistlerin gelmesine de yol açmaktadır.

Hazırlanmakta olan ülkesel fizik planı taslağının özetine göre, korunacak olan hassas bölgelerden biri de Karpaz'dır. 55/89 İmar Yasası'nın 5. maddesi gereğince hazırlanan ülkesel fizik planı taslağı, Karpaz'da yenilenebilir enerji kullanımının teşvik edilmesi gerekliliği üzerinde durmakta, bu bölgede yeni taş ocaklarının açılmasına izin verilmemesini sağlamayı hedeflemektedir. Bu taslağın özet raporuna göre, mevcut taş ocaklarının faaliyetleri yüksek teknoloji kullanılarak düzenlenecek ve çevreye olan olumsuz etkileri engellenecektir. Özete göre, Karpaz Bölgesi içinde kalan Avtepe isimli köyde bulunan meşoş lalelerinin bulunduğu alan özel koruma bölgesi olarak ilan edilecektir⁷².

Şehir Plancıları Odası, Dipkarpaz bölgesinde yer alan Altın Kumsal olarak anılan sahil üzerindeki yapılaşmaya dikkat çekmektedir. Uzun ve temiz bir sahil olan bu alana, turistlere kiralamak amacına yönelik, hiçbir gerekli izin alınmadan, kaçak yapılar yapılmaktadır. Şehir Plancıları Odası'na göre yetkili makamlar bu bölgedeki kaçak yapılaşma için kaçak inşaat ihbarı yapmaktan kaçınılmaktadırlar. Bu alanın, ülkesel fizik planı taslağında hassas bölge diye nitelendirilip, özel olarak korunması gereken alan olarak ilan edildiği hatırlatılmakta, söz konusu planın şimdiden sadece bir rehber olarak kaldığı eleştirisi yapılmaktadır⁷³.

Karpaz sahillerindeki yapılaşma dışında, doğal güzellikleri ve el değmemiş doğasıyla ünlü bu alana, elektrik götürülmek istenmiş, bu ise Yüksek İdare Mahkemesi (YİM)'nin⁷⁴ önüne bir dava olarak gelmiştir. Kıbrıs Türk Elektrik Kurumu, 27 Şubat 2007 tarihinde Dipkarpaz Köyü'nden Zafer Burnu'na kadar olan ve Bakanlar Kurulu kararıyla milli park ilan edilip koruma altına alınan bölgeye direkler dikerek, bu direkler aracılığıyla enerji iletim hattı çekilerek bölgeye elektrik götürülmesine, bunun için de bir ihaleye çıkılmasına karar vermiştir. Söz konusu elektriğin bölgeye sağlanması sonucunda bu alanda bulunan küçük otellere, pansiyonlara, Apostolos Andreas Manastırı'na, gümrük gözetleme binasına ve polis lojmanına elektrik verilmesi sağlanacaktır⁷⁵.

"Yeşil Barış Hareketi Derneği ve diğerleri ile KKTC Bakanlar Kurulu ve diğerleri arasında" olarak anılan bu davayı KKTC'nin değişik bölgelerinde oturan 6 vatandaş ile Yeşil Barış Hareketi Derneği, Kıbrıs Erozyonla Mücadele

⁷² KKTC Ülkesel Fizik Plan Özet Rapor, ss. 13-16 ve 34.

⁷³ <http://www.ktcmo.org/content.aspx?ID=3425142521> (ET: 24 Mart 2015).

⁷⁴ KKTC Anayasası'nın 142. maddesine göre YİM, Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan ve Yargıtay olarak görev yapan KKTC Yüksek Mahkemesi'nin yerine getirdiği görevlerden birisidir.

⁷⁵ YİM'in 29 Aralık 2010 tarihli, 117/2007 kararı, ss. 3. kararının tam metni için bknz: <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=yim&yile=2010> (ET: 13 Mart 2015).

ve Ağaçlandırma Vakfı, Kıbrıs Türk Biyologlar Doğayı Araştırma ve Koruma Derneği KKTC Anayasası'nın 152. maddesi⁷⁶ doğrultusunda YİM'de açmıştır.

Davacılara göre bölgeye direkler üzerinde çekilecek hat nedeniyle yangın çıkma tehlikesi vardır. Böyle bir durumda ise bitki örtüsünün ve hayvanların zarar göreceği açıktır. Yangın tehlikesi dışında, elektrik direklerinde bulunan zehirli kimyasallar da bitki örtüsüne ve hayvanlara zarar verebilecektir. Karpaz'da bulunan kumsalların ışıklandırılması yumurtalarından çıkan ve denize doğru giden deniz kaplumbağalarının yönlerini şaşırmasına, denize ulaşmadan telef olmalarına yol açacaktır. Kıbrıs eşeklerinin elektrik direklerine çarparak zarar görmeleri tehlikesi de bulunmaktadır. Ayrıca davacılara göre elektriğin ardından, bölgede yerleşim alanları kurulacak, bu durumda da milli park niteliği kaybedilecek, burada bulunan tarihi eser ve kalıntılar zarar görecektir⁷⁷. Davacılar söz konusu bölgeye elektrik götürülmesine ilişkin olarak alınan ihaleye çıkma kararının, bu ihaleyi sonuçlandıran kararın, bu kararlarla ilgili tüm işlemlerin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair mahkeme kararı talep etmektedir⁷⁸.

Davaya konu olan ve milli park sayılan bölgeye elektrik götürülebilmesi için gereken alt yapı faaliyetlerinin yapılabilmesi, planlama makamı ve Taşınmaz Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu (TEEAYK)'nın olumlu görüş vermesine bağlıdır⁷⁹. TEEAYK, konu ile ilgili görüşünde bu alanın imara kapalı olduğunu belirtmiş, bu alanın çevre ve tarih açısından özellikler taşıyan, önemli bir yer olduğuna değinmiştir. Bu bölgenin doğal ve arkeolojik sit alanı olarak ilan edilmesini sağlayan özelliklerinden bazıları, toprak altında 15 yerleşim yerinin bulunması, bakir bir alan olması, başka ülkelerde ender rastlanan ardıç koruluklarına rastlanması, göçmen kuşların uğrak yeri olması, nesilleri tükenmek üzere olan *Caretta Caretta* ve *Chelonia Myda* türü kaplumbağaların yumurtlama yerlerinin burada bulunması, nesli tükenmek üzere olan Akdeniz fokunun burada görülmesi ve diğer bazı yabani kuş ve hayvan türlerinin burada yaşamasıdır⁸⁰.

⁷⁶ KKTC Anayasası'nın Yüksek İdare Mahkemesinin Yetkileri başlığını taşıyan 152. maddesinin 1. ve 2. fıkraları şu şekildedir: "(1) Yüksek İdare Mahkemesi, yürütsel veya yönetsel bir yetki kullanan herhangi bir organ, makam veya kişinin bir kararının, işleminin veya ihmalinin, bu Anayasanın veya herhangi bir yasanın veya bunlara uygun olarak çıkarılan mevzuatın kurallarına aykırı olduğu veya bunların söz konusu organ veya makam veya kişiye verilen yetkiyi aşmak veya kötüye kullanmak suretiyle yapıldığı şikayeti ile kendisine yapılan başvuru hakkında, kesin karar vermek münhasır yargı yetkisine sahiptir.

(2) Böyle bir başvuru, sahip olduğu meşru bir menfaati, bu gibi karar veya işlem veya ihmal yüzünden olumsuz yönde ve doğrudan doğruya etkilenen kişi tarafından yapılabilir."

⁷⁷ YİM 117/2007 sayılı kararı ss. 16.

⁷⁸ Ibid., ss. 3-4.

⁷⁹ ERHÜRMAN, ss. 469.

⁸⁰ YİM 117/2007 sayılı kararı, ss. 3.

Yukarıda sayılan özelliklere sahip bir alan olması nedeniyle, TEEAYK bu bölgeye böyle bir elektrik altyapısının getirilmesinin zararlar doğuracağına karar vermiş ve bu girişimi uygun bulmamıştır. TEEAYK, buradaki tesislerin elektrik ihtiyaçlarının güneş enerjisi gibi çevreye zarar vermeyecek olan alternatif enerji yöntemleri ile karşılanmasının uygun olduğuna karar vermiştir⁸¹.

YİM, kararında TEEAYK'nın konuyla ilgili kararı nedeniyle yapılan elektrik götürme işleminin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Ancak, mahkeme davacıların güncel menfaatlerinin ihlal edilmediğine, menfaatlerinin ihlalini kanıtlamak amacıyla ileri sürülen gerekçelerin ciddi ve makul ilgiyi kanıtlayamadığına karar vererek davaya bakmayı reddetmiştir⁸². Oysa KKTC Anayasası'nın yukarıda belirtilen 40. maddesi, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevrenin kirlenmesini önlemek gibi görevleri devlete, gerçek ve tüzel kişilere yüklemektedir. Anayasa'nın 40. maddesi çevre hakkının herkese ait bir hak olduğunu kabul etmektedir. Erhürman, KKTC'de yaşayan herkesin açacağı çevre davalarında kişisel menfaatin var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu noktada Erhürman'a göre sadece vatandaşlar tarafından değil, yabancılar tarafından açılacak çevre davalarında da, Anayasa'nın ilgili hükmünde çevre hakkının herkese tanınmış olması göz ardı edilmemeli ve bu davalarda da menfaat şartının varlığı kabul edilmelidir⁸³.

İlgili kararında YİM, belirtildiği gibi menfaatin varlığını kabul ederken, menfaatin güncel olmaması nedeniyle davayı reddetmiştir. YİM'e göre bir idari işleme karşı iptal davası açabilmek için, menfaatin kişisel olması gerekmektedir. Menfaatin kişisel olması, söz konusu idari işlemin dolaylı veya dolaysız olarak davacıya etki etmesi, onun bir menfaatini ihlal etmiş olması demektir. Kısacası iptal davasının açılabilmesi için, işlemin doğrudan doğruya davacı hakkında yapılmış olması gerekmekte, yapılan işlemin davacının menfaatini dolaylı olarak olumsuz yönde etkilemesi de yeterli olmaktadır. YİM'e göre menfaatin bulunmasına karar verilebilmesi için zarar gördüğü iddia edilen menfaatin güncel bir menfaat olması gerekmektedir. İleride meydana gelebilecek olan bir menfaat ihlali, iptal davası açma hakkını vermemektedir⁸⁴. Bu nedenle YİM, söz konusu ihale kararının hukuka aykırı olduğunu

⁸¹ ERHÜRMAN, ss. 477.

⁸² Ibid., ss. 481. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "*Davacıların bölgeye elektrik akımı götürülmesi halinde bölgenin yerleşime açılacağı, yapılaşma nedeni ile milli park niteliğini yitireceği, eski eserlerin zarar göreceği iddiaları varsayıma dayanan ileriki tarihlerdeki olasılıklarla ilgili olup bunlardan dolayı davacıların güncel bir menfaatlerinin olumsuz etkilenmesi söz konusu değildir. Kaldı ki, bu endişelere sebebiyet veren olasılıkların meydana gelmesini engelleyen yasal mevzuat vardır ve bu olasılıkların önlenmesi için yasal yollar mevcuttur.*" YİM 117/2007 sayılı kararı, ss. 17.

⁸³ Tufan ERHÜRMAN, *KKTC Çevre Davaları ve Adil Yargılanma Hakkı*, Baro, Yıl:11, S.22 (Haziran 2011), ss. 6-7.

⁸⁴ YİM 117/2007 sayılı kararı, ss. 10-11.

kabul etmesine rağmen⁸⁵, olumsuz yönde etkilenen güncel bir menfaatin olduğuna ikna olmadığını belirterek, davayı reddetmiştir⁸⁶.

Erhürman, Anayasa'nın 40. maddesi karşısında dava açan gerçek ve tüzel kişilerin menfaatlerinin, çevreye zarar vereceğine yetkili kurulca karar verilmiş bir idari işlemin tarafından ciddi bir şekilde ihlal edilmeyeceğine ilişkin kararı yanlış bulmaktadır. Ayrıca o tarihte yürürlükte bulunduğu şekilde Çevre Yasası'nın 32. maddesinin de çevreyi kirleten işlemlere karşı dava açma hakkının bu kişilere verdiği belirtilmekte, karar bu yönüyle de eleştirilmektedir.

Erhürman, YİM'in bu kararında, çevre hukukunun önemli ilkelerinden olan önleyicilik ve ihtiyat ilkelerinin dikkate alınmadığını ve söz konusu karar nedeniyle gerçek ve tüzel kişilerin çevre kirlenmeden önce harekete geçmesinin olanaksızlaştırıldığını belirtmiştir⁸⁷. Oysa çevre hukuku açısından önem taşıyan önleyicilik ilkesi doğrultusunda, çevreye zarar vereceği düşünülen idari işlemlere karşı davaların zararın doğmasından önce açılabilmesine imkan tanımak gerekmektedir. Çevre davalarının açılabilmesi için zararın doğmasını beklemek, çevre davalarının amacına aykırı bir durum oluşturmaktadır. Çünkü çevrenin kirlenmesi çoğu zaman geri döndürülmesi imkansız zararlar doğurmaktadır. Bu zararlar verildikten sonra da buna neden olan işlemi iptal etmek faydasız olacaktır⁸⁸.

Karpaz bölgesi, ekonomik olarak gelişmiş bir bölge değildir. Buraya götürülen elektrikle bölgenin kalkındırılmasının, turizme yönelik yatırımların artırılmasının amaçlanmış olduğu düşünülebilir. Ancak bunun yetkili makamın yapılmasını uygun bulmadığı bir yöntemle ve çevreye gelebilecek zarar ihtimallerini göz ardı ederek yapılması hukuka aykırı olduğu kadar, vicdanları da rahatsız eden bir durumdur.

Gerçek ve kuşatıcı bir çevre koruma anlayışı, doğal ve kültürel zenginliklerin korunmasını gerektirmektedir⁸⁹. Karpaz bölgesinin kalkınması ve bu bölgedeki halkın ekonomik refahı, Çevre Yasasında da tanımlanan sürdürülebilir kalkınma ilkesine göre sağlanmalı, burada bulunan doğal ve kültürel zenginlikler korunmalıdır. Burada yok olma riski ile karşılaşan canlı türleri, insanlığın korunması gereken ve gelecek kuşaklara bırakacağı ortak mirasıdır.

⁸⁵ Ibid., ss. 21.

⁸⁶ Ibid., ss. 18.

⁸⁷ ERHÜRMAN, *Çevre Davalarında 'Menfaat İhlali': Danıştay ve KKTC Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, ss. 477-482.

⁸⁸ ERHÜRMAN, *KKTC Çevre Davaları ve Adil Yargılanma Hakkı*, ss. 7-8.

⁸⁹ GEMALMAZ, ss. 236.

SONUÇ

Çalışmada Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ndeki çevre ile ilgili yasal mevzuattaki güncel gelişmeler özetlenmeye çalışılmış, buradaki kentleşme, sanayileşme, elektrik üretimi gibi faaliyetlerin çevre üzerindeki etkisinin incelenmesi amaçlanmıştır.

Belirtildiği gibi, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yönetimi doğal afetlere hazırlıksız olduğu için, Yeşilirmak bölgesinde çıkan yangın sonucu önemli ölçüde yeşil alan kaybedilmiştir. Bunun yanında, AKSA felaketi nedeniyle denize ve buradaki canlılara verilen zararın büyüklüğü de ortadadır.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ndeki kentleşme ve sanayinin gelişmesi konusundaki plansızlık, doğayı her geçen gün biraz daha tahrip etmektedir. Sulak alanların korunamaması, üzerlerine yapılan inşaatlar, buralardaki ekosisteme zarar vermiştir. Özellikle Birleşmiş Milletler Çevre Programı'nın çalışmaları incelendiğinde, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin bu konularda sıkıntı yaşadığı ortadadır.

Karpaz bölgesinde sahillere kurulan kaçak turistik tesislerin denetimsizliği de kamu vicdanını rahatsız etmektedir. Buraya götürülen elektrik nedeniyle buradaki doğal dengenin ve nesli tükenmekte olan hayvanların zarar görmesi an meselesidir. Çevreye verilen zararın sadece bu çevreyle sınırlı kalmadığı unutulmamalıdır. Çevresel sorunlar sadece söz konusu sorunların karşılaştığı alanlarda etki doğurmamakta, sınır aşan nitelik göstermektedir. Bu nedenle atılacak adımların göz önünde bulundurularak atılması gerekmektedir.

Tanınmamış bir devlet olan ve uluslararası antlaşmalarla bağlanıp, kendisini bu antlaşmaların denetimi altına sokmak olanağı bulunmayan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, bu konuda yasal değişiklikler yaparak modern çevre hukuku düzenine yaklaşmak istemiştir. Bu her ne kadar iyi niyetli bir davranış olsa da, görüldüğü gibi yaşanan felaketlerin önüne geçilmesine etki etmemiştir. Bu çerçevede, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde modern devletlerin iç hukuklarındaki çevre koruma mekanizmalarının daha yakından takip edilmesi gerekmektedir. Ayrıca devletin ve diğer aktörlerin uluslararası hukuk metinleriyle bağlı olmamalarına rağmen faaliyetlerini bu metinlerle bağlı aktörler gibi düzenlemelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Abdullah UZ, *Türkiye'de Çevre Hakkının Mülkiyet Hakkı ve Özel Teşebbüs Hürriyeti Üzerindeki Etkileri*, Amme İdaresi Dergisi, C. XLI, S.3 (Eylül 2008), ss. 99-124.
- Ahmet M. GÜNEŞ, *Çevre Hukuku Açısından Stratejik Çevresel Değerlendirme*, TBB Dergisi, S.91 (2010), ss. 33-66.
- Altay FIRAT ve Aşkın KİRAZ, *Kuzey Kıbrıs'ta Çevre Olgusunun Hukuksal Mevzuattaki Yeri ve Değişim Süreci*, Akademik Platform, ss. 1031-1041.
- Beser Oktay VEHBİ ve Naciye DORATLI, *Assessing the Impact of Tourism on the Physical Environment of a Small Coastal Town: Girne, Northern Cyprus*, European Planning Studies, C. XVIII, S.9 (2010), ss. 1486-1505.
- Cormac CULLINAN, *Vahşi Hukuk*, çev.: Meral GÜNEŞDOĞMUŞ, 1. B., İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2014.
- Durmuş TEZCAN ve diğ., *İnsan Hakları El Kitabı*, 4. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Erol ÇİÇEK, *İnsan Hakkı Olarak Çevre ve Çevre Hukukuna Hakim Olan Bazı İlkeler*, TBB Dergisi, S.103(2012), ss. 351-378.
- Ezgi ÇERÇİ, *Çevre Hukukunun Temel İlkeleri*, Anahtar, Haziran 2011, ss. 20-23.
- Gülgün TUNA, *Uluslararası Örgütler ve Çevre*, Doğu Batı, Yıl: 6, S.24 (Ağustos, Eylül, Ekim 2003), ss. 257-272.
- Malcolm N. SHAW, *International Law*, 6. B., Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Mehmet Semih GEMALMAZ, *Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi*, İÜHFİM, C. LII, S.1-4 (1986-1987), ss. 233-278.
- Necmettin ÖZERKMEN, *İnsan Merkezli Çevre Anlayışından Doğa Merkezli Çevre Anlayışına*, AÜ Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, C. XLII, S.1-2 (2002), ss. 167-185.
- Nükhet TURGUT, *Kirleten Öder İlkesi ve Çevre Hukuku*, AUHFD, C. XLIV, S.1-4(1995), ss. 607-654.
- Sevgin AŞKIN, *Kuzey Kıbrıs'ta Çevre Bilinci*, Doğu Üniversitesi Dergisi, C. I, S.1 (2000), ss. 7-17.
- Şule Şahin CEYLAN, *Gelecek Nesillerin Haklarına Gewirth Formülü: Bireyden Toplumaya Doğru*, İÜHFİM, C. LXXII, S.1 (2014), ss. 293-310.
- Tufan ERHÜRMAN, *Çevre Davalarında 'Menfaat İhlali': Damıtay ve KKTC Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, AÜHFD, C. LX, S.3 (2011), ss. 447-484.
- Tufan ERHÜRMAN, *KKTC Çevre Davaları ve Adil Yargılanma Hakkı*, Baro, Yıl: 11, S.22 (Haziran 2011), ss. 6-8.

John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN, *Birey Kavramının Gelişimi ve İnsan Hakları*, İÜHFİM, C. LXXII, S.1 (2014), ss. 201-217.

Tebliğ ve Raporlar

Gökmen DAĞLI ve diğ., *Kuzey Kıbrıs Florasını Tehdit Eden Çevresel Faktörler*, Su, Çevre ve Tarım Kongresi, AKM-Lefkoşa, KKTC (20-21 Şubat 2014).

Şerife GÜNDÜZ ve diğ., *Kuzey Kıbrıs'taki Sulak Alanları Tehdit Eden Çevresel Faktörler*, Su, Çevre ve Tarım Kongresi, AKM-Lefkoşa, KKTC (20-21 Şubat 2014).

Şehir Planlama Dairesi- İçişleri Bakanlığı, KKTC Ülkesel Fizik Plan Özet Rapor, Lefkoşa, KKTC, 2014.

Online Kaynaklar

<http://cevrevedogalkb.com/v1/index.php/dincyurekaksanin-baca-degerleri-bizim-yasalarimizin-ve-avrupa-birliginin-ongordugu-degerlerin-de-altinda-kib-tek-te-de-bizim-acimizdan-filtre-ta/> (ET: 20 Mart 2015).

http://www.kibris.net/kktc/kurumlar/lefkectd/rio_deklarasyonu.htm (ET: 15 Kasım 2015).

<http://www.kibrisgazetesi.com/?p=628427> (ET: 24 Mart 2015).

<http://www.kibrisgenctv.com/k%C4%B1br%C4%B1s/halkin-da-katildigi-ilk-cevresel-etki-degerlendirme-ced-toplantisini-bugun-lapta-da-yapildi.html> (ET: 19 Mart 2015).

<http://www.kibrispostasi.com/index.php/cat/35/news/137084> (ET: 30 Nisan 2015).

<http://www.kibtek.com/Santrallar/SantTarihce.htm> (ET: 20 Mart 2015).

<http://www.kibristime.com/kibris/tarihi-surlara-beyaz-duvar-h34751.html> (ET: 19 Mart 2015).

<http://www.ktcmo.org/content.aspx?ID=3425142521> (ET: 24 Mart 2015).

<http://www.starkibris.net/index.asp?haberID=149809> (ET: 17 Mart 2015).

<http://www.tufanerhurman.com/anayasa-degisikligi-ve-gecici-10uncu-madde/> (ET: 30 Nisan 2015).

<http://www.tufanerhurman.com/anayasa-degisiklik-onerisi-madde-gerekcileri/> (ET: 10 Mart 2015).

http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1780.htm (ET: 6 Aralık 2015).

https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/Espoo_Convention_authentic_ENG.pdf (ET: 6 Aralık 2015).

<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> (ET: 15 Kasım 2015).

<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503> (ET: 6 Aralık 2015).

<http://www.yeniduzen.com/Haberler/haberler/bakan-harmanci-basin-toplantisi-duzenledi/5863> (ET: 20 Mart 2015).

<http://www.yeniduzen.com/Haberler/haberler/cevreye-anayasal-koruma/39151> (ET: 10 Mart 2015).

Yasa, Anayasa ve Mahkeme Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12 Kasım 2008 tarihli kararının tam metni için bknz: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89558#{"itemid":\["001-89558"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89558#{) (ET: 15 Kasım 2015).

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası, <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa.aspx> (ET: 9 Mart 2015).

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Çevre Yasası, <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> (ET: 9 Mart 2015).

Uluslararası Adalet Divanı, 8 Temmuz 1996 tarihli kararının tam metni için bknz: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> (ET 15 Kasım 2015).

Uluslararası Adalet Divanı, 25 Eylül 1997 tarihli kararının tam metni için bknz: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (ET: 15 Kasım 2015).

KKTC Yüksek İdare Mahkemesi, 29 Aralık 2010 tarihli, 117/2007 sayılı kararının tam metni için bknz: <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=yim&yile=2010> (ET: 13 Mart 2015).

Implementation of the “Responsibility to Protect” Doctrine in Libyan and Syrian Civil Wars

Suriye ve Libya İç Savaşlarında “Koruma Yükümlülüğü” Doktrininin Uygulanması

Arş. Gör. Zehra Funda SAVAŞ*

Abstract

The objective of this paper is to analyze the implementation of the doctrine of Responsibility to Protect in Libyan and Syrian civil wars and test to what extent this international norm is binding for the practices of states. In this context, firstly features of the Responsibility to Protect as an international norm will be explained. This norm aims to protect “human security” in the changing international arena and it assumes that when the state is unable or reluctant to protect its people, the responsibility belongs to the international community. Regarding Libyan civil war in 2011, the United Nations Security Council Resolution 1973 addressed to Responsibility to Protect doctrine and authorized member states to “take all necessary measures” to protect civilians from attacks of the Qaddafi’s government. However, same United Nations Security Council could not take any concrete step to intervene into Syria in where hundreds of thousands of people have been massacred since 2011. In this sense, this paper demonstrates that Responsibility to Protect doctrine cannot be implemented automatically when United Nations Security Council members do not give their consent which means that international norms do not have independent agency apart from states that constitute them.

Keywords

Humanitarian Intervention, Responsibility to Protect, United Nations Security Council, Libyan Civil War, Syrian Civil War.

Özet

Bu çalışmanın amacı, Suriye ve Libya iç savaşlarında Koruma Yükümlülüğü doktrininin uygulanmasını ve bu uluslararası normun devletlerin eylemleri açısından ne kadar bağlayıcılığı olduğunu analiz etmektir. Bu bağlamda öncelikle bir uluslararası norm olarak Koruma Yükümlülüğü’nün özellikleri açıklanacaktır. Bu normun başlıca amacı değişen uluslararası

* Zehra Funda Savaş is Research Assistant of Political Science and International Relations at Izmir University of Economics and she is PhD Candidate at International Relations, Middle East Technical University. Correspondence email address: funda.savas@ieu.edu.tr /zehrafundasavas@gmail.com

ortamda "insan güvenliğini" korumaktır, buna göre devletler kendi halkını koruyamadıklarında veya buna isteksiz olduklarında, bu görev uluslararası topluma aittir. 2011 Libya iç savaşında, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1973 sayılı kararı Koruma Yükümlülüğü'ne atıfta bulunmuş ve üye devletlere sivil halkı Kaddafi hükümetinden korumak amacıyla gerekli tüm önlemleri almak için yetki vermiştir. Ancak, aynı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 2011 yılından beri yüzbinlerce insanın katledildiği Suriye'ye dair somut ve kararlı bir adım atamamıştır. Bu bağlamda, bu çalışma Koruma Yükümlülüğü doktrininin, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi üyelerinin rızaları olmadan otomatik olarak uygulanamayacağını ve sonuç olarak uluslararası normların onları oluşturan devletlerden bağımsız bir varlıklarının olmadığını göstermektedir.

Anahtar Kelimeler

İnsani Müdahale, Koruma Yükümlülüğü, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Libya İç Savaşı, Suriye İç Savaşı

I. NEWLY EMERGING INTERNATIONAL NORM: RESPONSIBILITY TO PROTECT

The doctrine of Responsibility to Protect (R2P) was firstly introduced in the report of International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) in 2001.¹ This norm seeks to protect "human security" in the world of sovereign states and it assumes that when the state is unable or reluctant to protect its people, the responsibility belongs to the international community.² In this sense, the ICISS has an endeavor to balance between system of equally sovereign states and human rights derived from common humanity transcending state borders. It can be said that ICISS's efforts to protect human security regardless of state borders build on earlier developments in international humanitarian law based on the Universal Declaration of Human Rights (1948); the four 1949 Geneva Conventions and the International Covenant on Civil and Political Rights (1966).³ In parallel with this mentality of international humanitarian law, the Commission recognizes that protection of human rights and fundamental freedoms requires "the responsibility to protect" people even from their own country's persecution.⁴

Kosovo crisis and the Secretary General Kofi Annan's call for reconciling the disagreement between sovereignty and fundamental

¹ "The Responsibility to Protect", *Report of the International Commission on the Intervention and State Sovereignty*, Ottawa, International Development Research Center, 2001, p. XI, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, (Accessed 6 December 2015).

² "The Responsibility to Protect", p. XI.

³ "The Responsibility to Protect", p.XI. The devastating consequences of World War II led the international community to establish UN which commits "promoting and encouraging respect for human rights" and to adopt subsequent declarations and covenants for protecting human rights even in wartimes regardless of race, sex, language or religion. In this sense, over the last sixty years, the international humanitarian law has tried to change balance between state sovereignty and human rights for the benefit of the latter.

⁴ "The Responsibility to Protect", p.15.

human rights accelerated the ICIS's decision to reconceptualize humanitarian intervention with its report in 2001.⁵ As a new way of practice humanitarian intervention, the principle of "Responsibility to Protect" was unanimously accepted by United Nations (UN) member states at the 2005 World Summit.⁶ The United Nations Security Council (UNSC) reaffirmed 2005 World Summit Outcome shortly after this summit.⁷ However, it is significant to indicate that the R2P principle that was accepted by the 2005 World Summit has many different features from the doctrine of ICISS.⁸ In conceptual terms, the R2P attempts to reconcile two conflicting principles governing international relations which are sovereignty of equal states on the one hand and human security in solidarist international community on the other hand.⁹ This norm acknowledges that states have a responsibility to protect their citizens from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. If states fail to fulfill their duty to protect their population; then international society under the umbrella of the UN will undertake this role through 'timely and decisive' action.¹⁰

With its new approach, the report represents the change from "sovereignty as control" to "sovereignty as responsibility".¹¹ "Sovereignty as control" refers to order within which states have been responsible for internal order and their domestic policies within area of their jurisdiction since the beginning of the Westphalian system of sovereign states. Even though this understanding of sovereignty has evolved as the democratic values and institutions have gradually developed, the ICISS report has been turning point for shifting to "sovereignty as control" to "sovereignty as responsibility". For principle of sovereignty as responsibility; "humanity is the *raison detre* of any legal system", and it acknowledges that Westphalia order has not fulfilled to protect basic human rights and global order

⁵ Kofi ANNAN, *The Annual Report of the Secretary General to the General Assembly*, UN Press Release, 20 September 1999, <http://www.un.org/press/en/1999/19990920.sgsm7136.html>, (Accessed 6 December 2015).

⁶ *2005 World Summit Outcome*, UN Fact Sheet, 14-16 September 2005, <http://www.ipu.org/splz-el/unga05/outcome.pdf>, (Accessed 6 December 2015).

⁷ S.C.Res.1674, U.N.Doc. S/Res/1674, 28 April 2006, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/331/99/PDF/N0633199.pdf?OpenElement> (Accessed 23 May 2012)

⁸ Alex J. BELLAMY, "*The Responsibility to Protect and the problem of military intervention*", *International Affairs*, Vol.84, No 4, 2008, p.622.

⁹ Richard H. COOPER and Juliette Voinov KOHLER, "*Responsibility to Protect, The Global Moral Compact for the 21st Century*", New York, Palgrave Mcmillan, 2009, p.3.

¹⁰ G.A. Res. A/RES/60/1, 24 October 2005, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021752.pdf> (Accessed 25 June 2012), p.31.

¹¹ Dorota GIERYCZ, "*From Humanitarian Intervention to Responsibility to Protect*", *Criminal Justice Ethics*, Vol.29, No 2, 2010, p.113.

should be arranged so as to increase security for individuals not for states.¹² In accordance with this understanding, new approach of R2P changes the terminology from "right to intervene" to "responsibility to protect" since the object of focus is those needing support instead of those undertaking intervention.¹³ In this regard, the main focus is security of human beings regardless of their country of origin and main duty for states should behave like guardians of human rights. Its ethical correspondence refers that humanitarian intervention is not only morally permissible- a right-, but it is also responsibility that should be undertaken by international community- a duty-.¹⁴

The new declaration of this doctrine, in principle, refers to justification of several forms of intervention for the sake of protecting civilians within the borders of sovereign states.¹⁵ Since 1999 with the UN mission in Sierra Leone, the Security Council started to refer to Chapter VII of the UN Charter to protect civilians through using "all necessary means". Peace operations in Haiti, Burundi, Liberia, Sudan, the Democratic Republic of Congo and Côte d'Ivoire have been authorized under Chapter VII to protect civilians; however, none of these interventions were realized without consent of the government of the states at stake.¹⁶ R2P incorporates three particular responsibilities which are the responsibility to prevent, the responsibility to react and the responsibility to rebuild.¹⁷ The responsibility to prevent is supposed to attempt to remove the root causes and direct causes of internal conflict. The responsibility to react refers to responding to situation of human misery in any part of the world with appropriate means such as coercive sanctions, international prosecution, and as the last step, military intervention. The responsibility to rebuild includes recovery, reconstruction and reconciliation after the military intervention.¹⁸

¹² Francis M. DENG, Sadikiel KIMARO, Terrence LYONS, Donald ROTCHILD and I. William ZARTMAN, "Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa", Washington, The Brookings Institution, 1996, p.4.

¹³ "The Responsibility to Protect" p. 17.

¹⁴ James PATTISON, "Whose Responsibility to Protect? The Duties of Humanitarian Intervention", Military Ethics, Vol.7, No 4, 2008, p. 263.

¹⁵ Michael NEWMAN, "Revisiting the Responsibility to Protect", Political Quarterly, Vol.80, no 1, 2009, p. 92.

¹⁶ Chapter VII of the UN Charter is related with UN action regarding the threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression. Alex J. BELLAMY and Paul D. WILLIAMS, "New politics for Protection, Cote d'Ivoire, Libya and the Responsibility to Protect", International Affairs, Vol 87, no 4, 2011, p. 828.

¹⁷ "Responsibility to Protect", p. XI.

¹⁸ "Responsibility to Protect", p.XI.

According to R2P norm, for passing the threshold of military intervention, there must be large scale loss of life or large scale 'ethnic cleansing'.¹⁹ However, in 2005 World Summit Outcome which was adopted by General Assembly, the collective action is decided to be done on "case-by-case" basis which means the absence of standard for "threshold" criteria.²⁰ The outcome acknowledges that the UN has "responsibility to protect" populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity.²¹

As it is inspired by the "just war tradition", R2P doctrine have five precautionary principles which are just cause, right intention, last resort, proportional means and reasonable prospects.²² Regarding right authority for the military intervention, the report prescribes the UNSC as the most appropriate body; if it fails to act in a timely manner, the matter will be considered by the General Assembly under the 'Uniting for Peace' procedure as well as regional organizations can act within the area of jurisdiction under Chapter VIII of the Charter.²³ In theoretical base, the report also restricts UNSC members to veto R2P cases unless their vital interests are at stake.²⁴ The R2P is written as a "protection clause" in 2005 World Summit Outcome and these provisions were reaffirmed by the Security Council by resolution 1674 (28 April 2006) and resolution 1706 (31 August 2006).²⁵ In order to examine its contemporary effectiveness, this article will analyze to what extent this norm has been implemented in the cases of Libya and Syria.

II. THE CASE OF LIBYA AND THE RESPONSIBILITY TO PROTECT

In order to deal with the situation in Libya, UNSC passed Resolution 1973 on 17 March 2011 which corresponded to the first time that Council had authorized military intervention for human protection objectives against the sovereignty of functioning state.²⁶ Before this crisis, the Council had authorized the Unified Task Force to intervene in Somalia in the situation of absence of central government and in 1994; the French-led Operation

¹⁹ "Responsibility to Protect", p.XII

²⁰ G.A.Doc.A/63/677, 12 January 2009, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/206/10/PDF/N0920610.pdf?OpenElement> (Accessed 20 June 2012).

²¹ G.A.Doc.A/63/677, 12 January 2009

²² Gierycz, p. 113.

²³ "The Responsibility to Protect", p. XIII

²⁴ GIERYCZ, p. 113.

²⁵ G.A. Res. A/RES/60/1, 24 October 2005, <http://www.ifrc.org/docs/idrl/I520EN.pdf> (Accessed 3 December 2015); S.C.Res.1674, U.N.Doc. S/Res/1674, 28 April 2006, <http://www.responsibility-toprotect.org/files/final%20poc%20resolution.pdf> (Accessed 3 December 2015); S.C.Res. 1706, U.N.Doc. S/Res/1706, 31 August 2006, <http://www.globalr2p.org/media/files/resolution1706.pdf> (Accessed 3 December 2015).

²⁶ BELLAMY and WILLIAMS, p. 825.

Turquoise intervened into Rwanda with the consent of interim government and its armed forces.²⁷

The origin of Libya's crisis traced back to political unrests which has been the part of 'Arab Spring' protests that had domino effect from Tunisia to Egypt and beyond in the early months of 2011. Following the protests in mid-January 2011, violence erupted quickly due to the repressive measures of the regime and partly defections from the government. This resulted in establishment of opposition armed group under the Interim Transnational National Council (referred to as the Interim Council). Even though the rebels achieved in having control over the cities of Benghazi and Tobruk, in late February and early March in 2011, Gadhafi's forces recaptured much of the country and number of casualties has dramatically increased within the short time. As a reminiscence of Rwandan genocide in 1994, Gadhafi threatened the rebels during his speech on radio and television by saying 'we will show no mercy and no pity to them'²⁸ and 'any Libyan who takes arms against Libya will be executed'.²⁹ The following day the Secretary General characterized this crisis as a human protection problem and demanded both the Libyan authorities and the Security Council to undertake their responsibilities. On 25 February 2011, the UN Human Rights Council warned the General Assembly to exclude Libya from the Human Rights Council—which actualized on 1 March 2011. The Council of the League of Arab States also held an emergency meeting suspended Libya's membership with an emergency meeting.³⁰

The Council unanimously passed Resolution 1970 which condemned 'the widespread and systematic attacks' against civilians, which, it noted, 'may amount to crimes against humanity'; acknowledged the earlier criticisms of the Libyan government's actions by the AU and the Organization of the Islamic Conference (OIC); and emphasized the Libyan government's responsibility to protect its population.³¹ As part of R2P doctrine, the Security Council firstly applied sanctions against Libya through establishing an arms embargo on the country; imposing indefinite travel bans on 16 individual members of the Libyan regime; suspending indefinitely the assets of six members of the regime; establishing sanctions committee in order

²⁷ Ibid, p. 825.

²⁸ "Gadhafi Tells Rebel City, Benghazi, 'We will Show No Mercy' ", Reuters, 17 March 2011, http://www.huffingtonpost.com/2011/03/17/gaddafi-benghazi-libya-news_n_837245.html, (Accessed 3 December 2015).

²⁹ Ibid, p.838.

³⁰ Matt BRADLEY and Charles LEVINZON, "Arab League Urges Libya 'No-Fly' Zone", The Wall Street Journal, 14 March 2011, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704838804576196681609529882.html#> (Accessed 20 June 2012).

³¹ BELLAMY and WILLIAMS, p. 839.

to control the implementation of these measures. For instance, the United States suspended \$30bn in assets possessed by Gaddafi and his officials.³²

Resolution 1970 and its coercive measures were uncontroversial among the Council members since various Council members expressed their reluctance to adopt more coercive measures. Russian government argued that only political means could resolve the situation of Libya, this argument was supported by China, India and Brazil at the time.³³ However, Resolution 1970 and sanctions against Libya government could not contribute to the end of the violence in Libya. The Gadhafi regime continued to make counterattacks to opposition forces through using military airplanes and indiscriminate air strikes against the civilian population.³⁴ Under these circumstances, establishment of no-fly zone over Libya became inevitable and France and the United Kingdom expressed that they did not ignore using military force in Libya.³⁵ Moreover, the Senate's Resolution of the United States pushed the UNSC to adopt no-fly zone.³⁶ The Secretary General of the Organization of the Islamic Conference also reminded the Security Council to undertake its responsibility of creating no-fly zone over Libya in order to protect civilians.³⁷ The European Parliament emphasized the concept of the "Responsibility to Protect," for protecting the civilians which referred to establishment of a no-fly zone by the Security Council.³⁸

Under these conditions, Resolution 1973 was adopted by the Security Council on 17 March 2011 by vote of 10 in favor with 5 abstentions (Russian Federation, China, Germany, Brazil, and India).³⁹ Given the fact that there were serious human right violations, the United Nations

³² Julian BORGER, Patrick WINTOUR and Martin CHULOV, "US tightens military grip on Gadhafi", *The Guardian*, 28 February 2011, <http://www.guardian.co.uk/world/2011/feb/28/us-military-gaddafi-libya>, (Accessed 23 July 2012).

³³ BELLAMY and WILLIAMS, p. 840.

³⁴ Mehrdad PAYANDEH, "The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya", *Virginia Journal of International Law*, Vol 52, No 2, 2012, p.376.

³⁵ Alistair MACDONALD, "Cameron does not rule out military force for Libya", *The Wall Street Journal*, 1 March 2011, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704615504576172383796304482.html>, (Accessed 23 August 2012).

³⁶ S.Res.85. ATS, 1 March 2011, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c112:S.RES.85>: (Accessed 12 March 2012)

³⁷ "Ihsanoglu Support No-Fly Decision At Oic Meeting On Libya, Calls For An Islamic Humanitarian Programme In And Outside Libya", *Organization of Islamic Conference*, 8 March 2011, [http://www.oic-oci.org/topic_detail.asp?t_id=5031&x_key=no-fly zone](http://www.oic-oci.org/topic_detail.asp?t_id=5031&x_key=no-fly+zone), (Accessed 21 June 2012).

³⁸ PAYANDEH, p. 377.

³⁹ Press Release, "United Nations Response to Violence against Civilians in Libya Sends Strong Message, There Is 'No Impunity' for Crimes against Humanity, Secretary-General Says", *UN Press Release*, 1 March 2011, <http://www.un.org/News/Press/docs/2011/sgsm13425.doc.htm> (Accessed 23 May 2012).

Security Council Resolution 1973 established a no-fly zone over Libya and gave authority to the member states of the UN to take all necessary measures to protect civilians and civilian populated areas under threat of attack.⁴⁰ In Resolution 1973, the Security Council mainly expressed its concerns regarding worsening humanitarian situation in Libya and defined systematic attacks of Libyan Arab Jamahiriya against civilians as "the gross and systematic violation of human rights".⁴¹ Furthermore, it regarded the violence of Libyan Arab Jamahiriya as a threat to international peace and security and it demanded the immediate cease-fire in Libya through acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations. UN Secretary-General Ban Ki-moon stated that "the Security Council today has taken an historic decision. Resolution 1973 (2011) affirms, clearly and unequivocally, the international community's determination to fulfill its responsibility to protect civilians from violence perpetrated upon them by their own Government."⁴² Following the Resolution 1973, Libyan government announced ceasefire and immediately violated it with an attack on Benghazi.⁴³ On March 19, 2011, coalition of Western states started to launch missiles against Libyan air defense systems and make air strikes against troop units outside Benghazi which resulted in annihilation of Libyan air defense and air force.⁴⁴ Libya was under several military attacks of NATO between March and October 2011.⁴⁵ With the help of NATO, opposition forces seized power in Libya and took the control over the capital, Tripoli and Sirte in where Gadhafi was killed.⁴⁶ Following the kill of Gadhafi during the struggle for Sirte on October 20, 2011,⁴⁷ the National Transitional Council announced the liberation of Libya.⁴⁸ On October 27, the Security Council decided to end "NATO civilian protection mandate"

⁴⁰ S.C.Res.1973, U.N. Doc. S/RES/1973, 17 March 2011, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/N11/268/39/PDF/N1126839.pdf?OpenElement>, (Accessed 6 December 2015).

⁴¹ Ibid.

⁴² Press Release, "Secretary-General Says Security Council Action on Libya Affirms International Community's Determination to Protect Civilians from Own Government's Violence", UN Press Release, 18 March 2011, <http://www.un.org/News/Press/docs/2011/sgsm13454.doc.htm> (Accessed 23 May 2012).

⁴³ "Libya: Pro-Gadhafi Forces 'to observe ceasefire'", BBC News, 18 March 2011, <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-12787739>, (Accessed 24 May 2012).

⁴⁴ "Libya: Gadhafi's Air Force 'has been destroyed'", The Telegraph, 23 March 2011, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/libya/8402281/Libya-Gaddafis-air-force-has-been-destroyed.html> (Accessed 13 June 2012).

⁴⁵ PAYANDEH, p. 379.

⁴⁶ Ibid. p.358.

⁴⁷ "Libya's Col Muammar Gadhafi killed, says NTC", BBC News, 20 October 2011. <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-15389550> (Accessed 20 June 2012).

⁴⁸ "Libya's new rulers declare country liberated", BBC News, 23 October 2011, <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-15422262> (Accessed 21 June 2012).

in Libya with the Resolution 2016.⁴⁹ In line with the Resolution 2016, NATO ended its mission in Libya on October 31.⁵⁰ The military operation of NATO forces which included assistance of rebel forces and bombing of military building and residences led to condemnns of China, Russia and Arab/African organizations,⁵¹ Even Gareth Evans, intellectual father of the R2P, stated that NATO operations stretched Security Council mandate on Libya "to the absolute limit".⁵²

From the perspective of R2P, the international community firstly implemented non-military measures such as diplomatic efforts, economic sanctions, travel bans and arms embargo, and referral of this case to International Criminal Court. Following the failure of these measures for ending the violence in Libya, UNSC carried out more severe measures such as air attacks and adoption of no-fly zone over Libya.⁵³ However critics of "BRICS" (Brazil, Russia, India, China and South Africa) have continued since they have thought that the United States, the United Kingdom and France did military intervention for regime change of Libya. Furthermore, they argued that the Western powers and some Arab States provided weapons to rebel side by ignoring arms embargo in the process.⁵⁴ Large number of Latin American states – led by Venezuela, Cuba and Bolivia- condemned the military intervention of NATO in Libya.⁵⁵ According to Mehrdad Payandeh, recognition of National Transitional Council as the government of Libya by the UN General Assembly, European Council, and most of the states indicate that the regime change has been emerged.⁵⁶ One of his reference points was final

⁴⁹ Press Release, "Security Council Votes Unanimously to End NATO Civilian Protection Mandate in Libya, Following Authorities' Formal Declaration of Liberation", UN Press Release, 27 October 2011, <http://www.un.org/News/Press/docs/2011/sc10424.doc.htm> (Accessed 01 August 2012).

⁵⁰ Press Release, "NATO Secretary General Statement on End of Libya Mission", NATO Press Release, 28 October 2011, http://www.nato.int/cps/en/natolive/news_80052.htm?mode=pressrelease, (Accessed 1 August 2012).

⁵¹ Sonia RODRIGUES, "Somewhere between Civil War and Regime Transition: The Responsibility to Protect Response to Libya and Syria", Small Wars Journal, 12 June 2012. <http://smallwarsjournal.com/jrnl/art/somewhere-between-civil-war-and-regime-transition-the-responsibility-to-protect-response-to> (Accessed 23 July 2012).

⁵² "NATO stretching UN Libya Mandate: Evans", The Sydney Morning Herald, 4 May 2011, <http://news.smh.com.au/breaking-news-national/nato-stretching-un-libya-mandate-evans-20110504-1e7zj.html> (Accessed 21 May 2012).

⁵³ "The Crisis in Libya", International Coalition for the Responsibility to Protect, <http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/crises/crisis-in-libya#lessons>, (Accessed 23 August 2012).

⁵⁴ Gareth EVANS, "Responsibility While Protecting", Project Syndicate, 27 January 2012, <http://www.project-syndicate.org/commentary/responsibility-while-protecting>, (Accessed 21 June 2012).

⁵⁵ "Latin America Condemns US/UN Invasion of Libya", COTO REPORT, 22 March 2011 <http://coto2.wordpress.com/2011/03/22/latin-america-condemns-usun-invasion-of-libya/> (Accessed 21 June 2012).

⁵⁶ PAYANDEH, p. 357-358.

communiqué of the Group of Eight summit on May 26 and 27 which said: "Gaddafi and the Libyan government have failed to fulfill their responsibility to protect the Libyan population and have lost all legitimacy. He has no future in a free, democratic Libya. He must go."⁵⁷ It can be said that the extension of UN mandate by NATO operations in Libya is discouraging experience for international community to take an action against Syrian regime.⁵⁸

III. THE CASE OF SYRIA AND RESPONSIBILITY TO PROTECT

The Syrian crisis started on March 15, 2011, when the residents of small southern city began to protest the torture of students by the government on the grounds that they had posted anti-government graffiti. The Assad government responded these protests by using disproportional violence and this led to the spreading of demonstrations across the country. Following this date, the government sent tanks to opposition cities and did not refrain from opening fire on demonstrations.⁵⁹ During the summer of 2011, thousands of soldiers defected to opposition movement and launched a counter attack against the government which would resulted in the UN's identifying Syria as being verge of civil war.⁶⁰ As an important human rights violation, Syrian government also used chemical weapons against opposition groups in Ghouta near Damascus in August 2013 which created important international pressure that resulted in Assad government's consent to Chemical Weapons Convention about eliminating its chemical weapons; however it has been argued that Syrian government have used to use chlorine gas even though it has been banned by the Chemical Weapons Convention.⁶¹

Across the country, the opposition forces have been divided among Free Syrian Army (FSA), Islamic Front, Syrian Islamic Liberation Front, Jihadist Groups and Kurdish Groups.⁶² The war has become more complicated with conflict between Islamic State in Iraq and Syria (ISIS) and FSA in 2013. Al Qaeda's Syrian bloc 'Al-Nusra Front' and FSA have been in conflict with

⁵⁷ " G8: Libya's Gadhafi 'should go': say world leaders", BBC News, 27 May 2011 <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-13572830> (Accessed 24 May 2012).

⁵⁸ Rodrigues, "Somewhere between Civil War and Regime Transition: The Responsibility to Protect Response to Libya and Syria"

⁵⁹ "Syria", The New York Times, 29 August 2012, <http://topics.nytimes.com/top/news/international/countriesandterritories/syria/index.html>, (Accessed 30 August 2012).

⁶⁰ Nada BAKRİ, "U.N says action needed to prevent civil war in Syria ", The New York Times, 2 December 2011, http://www.nytimes.com/2011/12/03/world/middleeast/un-says-action-needed-to-prevent-civil-war-in-syria.html?_r=1, (Accessed 2 May 2012).

⁶¹ "World Report 2015: Syria", Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/world-report/2015/country-chapters/syria>, (Accessed 23 November 2015).

⁶² "Guide to the Syrian Opposition", BBC News, 13 December 2013, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-24403003> (Accessed 23 November 2015).

the ISIS since 2014 which put Syrian civil war into more bloody and vague situation. The number of casualties as of August 2014 which was more than 191,000 people showed the severity of situation in Syria.⁶³ As of today, there are 6.5 million of internally displaced people in Syria and approximately 4.5 million people have been struggling for becoming refugees in other countries.⁶⁴

When we look at policies of UNSC, we can see that the UNSC firstly attempted to condemn President Assad's unchecked crackdown on the revolts in February 2012, however it met with veto of China and Russia.⁶⁵ Kofi Annan who was the former UN Secretary General, had acted as the joint United Nations and Arab League envoy to Syria, proposed a six-point peace plan to the UNSC on 16 March 2012 in order to halt the violence in Syria. It asked Syrian government to cooperate with the Envoy to address the concerns of Syrian people; to stop the fighting under the supervised cease-fire under the UN; to guarantee "timely provision of humanitarian assistance" to the all regions under the fighting; to accelerate the efforts of "release of arbitrarily detained persons" in the country; to guarantee freedom of travel throughout the country for journalists; to respect "freedom of association" and freedom of peaceful demonstration.⁶⁶ Syrian government declared its acceptance of peace plan; however as Secretary General Ban Ki-moon said, it failed to follow "almost every aspect of a peace plan".⁶⁷ International community had started to make more pressure on Syria following the slaughter in which the 108 villagers were murdered⁶⁸; however, in June 2012, the United Nations decided to suspend the United Nations Supervision Mission in Syria (UNSMIS) due to escalating of violence which is estimated that 12,000 or 14,000 people have been murdered since the crackdown of Assad government.⁶⁹ After

⁶³ "World Report 2015: Syria", Human Rights Watch

⁶⁴ "Syrian Refugees: A Snapshot of the Crisis", Migration Policy Center, http://syrianrefugees.eu/?page_id=513 (Accessed 23 November 2015).

⁶⁵ Press Release, "Security Council Fails to Adopt Draft Resolution on Syria As Russian Federation and China Veto Text Supporting Arab League's Proposed Peace Plan", UN Press Release, 4 February 2012, <http://www.un.org/News/Press/docs/2012/sc10536.doc.htm> (Accessed 2 July 2012).

⁶⁶ "Kofi Annan's six-point plan for Syria", AlJazeera, 27 March 2012, <http://www.aljazeera.com/news/middleeast/2012/03/2012327153111767387.html/> (Accessed 24 June 2012).

⁶⁷ Steven ERLANGER, "Pressure Builds for Tougher Line as Syria is said to Shun Peace Plan", The New York Times, 19 April 2012, http://www.nytimes.com/2012/04/20/world/middleeast/syria-united-nations-secretary-general-ban-ki-moon-cease-fire.html?_r=2&ref=syria (Accessed 23 June 2012).

⁶⁸ Neil MACFARQUHAR, "International Pressure on Syria Grows After Killings", The New York Times, 28 May 2012, <http://www.nytimes.com/2012/05/29/world/middleeast/syria-pressed-on-peace-plan-after-un-condemnation.html?ref=syria> (Accessed 24 June 2012).

⁶⁹ "U.N. suspends observer mission in Syria due to uptick in violence", The CNN, 16 June 2012, http://articles.cnn.com/2012-06-16/middleeast/world_meast_syria-unrest_1_local-coordination-committees-syrian-government-president-bashar?_s=PM:MIDDLEEAST (Accessed 21 July 2012).

suspension of UNSMIS, "Geneva Communiqué" was signed which created international "Action Group" consisting of the secretaries-general of the UN and Arab League, and foreign ministers UNSC permanent members as well as Turkey and other regional states, however it also failed to halt the Syrian war.⁷⁰ In the same month, the UN's head of peacekeeping acknowledged for the first time that Syria was in state of civil war.⁷¹ In the month of July, the US government decided to leave diplomatic efforts for peace in Syria and instead it increased to assist opposition groups and unite coalition of countries in order to overthrow Assad government.⁷²

As the militarization escalated in the area, Kofi Annan resigned from his duty of being special envoy to Syria due to "lack of unity in the Security Council" on 2 August 2012, he expressed his complaints about the Security Council when he said that "when the Syrian people desperately need action, there continues to be finger-pointing and name calling in the Security Council".⁷³ On 11 August 2012, Turkey and the United States decided to create formal bilateral team in order to assist the opposition in Syria and make humanitarian assistance to refugees. The statements of two Foreign Ministers demonstrated that two states have been planning to coordinate operational planning on Syria. According to UNHCR report, since the beginning of the conflict, the Syrian refugee population has grown day by day; the number of Syrian refugees, who registered or were in the process of registration in regional countries including Turkey, Lebanon, Iraq and Jordan has risen to the number of 4,289,792 until the date of 17 November 2015.⁷⁴

As UNSC permanent members, Russia and China were opponents to military intervention of the UN into Syria from the outset, they have demonstrated it with their veto on the UNSC Resolutions on Syria.⁷⁵ On July 19, 2012, Russia and China again vetoed British-backed resolution that would have applied economic sanctions toward Syrian government for not implementing the peace plan. This was the third time that Russia and China

⁷⁰ Simon ADAMS, "*Failure to Protect: Syria and the UN Security Council*", Global Center for the Responsibility to Protect Occasional Paper Series, No.5, 2015, p.12.

⁷¹ "*Syria in civil war, says UN official Herve Ladsous*", the BBC News, 12 June 2012, <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-18417952>, (Accessed 25 August 2012).

⁷² Eric SCHMITT and Helene COOPER, "*Stymied at U.N., U.S. Refines Plan to Remove Assad*", the New York Times, 21 July 2012, <http://www.nytimes.com/2012/07/22/world/middleeast/us-to-focus-on-forcibly-toppling-syrian-government.html?pagewanted=all>, (Accessed 21 August 2012).

⁷³ "*Syria Crisis: Kofi Annan resigns as peace envoy*", the Guardian, 2 August 2012, <http://www.guardian.co.uk/world/middle-east-live/2012/aug/02/syria-crisis-damascus-massacres-live>, (Accessed 7 August 2012).

⁷⁴ "*Syrian Regional Refugee Response: Regional Overview*", the UN Refugee Agency, <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php>, (Accessed 23 November 2015).

⁷⁵ Press Release, "*Security Council Fails to Adopt Draft Resolution on Syria As Russian Federation and China Veto Text Supporting Arab League's Proposed Peace Plan*"

had opposed to resolutions on Syria and had prevented the Security Council from acting in concert.⁷⁶ Moreover, they recently vetoed draft resolution which intended to refer Syrian case to International Criminal Court.⁷⁷

As a regional organization, the Arab League took the lead to stop Assad Regime's slaughter and implemented diplomatic and economic sanctions against Syria; it suspended Syrian membership from the League; banned travel of high-level Syrian officials to Arab states; froze their bank accounts; terminated transactions with Syrian Central Bank and commercial exchanges with Syria.⁷⁸ The United States and the European Union followed the League's measures and implemented diplomatic and economic sanctions which show that R2P was active but still insufficient to stop the violence. The doctrine's framers propose "other means" in case of deadlock in UNSC; the "other means" do not refer to duplication of Libya case since the international community does not want to divide Syria along ethnic and sectarian lines.⁷⁹ Despite the "large scale of loss of life", non-intervention to Syria shows that R2P has not been implemented in Syria appropriately. Gareth Evans stated that the situation in Syria has passed the threshold of making military intervention since the diplomatic and economic coercions have been inadequate to halt the violence in Syria.⁸⁰

As the war in Syria has continued to affect other countries with terrorist actions of Jihadist groups and increasing numbers of refugees, regional and international powers came together on 22 January 2014 and started "Geneva II" talks with the aim of bringing Syrian government and opposition representatives together in order to achieve implementation of international "Action Group". Besides death of 1,900 Syrian people during the conference, there was no progress regarding peace prospects for the future.⁸¹ As another international attempt to stop Syrian mass atrocity, international and regional states including Iran and Saudi Arabia again came together in Vienna to find a common solution to Syrian war. Even though they agreed on supporting "a political process leading to credible,

⁷⁶ Rick GLADSTONE, "*Frictions at the U.N. as Russia and China Veto Another Resolutions on Syria*", The New York Times, 19 July 2012, <http://www.nytimes.com/2012/07/20/world/middleeast/russia-and-china-veto-un-sanctions-against-syria.html>, (Accessed 12 August 2012).

⁷⁷ ADAMS, p. 3

⁷⁸ "*Syria Unrest: Arab League adopts sanctions in Cairo*", the BBC News, 27 November 2011, <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-15901360>, (Accessed 23 August 2012).

⁷⁹ Bennett RAMBERG, "*Applying the Responsibility to Protect to Syria*" Yale Global Online, 5 March 2012, <http://yaleglobal.yale.edu/content/applying-responsibility-protect-syria> (Accessed 2 June 2012).

⁸⁰ Gareth EVANS, "*Saving the Syrians*", Project Syndicate, 23 March 2012, <http://www.project-syndicate.org/commentary/saving-the-syrians>, (Accessed 23 June 2012).

⁸¹ ADAMS, p. 19.

inclusive, non-sectarian governance, followed by a new constitution and elections" under UN guardianship,⁸² they did not agree on Bashar Assad's future.⁸³ Recent meeting on 14 November 2015 determined the target date of formal agreement between Syrian government and opposition as 1 January 2016.⁸⁴

The case of Syria demonstrates that human rights and solidarism of international community have no privilege over the national and geopolitical concerns of the nation states. Even though the initial steps of R2P were implemented, there has been no concrete attempt to halt the slaughter in Syria. UNSC members have different conceptions of justice and their positions in international order make their interests and attitudes toward humanitarian intervention diversified. For instance, Russia vetoed UN resolutions on Syria, because Assad government enabled Russia to increase its influence throughout the region; intervention to Syria would eliminate last ally of Russia in the Middle East and it would further undermine Russia's status as a great world power. Russia's concerns of increasing unilateral interventions and domino-effect of Islamist extremism in the Caucasus region are also significant factors for Russian persistent opposition to intervention to Syria.⁸⁵ China strictly adheres to the principle of pluralist international society which is based on non-interference and self-determination.⁸⁶ Besides the trade volume between China and Syria, the potential impact of the Arab Spring on China's internal affairs due to the situation in Sichuan and Tibet and potential Western interference into China's domestic affairs have led to consecutive vetoes from China.⁸⁷ The reason of the reluctance of West about mobilization NATO forces for Syria crisis is likely to be related with regional position of Syria. Syria was stable and predictable regime for the United States and Israel. According to Joshua Landis, unwillingness of US administration in intervention into

⁸² "Joint Statement", European Union External Action, 30 October 2015, http://eeas.europa.eu/statements-eeas/2015/151030_06.htm, (Accessed 23 November 2015).

⁸³ "Powers attending Syria talks urge truce, U.N. -backed talks", Reuters, 30 October 2015, <http://www.reuters.com/article/2015/10/30/us-mideast-crisis-syria-statement-idUSKCN0SO2DA20151030>, (Accessed 23 November 2015).

⁸⁴ "Statement of the International Syria Support Group", European Union External Action, 14 November 2015, http://eeas.europa.eu/statements-eeas/2015/151114_03_en.htm, (Accessed 23 November 2015).

⁸⁵ Ruslan PUKHOV, "Why Russia is Backing Syria", The New York Times, 6 July 2012 http://www.nytimes.com/2012/07/07/opinion/why-russia-supports-syria.html?_r=1, (Accessed 12 July 2012).

⁸⁶ M.Taylor FRAVEL, "China's Attitude Toward U.N. Peacekeeping Operations since 1989", Asian Survey, Vol.36, No 11, 1996, p. 1106.

⁸⁷ Osman EROL, "China's Concerns over Syria, What is the Reason for Insisting Support?", Today's Zaman, 12 February 2012, http://www.todayszaman.com/newsDetail_getNewsById.action?newsId=271160, (Accessed 23 July 2012).

Syria demonstrates that the US has no important national security interest in being involved in Syria war.⁸⁸

CONCLUSION

Humanitarian intervention is a disputed subject of international politics that maintains its popularity among the international public, as the circumstances require it have never come to an end. It has led to everlasting debates, which have been shaped by the different moral positions of the participants. The idea of the "Responsibility to Protect" has been introduced by some academics and politicians with a hope to resolving the problems and contradictions associated with humanitarian intervention in the post-Cold War era. However, the analysis of these two humanitarian crises shows that the R2P doctrine did not meet the expectation of those who were optimistic that it would make the international community more solidarist. As the ethical philosopher, Tzvetan Todorov indicated "individual human beings still get much more as citizens of a state than they do as citizens of the world"⁸⁹ because countries have been reluctant to sacrificing their own soldiers for the sake of protecting the citizens of other states.

It can be said that R2P doctrine has no independent agency without political will of states which has still crucial sovereignty in international politics. Contemporary international society still gives privilege to national security and geopolitical considerations. Nation states feel obliged to obey certain rules and institutions; they tend to find loopholes in international law in order to preserve their positions. Even though the aim of R2P is to evoke solidarist and cosmopolitan elements with its shift from "right to intervene" to "responsibility to protect", these two cases show the limits and deficiencies of R2P doctrine to protect human security in our pluralist international society. On the other hand, the proponents of the R2P argue that assessing the R2P by only concentrating on the military intervention pillar cannot provide insight about the effectiveness of the doctrine, since it also contains extensive measures for resolving conflict such as prevention and post-conflict building strategies. While this is a sensible argument, the current conflicts in Libya and Syria show that these strategies of the R2P have not been influential for ceasing the civil wars: the internal violence in Libya could be ended only by using coercive power and the conflict in Syria

⁸⁸ Jonathan MARCOS, "Analysis: Option for Military Intervention in Syria", BBC News, 12 June 2012, http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-17356556#story_continues_2 (Accessed 23 August 2012).

⁸⁹ Jennifer M. WELSH, "Taking Consequences Seriously: Objections to Humanitarian Intervention", *Humanitarian Intervention and International Relations*, ed. Jennifer M. Welsh, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 53.

has not been under control yet, and the diplomatic strategies of the UNSC have been futile until now.

What is required instead is to transform the existing institutions more effective and humanistic in order to maintain security of civilians; one can start with reforming the United Nations itself. The internal reforms of the UN are crucial since the United Nations is an institution that has been the platform for collective action and the representative of international society. However, the majority of its members, which constitute almost the two-thirds of the United Nations, have been skeptical about the UN's operating mechanism. The privileged position of the UNSC members in taking a decision about military intervention has been regarded as unfair among the UN members and identifies with the North-South disparity in international politics. The important task is to develop mechanisms that allow the UN member states to have more voice in the decision-making process of the UNSC with respect to sensitive international issues.⁹⁰ The struggle for creating global empathy for human suffering is a challenging task that is encircled with the national interests of states. However, it is worth to make further research to contribute to the efforts of resolving the controversial aspects of humanitarian intervention for the sake of our common humanity that transcends state borders.

⁹⁰ For instance see Gareth Evans, "*Responsibility While Protecting*"

REFERENCES

Books

- Jennifer M. Welsh "Taking Consequences Seriously: Objections to Humanitarian Intervention", *Humanitarian Intervention and International Relations*, ed. Jennifer M. Welsh, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp.52-70.
- Richard H. Cooper and Kohler Juliette Voinov, *Responsibility to Protect, The Global Moral Compact for the 21st Century*, New York, Palgrave MacMillan, 2009.

Articles

- Alex J. Bellamy, "The Responsibility to Protect and the problem of military intervention", *International Affairs*, Vol.84, No 4, 2008, pp. 615-639.
- Alex J. Bellamy and Paul D. Williams, "New politics for Protection, Cote d'Ivoire, Libya and the Responsibility to Protect", *International Affairs*, Vol 87, no 4, 2011, pp. 825-850.
- Alicia L. Bannon, "The Responsibility to Protect: the U.N. World Summit and the Question of Unilateralism", *The Yale Law Journal*, Vol 115, No 5, 2006, pp. 1157-1165.
- Binoy Kampmark, "The Syrian Dilemma", *New Zealand International Review*, Vol.37, No 3, 2012, pp. 2-5.
- Dorota Gierycz, "From Humanitarian Intervention to Responsibility to Protect", *Criminal Justice Ethics*, Vol.29, No 2, 2010, pp. 110-128.
- Gareth Evans and Mohamed Sahnoun, "The Responsibility to Protect", *Foreign Affairs*, Vol.81, No 6, 2002, pp. 99-110.
- James Pattison, "Whose Responsibility to Protect? The Duties of Humanitarian Intervention", *Military Ethics*, Vol.7, No 4, 2008, pp. 262-283.
- M. Taylor Fravel "China's Attitude Toward U.N. Peacekeeping Operations since 1989", *Asian Survey*, Vol.36, No 11, 1996, pp. 1102-1121.
- Michael Newman, "Revisiting the Responsibility to Protect", *Political Quarterly*, Vol.80, no 1, 2009, pp. 92-100.
- Mehrdad Payandeh, "The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya", *Virginia Journal of International Law*, Vol 52, No 2, 2012, pp. 355-403.
- Simon Adams, "Failure to Protect: Syria and the UN Security Council", *Global Center for the Responsibility to Protect Occasional Paper Series*, No.5, 2015, pp. 1-26.

Online Resources

- Alistair MACDONALD, "Cameron does not rule out military force for Libya", *The Wall Street Journal*, 1 March 2011, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704615504576172383796304482.html>, (Accessed 23August 2012).

- Andrew E. KRAMER, "Russia Sending Missile Systems to Shield Syria", The New York Times, 15 June 2012, <http://www.nytimes.com/2012/06/16/world/europe/russia-sending-air-and-sea-defenses-to-syria.html>, (Accessed 2 July 2012).
- Andrew E. KRAMER and Rick GLADSTONE, "Russia Sending Warships on Maneuvers Near Syria", The New York Times, 10 July 2012, <http://www.nytimes.com/2012/07/11/world/middleeast/russia-sends-warships-on-maneuvers-near-syria.html/>, (Accessed 21 August 2012).
- Bennett RAMBERG, "Applying the Responsibility to Protect to Syria" Yale Global Online, 5 March 2012, <http://yaleglobal.yale.edu/content/applying-responsibility-protect-syria>, (Accessed 2 June 2012).
- David RIEFF, "As Syrian suffer, do we stand by or send in the troops?", The Age, 5 March 2012 <http://www.theage.com.au/opinion/politics/as-syrians-suffer-do-we-stand-by-or-send-in-the-troops-20120304-1ub06.html>, (Accessed 12 June 2012).
- Eric SCHMITT and Helene COOPER, "Stymied at U.N., U.S. Refines Plan to Remove Assad", the New York Times, 21 July 2012, <http://www.nytimes.com/2012/07/22/world/middleeast/us-to-focus-on-forcibly-toppling-syrian-government.html?pagewanted=all>, (Accessed 21 August 2012).
- Gareth EVANS, "The Responsibility to Protect after Libya and Syria", Personal Website of Gareth Evans, 20 July 2012, <http://www.gevans.org/speeches/speech476.html>, (Accessed 25 August 2012).
- Gareth EVANS, "Saving the Syrians", Project Syndicate, 23 March 2012, <http://www.project-syndicate.org/commentary/saving-the-syrians>, (Accessed 23 June 2012).
- Gareth EVANS, "Responsibility While Protecting", Project Syndicate, 27 January 2012, <http://www.project-syndicate.org/commentary/responsibility-while-protecting>, (Accessed 20 June 2012).
- "Gadhafi Tells Rebel City, Benghazi, 'We will Show No Mercy' ", Reuters, 17 March 2011, http://www.huffingtonpost.com/2011/03/17/gaddafi-benghazi-libya-news_n_837245.html, (Accessed 3 December 2015).
- "G8: Libya's Gadhafi 'should go': say world leaders", BBC News, 27 May 2011 <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-13572830>, (Accessed 24 May 2012).
- G.A. Res. A/RES/60/1, 24 October 2005, <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan021752.pdf> (Accessed 25 June 2012).
- G.A.Doc.A/63/677, 12 January 2009, (Accessed 20 June 2012).
- G.A. Res. A/RES/60/1, 24 October 2005, <http://www.ifrc.org/docs/idrl/I520EN.pdf> (Accessed 3 December 2015)
- "Guide to the Syrian Opposition", BBC News, 13 December 2013, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-24403003>, (Accessed 23 November 2015).

- "*Ihsanoglu Support No-Fly Decision At OIC Meeting On Libya, Calls For An Islamic Humanitarian Programme In And Outside Libya*", Organization of Islamic Conference, 8 March 2011, http://www.oicoci.org/topic_detail.asp?t_id=5031&x_key=no-fly zone, (Accessed 21 June 2012).
- "*Israel Strikes at Syria Again in Response to Mortar Attacks*", The New York Times, 12 November 2012, <http://www.nytimes.com/2012/11/13/world/middleeast/israel-strikes-at-syria-again-in-response-to-mortar-attacks.html>, (Accessed 14 February 2013).
- "*Joint Statement*", European Union External Action, 30 October 2015, http://eeas.europa.eu/statements-eeas/2015/151030_06.htm, (Accessed 23 November 2015).
- Jonathan MARCOS, "*Analysis: Option for Military Intervention in Syria*", BBC News, 12 June 2012, http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-17356556#story_continues_2, (Accessed 23 August 2012).
- Julian BORGER, Patrick WINTOUR and Martin CHULOV, "*US tightens military grip on Gadhafi*", The Guardian, 28 February 2011, <http://www.guardian.co.uk/world/2011/feb/28/us-military-gaddafi-libya>, (Accessed 23 July 2012).
- Kofi ANNAN, *The Annual Report of the Secretary General to the General Assembly*, UN Press Release, 20 September 1999, <http://www.un.org/press/en/1999/19990920.sgsm7136.html>, (Accessed 6 December 2015).
- "*Kofi Annan's six-point plan for Syria*", AlJazeera, 27 March 2012, <http://www.aljazeera.com/news/middleeast/2012/03/2012327153111767387.html/>, (Accessed 24 June 2012).
- "*Latin America Condemns US/UN Invasion of Libya*", COTO REPORT, 22 March 2011, <http://coto2.wordpress.com/2011/03/22/latin-america-condemns-usun-invasion-of-libya/>, (Accessed 21 June 2012).
- "*Libya: Pro-Gadhafi Forces 'to observe ceasefire'*", BBC News, 18 March 2011, <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-12787739>, (Accessed 13 June 2012)
- "*Libya: Gadhafi's Air Force 'has been destroyed'*", The Telegraph, 23 March 2011, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/libya/8402281/Libya-Gaddafis-air-force-has-been-destroyed.html>, (Accessed 13 June 2012).
- "*Libya's Col Muammar Gadhafi killed, says NTC*", BBC News, 20 October 2011. <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-15389550>, (Accessed 20 June 2012).
- "*Libya's new rulers declare country liberated*", BBC News, 23 October 2011, <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-15422262>, (Accessed 21 June 2012).
- Matt BRADLEY and Charles LEVINZON "*Arab League Urges Libya 'No-Fly' Zone*", The Wall Street Journal, 14 March 2011, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704838804576196681609529882.html#>, (Accessed 20 June 2012).

"NATO: Investigate Civilian Deaths in Libya", Human Rights Watch, 14 May 2012, <http://www.hrw.org/news/2012/05/14/nato-investigate-civilian-deaths-libya> (Accessed 23 August 2012)

"NATO stretching UN Libya Mandate: Evans", The Sydney Morning Herald, 4 May 2011, <http://news.smh.com.au/breaking-news-national/nato-stretching-un-libya-mandate-evans-20110504-1e7zj.html>, (21 May 2012).

Nada BAKRİ, "U.N says action needed to prevent civil war in Syria", The New York Times, 2 December 2011, http://www.nytimes.com/2011/12/03/world/middleeast/un-says-action-needed-to-prevent-civil-war-in-syria.html?_r=1, (Accessed 2 May 2012).

Neil MACFARQUAR, "After a Year, Deep Divisions Hobble Syria's Opposition", The New York Times, 23 February 2012, <http://www.nytimes.com/2012/02/24/world/middleeast/syrian-opposition-is-hobbled-by-deep-divisions.html?ref=world>, (Accessed 2 June 2012).

Neil MACFARQUHAR, "International Pressure on Syria Grows after Killings", *The New York Times*, 28 May 2012, <http://www.nytimes.com/2012/05/29/world/middleeast/syria-pressed-on-peace-plan-after-un-condemnation.html?ref=syria>, (Accessed 24 June 2012).

Osman EROL, "China's Concerns over Syria, What is the Reason for Insisting Support?" Today's Zaman, 12 February 2012, http://www.todayszaman.com/newsDetail_getNewsById.action?newsId=271160, (Accessed 23 July 2012).

Rick GLADSTONE, "Frictions at the U.N. as Russia and China Veto Another Resolutions on Syria", The New York Times, 19 July 2012, <http://www.nytimes.com/2012/07/20/world/middleeast/russia-and-china-veto-un-sanctions-against-syria.html>, (Accessed 12 August 2012).

"Powers attending Syria talks urge truce, U.N. -backed talks", Reuters, 30 October 2015, <http://www.reuters.com/article/2015/10/30/us-mideast-crisis-syria-statement-idUSKCN0SO2DA20151030>, (Accessed 23 November 2015).

Press Release, "United Nations Response to Violence against Civilians in Libya Sends Strong Message, There Is 'No Impunity' for Crimes against Humanity, Secretary-General Says", UN Press Release, 1 March 2011, <http://www.un.org/News/Press/docs/2011/sgsm13425.doc.htm>, (Accessed 23 May 2012).

Press Release, "Secretary-General Says Security Council Action on Libya Affirms International Community's Determination to Protect Civilians from Own Government's Violence", UN Press Release, 18 March 2011 <http://www.un.org/News/Press/docs/2011/sgsm13454.doc.htm>, (Accessed 23 May 2012).

Press Release, "Security Council Votes Unanimously to End NATO Civilian Protection Mandate in Libya, Following Authorities' Formal Declaration of Liberation", UN Press Release, 27 October 2011, <http://www.un.org/News/Press/docs/2011/sc10424.doc.htm>, (Accessed 1 August 2012).

Press Release, "NATO Secretary General Statement on End of Libya Mission",

- NATO Press Release, 28 October 2011, http://www.nato.int/cps/en/natolive/news_80052.htm?mode=pressrelease, (Accessed 1 August 2012).
- Press Release, "Security Council Fails to Adopt Draft Resolution on Syria As Russian Federation and China Veto Text Supporting Arab League's Proposed Peace Plan", UN Press Release, 4 February 2012, <http://www.un.org/News/Press/docs/2012/sc10536.doc.htm>, (Accessed 2 July 2012).
- Rod NORDLAND and Hwaida SAAD, "With Strikes, Syrian Rebels Showcase Their Reach", The New York Times, 28 June 2012, <http://www.nytimes.com/2012/06/29/world/middleeast/turkey-deploys-antiaircraft-units-along-syrian-border.html>, (28 August 2012).
- Robert A. PAPE, "Why We Shouldn't Attack Syria (Yet)?", The New York Times, 2 February 2012, http://www.nytimes.com/2012/02/03/opinion/why-we-shouldnt-attack-syria-yet.html?_r=2, (Accessed 12 June 2012).
- Ruslan PUKHOV, "Why Russia is Backing Syria", The New York Times, 6 July 2012, http://www.nytimes.com/2012/07/07/opinion/why-russia-supports-syria.html?_r=1 (Accessed 12 July 2012).
- Sonia RODRIGUES, "Somewhere between Civil War and Regime Transition: The Responsibility to Protect Response to Libya and Syria", Small Wars Journal, 12 June 2012, <http://smallwarsjournal.com/jrnl/art/somewhere-between-civil-war-and-regime-transition-the-responsibility-to-protect-response-to>, (Accessed 23 July 2012).
- Steven ERLANGER, "Pressure Builds for Tougher Line as Syria is said to Shun Peace Plan", The New York Times, 19 April 2012, http://www.nytimes.com/2012/04/20/world/middleeast/syria-united-nations-secretary-general-ban-ki-moon-cease-fire.html?_r=2&ref=syria, (Accessed 23 June 2012).
- "Syria", The New York Times, 29 August 2012 <http://topics.nytimes.com/top/news/international/countriesandterritories/syria/index.html>, (Accessed 30 August 2012).
- "Syria in civil war, says UN official Herve Ladsous", BBC News, 12 June 2012, <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-18417952>, (Accessed 25 August 2012).
- "Syria Crisis: Kofi Annan resigns as peace envoy", The Guardian, 2 August 2012, <http://www.guardian.co.uk/world/middle-east-live/2012/aug/02/syria-crisis-damascus-massacres-live>, (7 August 2012).
- "Syria Regional Refugee Response", The UN Refugee Agency, 12 February 2013, <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php>, (Accessed 14 February 2013).
- "Syrian Regional Refugee Response: Regional Overview", The UN Refugee Agency, 17 November 2015, <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php>, (Accessed 23 November 2015).
- "Syria Unrest: Arab League adopts sanctions in Cairo", BBC News, 27 November 2011, <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-15901360>, (Accessed 23 August 2012).

- "*Syrian Refugees: A Snapshot of the Crisis*", Migration Policy Center, http://syrianrefugees.eu/?page_id=513, (Accessed 23 November 2015).
- "*Statement of the International Syria Support Group*", European Union External Action, 14 November 2015, http://eeas.europa.eu/statements-eeas/2015/151114_03_en.htm, (Accessed 23 November 2015).
- S.C. Res. 1973, U.N. Doc. S/RES/1973, 17 March 2011, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/268/39/PDF/N1126839.pdf?OpenElement>, (Accessed 6 December 2015).
- S.C.Res.1674, U.N.Doc. S/Res/1674, 28 April 2006, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/331/99/PDF/N0633199.pdf?OpenElement>, (Accessed 23 May 2012).
- S.C. Res.85. ATS, 1 March 2011, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c112:S.RES.85:>, (Accessed 12 March 2012).
- S.C.Res. 1706, U.N.Doc. S/Res/1706, 31 August 2006, <http://www.globalr2p.org/media/files/resolution1706.pdf> (Accessed 3 December 2015).
- "*The Responsibility to Protect*", Report of the International Commission on the Intervention and State Sovereignty, Ottawa, International Development Research Center, 2001, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, (Accessed 6 December 2015).
- "*The Crisis in Libya*", International Coalition for the Responsibility to Protect, <http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/crises/crisis-in-libya#lessons>, (Accessed 23 August 2012).
- "*U.N. suspends observer mission in Syria due to uptick in violence*", The CNN, 16 June 2012, http://articles.cnn.com/2012-06-16/middleeast/world_meast_syria-unrest_1_local-coordination-committees-syrian-government-president-bashar?_s=PM:MIDDLEEAST, (Accessed 21 July 2012).
- "*World Report 2015: Syria*", Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/world-report/2015/country-chapters/syria>, (Accessed 23 November 2015).
- "2005 World Summit Outcome", *UN Fact Sheet*, 14-16 September 2005, <http://www.ipu.org/splz-e/unga05/outcome.pdf>, (Accessed 6 December 2015).

Uncitral Tahkim Kurallarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Yansımaları

The Reflection of Uncitral Arbitration Rules on Turkish National Arbitration Law

*Av. Ali Haydar PERÇİN**

Özet

Devlet yargısının bir alternatifi olarak gelişen ve özellikle de uluslararası ticaret uyuşmazlıklarının çözümünde başvurulan tahkim, her geçen gün uygulaması artan bir yargılama faaliyeti haline gelmiştir. Türk hukukunda, gerek iç tahkimi düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) ilgili hükümlerinin gerekse milletlerarası tahkimi düzenleyen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK) hazırlık aşamasında 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu'ndan yararlanılmıştır. Bu çalışmada ise yine UNCITRAL tarafından 1976 yılında hazırlanan ve 2010 yılında revize edilen Tahkim Kuralları ile MTK ve HMK hükümleri karşılaştırılarak benzerlikler ve farklılıklar gözler önüne serilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

İç Tahkim, Milletlerarası Tahkim, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

Abstract

Arbitration had become a frequently preferred and common judicial action especially in settlement of international commercial disputes and developed as an alternative of state judiciary. During the drafting period of both The Code of Civil Procedure (HMK) numbered 6100 regulating domestic arbitration and The Code of International Arbitration (MTK) numbered 4686 regulating international arbitration, the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) was a reference. In this study, Uncitral Arbitration Rules (1976) amended in 2010 are compared with MTK and HMK provisions, similarities and variations are examined.

Keywords

Domestic Arbitration, International Arbitration, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Turkish International Arbitration Code (4686), Turkish Civil Procedure Code (6100).

* İstanbul Barosu Avukatı, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, E-posta:ali@percinlaw.com.

GİRİŞ

Uluslararası ticaretin geçtiğimiz yüzyılda ivme kazanarak gelişmesinin doğal bir sonucu olarak bu alandaki uyuşmazlıklar da sayısal olarak ciddi bir artış göstermiştir. Söz konusu uyuşmazlıkların çözümlenmesinde başvurulan ilk yol, devlet mahkemelerinde gerçekleştirilen yargılama faaliyeti olmuştur. Ancak söz konusu yargılama faaliyetinin uzun sürmesi, yargılama giderlerinin fazlalığı, hâkimin taraflardan biri ile aynı vatandaşlıkta olması sebebiyle tarafsız davranamama ihtimali ve mahkeme kararlarının sadece verildikleri ülke sınırları içinde doğrudan icra kabiliyetlerinin olması gibi birçok sebep, uluslararası ticari uyuşmazlık taraflarını alternatif yollar aramaya yöneltmiştir. Bu alternatif yolların içinde ise en çok tercih edileni "tahkim" olmuştur. Ticari uyuşmazlıkların çözümünde taraflar kurumsal tahkime¹ gidebileceği gibi, bir kurum bünyesinde gerçekleşmeyen "*ad hoc*" tahkimi de tercih edilebilmektedir.

Zaman içerisinde yabancılık unsuru içermeyen ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda da tahkimin tercih edilmeye başlanması, iç tahkimin de milletlerarası tahkim gibi gelişmesine neden olmuştur. Hatta Almanya, Hollanda ve İtalya'nın ulusal mevzuatında yer alan tahkim hükümleri hem iç tahkim hem de milletlerarası tahkim için uygulanmaktadır. Yürürlükte olan Türk Tahkim mevzuatında ise, birbirine çok benzer hükümler içermekle birlikte, iç tahkim ve milletlerarası tahkime ilişkin farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin her ikisinin de benzer hükümler içermesinin temel sebebi ise bu hükümlerin hazırlık aşamasında kanun koyucunun 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu'ndan faydalanmış olmasıdır. Bu çalışmada, UNCITRAL tarafından hazırlanan, tarafların aralarındaki sözleşmeye bir hüküm koyarak uygulanmasını sağlayabilecekleri tahkime ilişkin temel kurallar içeren ve 2010 yılında revize edilen Tahkim Kuralları çerçevesinde söz konusu ulusal mevzuat incelenecek ve hangi noktalarda farklılıklar olduğu tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. DEVLET YARGISININ BİR ALTERNATİFİ OLARAK "TAHKİM"

Devletin egemenliğinin en temel sonuçlarından biri yargılama faaliyetinin devlet mahkemeleri eliyle gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle, gerek ulusal gerek uluslararası karakterli olsun, her türlü uyuşmazlık, kural olarak devlet mahkemeleri tarafından çözümlenmektedir. Özellikle konumuz bakımından önem arz eden özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yargılama faaliyetine başvurmak taraf iradesine bırakılmış bir konudur. Bu tür uyuş-

¹ Dünyadaki önde gelen kurumsal tahkim merkezlerine ilişkin bkz: Ziya AKINCI, "*Neden İstanbul Tahkim Merkezi?*", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan, C 8, S: Özel (Armağan), 2013, s.80 vd.

mazlıklarda tarafların devlet mahkemelerine başvurmalarının temel sebebi, bu mahkemelerden verilen kararların bağlayıcı ve kesin olmasıdır.

Ancak mahkemelerdeki yargılama faaliyetinin uzun zaman alması ve yargılama giderlerinin fazlalığı, uyuşmazlık çözümü için tarafları başka alternatifler aramaya yöneltmiştir. Nitekim tahkim masraflarının azaltılmasına dair gelişmelerin² tahkime olan talebi artırması beklenmektedir. Ayrıca, uluslararası karakterli uyuşmazlıklarda hakimin taraflardan biri ile aynı vatandaşlıkta olması sebebiyle tarafsız davranamama ihtimali ve daha da önemlisi bu kararların sadece verildikleri ülke sınırları içinde doğrudan icra kabiliyetlerinin olması, başka ülkelerde icra edilebilmeleri için ayrıca tenfiz davası açılması gerekliliği gibi nedenler, uluslararası ticaretin aktörlerini hukuki uyuşmazlıkların çözümü bakımından alternatif yollar aramaya daha da fazla zorlamaktadır³.

Bu alternatif yol arayışının bir sonucu olarak doğan "tahkim", zaman içerisinde uluslararası ticaretin aktörleri tarafından en çok benimsenen uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir⁴. Kaynağını taraf iradesinden alan tahkimde⁵, taraflar uyuşmazlıklarını çözecek hakem veya hakemleri, bunların sayı ve niteliklerini, seçilmeleri usulünü, tahkim anlaşmasının içeriğini, tahkim yerini, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak maddi hukuku, yargılamanın tabi olacağı hukuku ve hatta yargılamada kullanılacak lisansı serbestçe belirleyebilirler^{6,7}.

Tarafların seçtikleri hakemlerin, hakimlerden farklı olarak sadece söz konusu uyuşmazlığa yoğunlaşmaları nedeniyle⁸ mahkeme yargılamasına kıyasla çok daha kısa sürede sonuca ulaşılan tahkimde, yine mahkeme yargılamasından farklı olarak genel kural oturumların gizli yürütülmesidir. İşte bu "gizlilik"

² Tahkim sürecinin hızlandırılması ve masraflarının azaltılması hakkında güncel gelişmeler için bkz: Begüm Hande ERTÜRK, "Milletlerarası Tahkimde Yeni Gelişmeler: Tahkim Yargılaması Süreci ve Masraflarının Azaltılması", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C 19, S.2, 2013, s.1595 vd.

³ Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s.244-245.

⁴ ŞANLI, a.g.e., s.241.

⁵ Tahkimde, mahkeme yargılamasından farklı olarak, davalı taraf kendi iradesi ile söz konusu alternatif yargılama faaliyetine taraf olmakta ve dilediği zaman bundan vazgeçebilmektedir. Bu özellik nedeniyle tahkim kaynağını taraf iradesinden alan bir alternatif yargılama faaliyeti olarak kabul edilmektedir.

⁶ Ergin NOMER/Nuray EKŞİ/Günseli Öztekin GELGEL, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.1.

⁷ Tarafların somut uyuşmazlığın çözümü için bir tahkim merkezine başvurmalarını öngören "kurumsal" tahkimde, tarafların somut uyuşmazlığın çözümü için seçtikleri bir hakeme veya hakemlere başvurmasını öngören "ad hoc" tahkimden farklı olarak tahkim yargılamasında uygulanacak usul önceden tahkim merkezinin hazırlamış olduğu kurullarla düzenlenmiştir. NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN- GELGEL, a.g.e., s.3.

⁸ Sibel ÖZEL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayınevi, 2008, s.26.

unsuru, ticari hayattaki itibarının zedelenmesi endişesi içerisinde olan uluslararası ticaret aktörlerinin bu yola başvurmasının en önemli nedenlerinden biri olarak kabul edilebilir⁹. Ayrıca doktrinde, Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan ve 148 civarında devletin taraf olduğu "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin, yabancı hakem kararlarının üye devletlerde tenfizi kolaylaştırıcı usuller öngörmesinin, uluslararası ticaret aktörleri tarafından tahkimin benimsenmesinde en önemli etken olduğu dile getirilmiştir^{10,11}.

II. "İÇ TAHKİM" VE "MİLLETLERARASI TAHKİM" KAVRAMLARI

Tahkimin niteliği, tabi olacağı hukuk düzeninin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle iç tahkim ile milletlerarası tahkim arasındaki farkın tespit edilmesi gerekmektedir.

İç tahkimin hiçbir şekilde yabancılaşma unsuru içermeyen bir tahkim türü olduğu konusunda herhangi bir tartışma söz konusu değildir. Milletlerarası tahkim ise, iç tahkimin aksine, mutlaka yabancılaşma unsuru içeren bir tahkim türüdür. Ancak milletlerarası tahkimde hangi unsurların yabancılaşma unsuru oluşturacağı konusunda doktrinde farklı görüşler sürülmüştür.

Bunlardan ilki, toprak esasını kabul eden görüştür. Söz konusu görüş, tahkimin yabancı bir devlette gerçekleştirilmesini yabancılaşma unsurunun varlığı bakımından yeterli saymakta ve söz konusu tahkimi milletlerarası tahkim olarak kabul etmektedir¹². "Hakem kararının otoritesi altında verildiği kanun kriteri" olarak isimlendirilen ikinci görüş ise, tahkimin gerçekleştiği

⁹ Ancak söz konusu gizliliğin bazı sınırları bulunmaktadır. "Özellikle bir anonim şirketin, ortaklarına, tahkime gittiğini ve tahkim sonucunun ne olduğunu açıklaması gerekmektedir. Diğer yandan hakem kararını tenfiz ettirmek isteyen taraf, bu amaçla mahkemeye başvurduğunda, yine hakem kararı kamunun bilgisine sunulmuş olmaktadır." ÖZEL, a.g.e., s.26 ve burada ismi zikredilen yazarlar.

¹⁰ ŞANLI, a.g.e., s.245.

¹¹ Uygulamada mahkeme yargılamasına kıyasla ciddi avantajları bulunan tahkimin de, "davacı" ve "davalı" olmak üzere iki hasım tarafı bulunan bir yargılama faaliyeti olması sebebiyle taraflar arasındaki ilişkilerin geliştirilmesine neden olduğu ve bu amaçla taraflar arasında kurulabilecek iş ilişkilerine zarar verebileceği dile getirilerek "alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri" geliştirilmeye çalışılmıştır. Özellikle 1970'li yıllardan itibaren uygulaması giderek artan söz konusu yöntemlere, "uzlaştırma", "teknik bilirkişilik", "ön hakemlik" "üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi", "arabuluculuk" gibi yöntemler örnek olarak gösterilebilir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tarihsel gelişimi için bkz. Mustafa Serdar ÖZBEK, *Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 51, Sayı 2, 2002, s.121- 136. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri Çin ve Japonya gibi Asya ülkelerinde geleneksel uyuşmazlık çözme yöntemlerindedir ve derin bir tarihsel geçmişe sahiptir. ŞANLI, a.g.e., s.440, dn.448, Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, 2. Bası, Vedat Kitapevi, Ankara, 2007, s.35, dn.22, Mustafa Serdar ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.519- 521.

¹² NOMER/ EKŞİ/ ÖZTEKİN- GELGEL, a.g.e., s.4.

yeri önemsememekte, tahkimin usul kuralları bakımından tabi olduğu hukuka göre yabancılık unsurunun varlığını tespit etmektedir¹³.

Üçüncü bir görüş, uyumsuzluğun kendisinin yabancılık unsuru taşımasının yeterli olacağını savunan görüştür. Bu görüşe göre, uyumsuzluk milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendiriyorsa veya taraflar arasındaki esas sözleşme sınır ötesi bir unsur içeriyorsa ya da taraflar aralarındaki uyumsuzluk için Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce- ICC), Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Uluslararası Merkez (International Centre for Settlement of Investment Disputes- ICSID) gibi milletlerarası tahkim kurumlarına başvuruyorsa, uyumsuzluk yabancılık unsuru içermektedir ve bu nedenle söz konusu tahkim milletlerarası tahkim olarak kabul edilmelidir¹⁴. Dolayısıyla ulusal sınırların ötesine geçen mal, hizmet veya fon transferi olduktan sonra, tarafların vatandaşlığı, aralarındaki sözleşmeye ya da tahkime uygulanan hukuk veya tahkim yeri ne olursa olsun, söz konusu bir tahkim milletlerarası tahkimdir¹⁵.

Dördüncü bir görüş ise, tahkimdeki yabancılık unsurunun taraflardan kaynaklanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, tarafların farklı vatandaşlıklara sahip olmaları ya da mutad mesken veya işyerlerinin farklı ülkelerde olması tahkime yabancılık unsuru katılması için yeterli olacaktır¹⁶.

Aşağıda daha detaylı incelenecek olan ve milletlerarası tahkimin gelişmesi bakımından büyük önem arz eden Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL) hazırladığı 21 Haziran 1985 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun'un¹⁷ 1. maddesinin 3. bendinde yabancılık unsuru bakımından üçüncü ve dördüncü kriteri benimsemiş ve,

- Tahkim anlaşmasının taraflarının farklı ülkelerde olmasını
 - Tarafların işyerleri aynı ülkede bulunsa dahi,
- a) tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan tahkim yerinin farklı ülkelerde olmasını
- b) ticari ilişkideki edimlerin esaslı bir kısmının ifa edileceği yerin veya uyumsuzluğun esasıyla en sıkı ilişkisi olan yerin başka bir ülkede olmasını

¹³ NOMER/ EKŞİ/ ÖZTEKİN- GELGEL, a.g.e., s.4.

¹⁴ Julian D. M. LEW/ Loukas A. MİSTELİS/ Stefan M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, s.58.

¹⁵ LEW/ MİSTELİS/ KRÖLL, a.g.e., s.59.

¹⁶ Mauro Rubino SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law International, 2001, s.40.

¹⁷ Söz konusu model kanunun İngilizce tam metni için bkz. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (son ziyaret tarihi: 17.11.2015)

- Tarafların, tahkim sözleşmesinin esasının birden fazla ülkeyle bağlantısının olduğu konusunda aralarında yapacakları anlaşmayı

"yabancılık unsuru" olarak belirterek, UNCİRTAL kapsamında değerlendirilecek milletlerarası tahkimin sınırlarını çizmiştir.

III. TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Türk hukukunda tahkim kurumu ile ilgili ilk düzenleme 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) yer almaktaydı. HUMK m.516-536 arasında yer alan hükümlerin temel amacı iç tahkimi düzenlemektir. Ancak o yıllarda milletlerarası tahkim konusunda iç hukukumuzda başka bir düzenleme olmadığı için, tahkim sözleşmelerinde herhangi bir uluslararası düzenlemeye gönderme yapılmadığı her durumda, iç tahkime ilişkin söz konusu HUMK hükümleri kıyasen uygulanmaktaydı.

İç tahkime ilişkin hükümlerin milletlerarası tahkim konusundaki ihtiyacı tam olarak karşılayamaması sonucunda bu konuda yeni bir düzenleme yapılmasına ilişkin çalışmalar başlamış ve sonuç itibarıyla 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) yürürlüğe girmiştir. Günümüzde halen yürürlükte olan söz konusu kanun milletlerarası tahkime ilişkin temel kanunumuzdur.

Yıllar içinde, HUMK'un, düzenlediği konulara ilişkin güncel gelişmelerin gerisinde kalması sebebiyle, revize edilmesi gerekmiş ve bu konuda yapılan çalışmalar sonucunda 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanunun 11. kısmında yer alan 407-444 arası maddeler iç tahkimi düzenlemektedir¹⁸.

Türk hukukunda tahkime ilişkin düzenlemeler başlığı altında değinilmesi gereken güncel bir gelişme ise, 29 Kasım 2014 tarihli, 29190 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan ve 1.1.2015 tarihinde yürürlüğe giren 6570 sayılı "İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu"dur. İstanbul Tahkim Merkezi'nin ülkemiz ve dünyadaki yerinin ne olacağını zaman gösterecektir¹⁹.

¹⁸ Gerek HMK kapsamındaki iç tahkime ilişkin kararlar gerekse MTK kapsamındaki milletlerarası tahkime ilişkin kararlar, milli (Türk) hakem kararlarıdır. Bkz. Günseli ÖZTEKİN GELGEL, Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, s.1083-1084. Türk Hukukunda hakem kararlarının milliyetinin tayini konusunda 1951 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından beri "yabancı bir kanun otoritesi altında, daha doğrusu yabancı bir muhakeme usulüne göre verilmiş olan kararların" yabancı hakem kararı olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Turgut KALPSÜZ, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, 2010, s.182-183.

¹⁹ Merkezini yapısı ve başarıya ulaşması için yapılması gerekenlere dair detaylı açıklamalar için bkz: AKINCI, a.g.m., s.79 vd.

Günümüzde yürürlükte bulunan gerek milletlerarası tahkime ilişkin MTK gerekse iç tahkime ilişkin HMK hükümleri düzenlenirken 1985 tarihli UNCITRAL Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanunu'ndan yararlanılmıştır. Bu durum her iki kanunun da genel gerekçelerinde açıkça ifade edilmiştir²⁰. Hatta HMK'nın genel gerekçesinde, iç tahkime ilişkin hükümler hazırlanırken MTK hükümlerinin ve MTK'nın temel aldığı 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanun hükümlerinin dikkate alındığı ve böylece Türk Hukuku bakımından iç tahkim ile milletlerarası tahkim hükümlerinin büyük ölçüde örtüşmesinin sağlandığı dile getirilmiştir.

Bu çalışmanın temel konusunu oluşturan UNCITRAL Tahkim Kurallarının, Türk Tahkim Hukuku'na yansımalarını tespit etmeye başlamadan önce UNCITRAL'in hazırladığı düzenlemelere kısaca değinerek günümüzde yürürlükte olan UNCITRAL Tahkim kurallarını tespit etmekte yarar vardır.

IV. UNCITRAL TARAFINDAN HAZIRLANAN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER VE TAHKİM KURALLARINA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER

Temel amacı devletlerin milletlerarası ticaret hukukuna ilişkin kuralları arasındaki farklılıkları gidermek ve yeknesaklığı sağlamak²¹ olan UNCITRAL, Birleşmiş Milletler bünyesinde 1966 yılında kurulmuştur.

UNCITRAL'in çalışma programında dokuz temel alan belirlenmiştir. Bunlar, malların milletlerarası satışı, milletlerarası ticarî tahkim, taşımacılık, sigorta, milletlerarası ödemeler, fikrî mülkiyet, milletlerarası ticareti etkileyen kanunlardaki ayrımcılığın önlenmesi, acente ve belgelerin tasdikidir. Milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklığının sağlanmasında UNCITRAL'in benimsediği teknikler ise üç tanedir. Bunlar, kanun hazırlama, sözleşme hazırlama ve açıklamalarda bulunarak tavsiye etme şeklindedir²². UNCITRAL'in milletlerarası ticari tahkime ilişkin çalışmalarından bazıları ise; 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları, 1980 tarihli UNCITRAL Uzlaşma Kuralları ve 1985 tarihli UNCITRAL Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanunu'dur.

Bu düzenlemelerden, devletlerin kendi iç hukuklarında tahkime ilişkin düzenleme yapacaklarında yararlanmaları için çıkarılan ve yukarıda da belir-

²⁰ MTK'nın genel gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf> (son ziyaret tarihi 19.11.2015)

HMK'nın genel gerekçesi için bkz.: <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf> (son ziyaret tarihi 19.11.2015)

²¹ Armağan Ebru Bozkurt YÜKSEL, *Uncitral ve Uncitral Model Kanunu'na Genel Bir Bakış*, Türkiye Adalet Akademisi, 2011, Cilt 2, Yıl 2, Sayı 4, s.2.

²² Detaylı bilgi için bkz. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/06-50941_Ebook.pdf s.8 (son ziyaret tarihi 19.11.2015)

tildiği üzere Türk hukuku bakımından, gerek MTK gerekse HMK'da tahkime ilişkin hükümler hazırlanırken yararlanılan, 1985 tarihli Model Kanun'da 2006 yılında bazı değişiklikler yapılmıştır. Model kanun ile, farklı siyasal ve kültürel yapıya sahip devletlerin tahkime ilişkin hükümlerinin yeknesaklaşması sağlanmaktadır²³.

Ayrıca bu çalışmanın konusunu oluşturan ve tarafların aralarındaki sözleşmeye bir hüküm koyarak uygulanmasını sağlayabilecekleri tahkime ilişkin temel kurallar içeren 1976 tarihli Tahkim Kuralları da, 2006 yılında UNCITRAL bünyesindeki Çalışma Grubu II'ye²⁴ verilen görev bünyesinde revize edilmiş ve bu çalışma sonucunda 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları oluşturulmuştur. 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları 15.08.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Milletlerarası ticaretin daha rahat ve güvenli işlemesi, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların ise daha çabuk çözümlenebilmesini amaçlayan bu kurallar "ad hoc"²⁵ tahkimde en sık başvurulan kurallardır²⁶. Tarafların aralarında bir uyuşmazlık çıkması durumunda bu uyuşmazlığın UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde çözümleneceğine ilişkin bir şartı sözleşmelerine eklemeleri bu kuralların uygulanması için yeterli olacaktır. Ancak taraflar dilerlerse sözleşmelerinde belirterek bu kurallarda değişiklikler yapabilirler²⁷. Yine taraflar, sözleşmede belirtmek kaydıyla, bu kuralların sadece bir kısmının kendilerine uygulanmasını sağlayabilirler²⁸.

²³ Doktrinde, UNCITRAL'in bu konuda yeknesaklığın sağlanması için çok taraflı bir konvansiyon hazırlamak yerine bir model kanun hazırlamayı tercih etmesinin, devletlere daha fazla esneklik kazandırdığı ve bu nedenle daha başarılı sonuçlar doğurduğu dile getirilmiştir. Çünkü taraf devletin bir konvansiyonda yer alan hükümlerden farklı bir düzenlemeyi iç hukukunda kabul etmesinin yegane yolu olan çekince koyma işlemi ancak çok sınırlı alanlarda değişiklikler yapılmasına imkan tanımaktadır. Oysa model kanun hükümleri, devletler tarafından, aynen iç hukuklarının bir parçası haline getirilebileceği gibi değişiklikler yapılarak da kabul edilebilir. Hatta devletler kanun yapma aşamasında model kanunun sadece bir bölümünü de kullanabilir. Bkz. YÜKSEL, a.g.e., s.31.

²⁴ Söz konusu çalışma grubunda Türk delege olarak görev alan Prof. Dr. Ergun Özsunay'ın konu hakkındaki görüşleri ve 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın Türkçe tercümesi için bkz. Ergun ÖZSUNAY, *21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

²⁵ Ad Hoc tahkimin temel özellikleri olan, taraf iradesine üstünlük tanınması, geçici olması ve yargılama faaliyetinin belirli bir kuruma bağlı olmadan gerçekleşmesi konularında detaylı bilgi için bkz. Halime Ebru DEMİRCAN, *Uncitral Tahkim Kuralları ile Milletlerarası Tahkim Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ad Hoc Tahkim*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2005, s.27-30.

²⁶ Hans SMIT/ Vratislav PECHOTA, *Comparison of International Arbitration Rules*, J. P. Juris Yayınevi, Amerika Birleşik Devletleri, 1999, s.VII ve Grant Hanessian, *Tahkim ve Yatırım Sözleşmesi İhtilaflarında UNCITRAL Kuralları*, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu- Tahkim, 14.02.2009, s.317.

²⁷ Turgut KALPSÜZ, *Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Hükümlerine Göre Cereyan Eden Tahkim*, Ankara 1990, s.2 ve Hanessian, a.g.e, s.318.

²⁸ Kemal DAYINLARLI, *Uncitral Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*, İkinci Bası, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s.12.

Aşağıda günümüzde ulusal hukukumuzda yürürlükte bulunan MTK ve HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları çerçevesinde incelenmeye ve farklılıklar tespit edilmeye çalışılacaktır.

V. 2010 TARİHLİ UNCITRAL TAHKİM KURALLARI ÇERÇEVESİNDE TÜRK TAHKİM MEVZUATI

1976 tarihli UNCITRAL tahkim kuralları 2006 yılında oluşturulan Çalışma Grubu II tarafından başlatılan revizyon işlemi sonucunda temel üç konuda değişiklik geçirmiştir. Bunlar hakem ücreti ve çeşitli masraflar bakımından makul olma ölçütünün benimsenmesi, sürelerin kısaltılması ve hakem mahkemesine gereksiz gecikmeler ve masraflardan kaçınılabilme olanağının sağlanmasına ilişkindir²⁹. Bu revizyondan sonra yürürlüğe giren 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları, ulusal tahkim mevzuatımızı oluşturan MTK ve HMK hükümleri ile büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Ancak bazı noktalarda da MTK ve HMK'nın 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları'ndan ayrıldığı görülmektedir. Bu benzerlik ve farklılıkları daha açık şekilde ortaya koyabilmek için 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarında benimsenen bölüm başlıkları kullanılarak aşağıda konuya ilişkin detaylı açıklamalar yapılacaktır.

A. Başlangıç Kuralları

2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının uygulama alanının kapsamını belirleyen birinci maddesinin birinci fıkrasında söz konusu hükümlerin "*sözleşmesel olsun olmasın taraflar arasındaki belirli bir hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlıklara*" uygulanacağı belirtilmiştir. MTK'nın dördüncü maddesinin ilk fıkrasında ve HMK'nın 412. maddesinin ilk fıkrasında aynı ifadelere yer verilmiş ve böylece söz konusu düzenlemelerin uygulama alanı sadece sözleşmelerle sınırlı olmaktan çıkarılarak, sözleşme dışı ilişkilere de uygulanabilir hale getirilmiştir. Ayrıca, MTK m.f. 1 ve HMK m.408 f. 1 uyarınca taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin ve iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıkların bu düzenlemelerin kapsamı dışında bırakılmıştır. Oysa 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları arasında uygulama alanını bu şekilde sınırlandıran bir düzenleme yoktur.

B. Hakem Mahkemesinin Oluşturulması

2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.7 f. 1 uyarınca taraflar akisini kararlaştırmamışsa atanacak hakem sayısı üçtür. Aynı düzenleme HMK m.415 f. 2. ve MTK m.7. (a) bendinin ikinci cümlesinde de bulunmaktadır. Ancak HMK ve MTK'dan farklı olarak yukarıda bahsedilen maddenin ikinci

²⁹ ÖZSUNAY, a.g.e., s.67.

fıkrasına göre, taraflardan birisi tek hakem atanmasını talep eder ve diğer taraf tek hakem atanması önerisine 30 gün içerisinde cevap vermezse ve ilgili taraf/taraflar ikinci bir hakem atayamazlarsa, taraflardan birinin talebi üzerine "*atama makamı*", olayın koşullarını göz önüne alarak, daha uygun olacağına karar verirse tek hakem atayabilir. 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.6 f. 2 uyarınca "*atama makamı*" taraflarca seçilir. Hakem seçimi hususunda anlaşma sağlanamazsa, tarafların Lahey'deki Sürekli Tahkim Divanı Genel Sekreterliği'ne başvurması üzerine "*atama makamı*" belirlenir. MTK ve HMK'da ise atama makamı belirlenmesi bakımından taraflara irade özgürlüğü tanınmamıştır. MTK m.7 B/2 ve HMK. m.416 (b) bendi uyarınca "*atama makamı*" mahkemelerdir.

2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.9 uyarınca üç hakemin seçilmesi gereken tahkim yargılamalarında tarafların her biri birer hakem seçer. Taraflarca seçilen bu iki hakem ise, hakem mahkemesine başkanlık edecek üçüncü hakemi seçer. Taraflardan birinin hakem seçimine ilişkin ihbarından itibaren otuz gün içinde karşı taraf seçtiği hakemi bildirmemiş olursa, hakem seçiminde bulunan taraf atama makamından ikinci hakemi seçmesini isteyebilir. Seçilen iki hakem, ikinci hakemin seçiminden itibaren 30 gün içinde başkanlık yapacak hakemin seçiminde anlaşmaya varamazlarsa, baş hakem atama makamı tarafından seçilir. Aynı düzenleme MTK m.7 (B)/3 ve HMK m.416 (c) bendinde de yer almaktadır.

2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.11 uyarınca hakemler tarafsızlık ve bağımsızlıkları konusunda haklı şüphe doğurabilecek her hangi bir durumun varlığı halinde bunu açıklamakla yükümlüdür. Bir hakem atanması anından itibaren tüm yargılama süreci boyunca taraflara ve diğer hakemlere, tarafsızlığı ve bağımsızlığına dair şüphe uyandırabilecek durumları gecikmeksizin bildirmek zorundadır. Aynı hüküm MTK m.7 C ve HMK m.417 f. 1'de de yer almaktadır. 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarında yer almayan, hakemin özelliklerine ilişkin HMK m.416 (2/c) bendi ve MTK m.7 (B/3) uyarınca atama makamı olan mahkemeler, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmasını göz önünde bulundurmamak zorundadır. Ayrıca MTK'nın bu hükmüne göre atama makamı olan mahkemeler, seçilen hakemin taraflarla aynı ülke vatandaşı olmaması, üç hakem seçilecek ise bunlardan ikisinin taraflardan farklı ülke vatandaşı olması ilkesini dikkate almak zorundadır. HMK'nın ilgili hükmünün 1/d bendinde ise hakem mahkemesi heyet ise, hakemlerden en az birinin kendi alanında 5 yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması şartı getirilmiştir.

Hakemin reddi hususunda 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları 15 günlük süre öngörmüştür. Hakemi reddetme süresi, atanan hakemin ilgili tarafa bildirilmesinden itibaren başlar. Aynı doğrultuda HMK m.418 f. 2 düzenle-

mesi uyarınca da hakemin seçiminden ya da hakemin reddi talebinde bulunulabilecek bir durumun ortaya çıktığının öğrenilmesinden itibaren 2 hafta içerisinde hakemin reddedilmesi mümkündür. Her iki düzenlemeden farklı olarak, MTK m.7 D bendi uyarınca hakemin reddi için öngörülen süre ise otuz gündür.

Hakemi reddeden taraf, bu isteğinin reddedildiğini öğrendiği tarihten itibaren 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları ve MTK otuz gün, HMK ise bir aylık süre içerisinde atama makamına itiraz edebilir.

Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakemin sorumluluğuna dair MTK m.7 E bendi ve HMK m.419, hakemin haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçınması halinde, tarafların bu nedenle uğrayacağı zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.16 uyarınca kasten zarar verme durumu dışında tarafların hakemlere, atama makamına ve hakem mahkemesi tarafından atanan her hangi bir kişiye tahkimle ilgili her hangi bir eylem veya ihmal nedeni ile talepte bulunma hakkından vazgeçeceği düzenlenmektedir. Bu bakımdan 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre hakemin sorumluluğu MTK ve HMK'ya göre çok daha dar tutulduğunu, yalnızca kasten zarar verme hali ile sınırlı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

C. Tahkim Yargılaması

2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.1 f.3'te bu düzenlemede yer alan kurallardan her hangi birinin, tahkime uygulanacak hukukun, tarafların aksine bir çözüm öngöremeyecek bir hükmüyle çatışması halinde o hükmün üstün tutulacağı belirtilmiştir. Diğer bir deyişle 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları ile taraflarca seçilen hukuk olarak kabul edilmesi gereken tahkime uygulanacak hukuk çatıştığı takdirde, öncelik tahkime uygulanacak hukuka verilecektir. Bu noktada taraflarca seçilecek hukuk olarak kabul edilmesi gereken tahkime uygulanacak hukukun kendisine değil, aslında bu hukuku seçen tarafların iradesine üstünlük tanınmaktadır³⁰. Oysa MTK m.8 ve HMK m.424 tahkim usulüne uygulanacak kuralların seçimi konusunda taraf iradesinin bu kanunlarda yer alan emredici hükümlerle sınırlandırıldığı görülmektedir. Dolayısı ile taraflar ancak bu kanunlarda yer alan emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla tahkime uygulanacak usul hukuku kurallarını belirleyebilirler.

Gerek 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.18 gerekse MTK m.9 ve HMK m.425'e göre tahkim yeri konusundaki genel ilke, bu konuda taraflara irade serbestisi tanınmasıdır. Tarafların her hangi bir tahkim yeri konusunda karar verememeleri halinde, tahkim yeri hakem veya hakem ku-

³⁰ DEMİRCAN, a.g.e., s.169-170.

rulunda olayın özelliklerine göre belirlenir. Bu durum hakem veya hakem heyetinin tahkim yeri belirleme konusundaki yetkisinin, tarafların bu konuda sahip oldukları serbestiye nazaran daha sınırlı olduğunu düşündürmektedir³¹. Hakem veya hakem kurulu tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden belirtilmek koşuluyla başka bir yerde de toplanabilir. Tahkim yargılamasının dili, dava dilekçesinin konusu ve eklenecek belgeler ile savunma dilekçesinin içeriği ve eklenmesi gereken belgeler ve bu belgelerde yapılacak değişiklikler konusunda 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları, HMK. ve MTK.'da benzer düzenlemeler yer almaktadır. Aynı şekilde hakimin kendi yetkisi hakkında karar vermesine ilişkin 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.23, HMK. m.422 f. 1 ve MTK. m.7 (H) bendi de benzer hükümler içermektedir. Bu hükümlere göre hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun, asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüz hale gelmesine neden olmaz. Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz en geç cevap dilekçesinde yapılır. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmaz. Bu itiraz derhal ileri sürülmelidir. Geç yapılan yetki itirazı haklı sebebe dayanıyorsa, süresinde ileri sürülmemiş olmasına rağmen kabul edilebilir. Hakem veya hakem kurulu yetkisizlik itirazını ön sorun olarak inceleyip karara bağlar, yetkili olduğuna karar verirse tahkim yargılamasına devam edip nihai kararını verir.

2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.26, MTK. m.10 A/2 ve HMK m.426 f. 2'de hakem mahkemeleri tarafından verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları düzenlenmektedir³². 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarından farklı olarak MTK ve HMK'nın ilgili hükümlerinde bu kararların kendiliğinden ortadan kalkmaması için mahkemede dava açma süresi öngörülmektedir. Ancak HMK tarafından dava açma süresi on beş gün olarak belirlenmişken, MTK uyarınca dava açma süresi otuz gündür.

³¹ Hüseyin Ali SADRULEŞRAFI., "Türk "Milletlerarası Tahkim Kanunu"na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkında Görüşler", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 9, S.1, 2007, s.426.

³² İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi geçici koruma önlemi niteliğini haiz kurumların genelde devletin yargı erki tarafından kullanıldığını bilinmektedir. Ancak tahkim yargılamasında da hakem ve heyetlere bu tür önlemlere başvurma yetkisinin tanınması yaygınlaşan bir hukuki mekanizmadır. Bu hususta çeşitli kurumsal tahkim sistemlerinde ve milli hukuk düzenlerinde karşılaştırmalı bir çalışma için bkz: Ergun ÖZSUNAY, "Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların Uluslararası Tahkimle İlgili Düzenlemelerinde Geçici ve Koruyucu Önlemler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 77, S.2, Haziran 2003, s.265-287.

Taraflardan birinin yargılamaya katılmaması durumunda tahkim yargılamasının devam edip etmeyeceğine dair 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.30, MTK m.11 C bendi ve HMK m.430'da birbirine çok benzeyen hükümler yer almaktadır. Bu hükümlere göre davacı geçerli bir neden göstermeksizin süresi içinde dava dilekçesi vermezse, dava dilekçesi usulüne uygun değilse ve bu husustaki eksiklik hakem veya hakem kurulunca verilen süre içerisinde giderilmezse, tahkim yargılamasına son verilir. Davalı cevap dilekçesi vermezse, bu durum davacının iddialarının ikrarı veya davanın kabulü olarak değerlendirilmeyip yargılamaya devam edilir. Taraflardan biri geçerli bir neden göstermeksizin duruşmaya katılmaz veya delillerini sunmaktan kaçınırsa, hakem veya hakem kurulu mevcut delillere göre yargılamaya devam ederek nihai kararını verebilir.

2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarında, tahkim yargılamasının süresine ilişkin her hangi bir süre bulunmamaktadır. Oysa HMK m.427 ve MTK m.10 B bendi uyarınca tahkim yargılamasında, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde esas hakkında karar verilmesi zorunludur. Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla, anlaşma sağlanamaması halinde ise taraflardan birisinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir. Mahkemenin bu konudaki kararı kesindir.

D. Hakem Kararı

Gerek 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları, gerek HMK m.433 ve MTK 13 A bendinde taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem kararlarının oy çokluğu ile verileceği kararlaştırılmıştır. Ancak taraflar veya hakem kurulunun diğer üyeleri yetki vermişse, hakem kurulu başkanı yargılama usulü ile ilgili belli konularda tek başına karar verebilir. Tarafların hakem kararlarının düzeltilmesine dair başvuruları hakkında 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının 38. maddesi, HMK 437 f. 1 ve MTK m.14 B bendi ile birbirinden farklı süreler öngörülmüştür. 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.38 uyarınca taraflar, kararın alınmasından itibaren otuz gün içerisinde hakem mahkemesine düzeltme başvurusunda bulunabilir. Bu istek haklı bulunursa, mahkeme tarafından başvuru tarihinden itibaren kırk beş gün içinde gerekli düzeltme yapılır. Ayrıca mahkeme, kararın taraflara tebliğinden itibaren otuz gün içinde, taraflardan talep gelmemiş olsa dahi, kendi girişimi ile de bu tür düzeltmeleri yapabilir. MTK'nın ilgili hükmünde de 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları ile aynı süreler öngörülmüş, sadece tahkim mahkemesinin kararın düzeltilmesi başvurusunun üzerine bu başvurunun yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içerisinde gerekli düzenlemeyi yapacağı

hükme bağlanmıştır. HMK'nın ilgili düzenlemesinde ise, 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarında düzenlenen otuz günlük süreler iki hafta, kırk beş günlük süre ise bir ay olarak düzenlenmiştir.

Hakem mahkemesinin karar verirken uygulayacağı hukuk konusunda 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının 35. maddesinin ikinci fıkrasında, tarafların sadece hakem mahkemesini açıkça yetkili kıldığı hallerde dosthane arabuluculuk veya hakkaniyete göre karar vereceği belirtilmiştir. MTK m.12 C bendi ve HMK m.433 uyarınca da hakem mahkemesinin hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dosthane çözüm yoluyla karar verebilmesi için tarafların hakem mahkemesini bu konuda açıkça yetkilendirmiş olması zorunludur.

2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları ile MTK ve HMK arasında tespit edilebilecek son farklılık, verilen hakem kararlarının etkisine ilişkindir. 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m.34 f. 2 uyarınca hakem kararları kesin olup, taraflarını bağlar. Oysa MTK m.15 ve HMK m.439'da hakem kararları aleyhine hangi durumlarda devlet mahkemelerinde iptal davası açılabileceği düzenlenmektedir. Ayrıca MTK'ya tabi bir yargılama sonucunda verilen hakem kararının icra edilebilmesi için devlet mahkemesince onanması gerekmektedir.

V. SONUÇ

Türk hukukunda tahkime ilişkin temel mevzuat MTK ve HMK'nın ilgili hükümleridir. Bunlar arasından MTK'da yer alan hükümler yabancılık unsuru içeren tahkim yargılamalarına, HMK'dakiler ise iç tahkim olarak adlandırılan yabancılık unsuru bulunmayan tahkim yargılamalarına uygulanır. Her iki kanun da, genel gerekçesinde ilgili hükümlerin düzenlenmesi aşamasında 1985 tarihli UNCITRAL model kanunundan yararlandığı açıkça belirtilmektedir. Bu çalışmada ilgili ulusal mevzuat ile 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları karşılaştırılarak benzerlikler ve farklılıklar tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu karşılaştırma neticesinde gerek MTK gerek HMK'nın birçok hükmünün 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları ile büyük ölçüde uyumlu olduğu tespit edilmiştir.

HMK ve MTK'nın 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarından ayrıldığı hususlardan biri hakemin reddi ve hakem kararlarının düzeltilmesine dair taraf başvuruları hakkındaki sürelere ilişkindir. Hakemin reddi konusunda 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları ve HMK'da düzenlenen on beş günlük süreden daha fazla süre öngören MTK m.7 D bendinin yargılama süresinin kısaltılması bakımından revize edilmesi gerekmektedir. Bu sürenin on beş gün olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Hakem kararlarına karşı bu kararların düzeltilmesi talebine ilişkin başvuru süreleri bakımından 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarına nazaran daha kısa süreler öngören HMK ve MTK hükümleri ise, yine yargılama faaliyetinin hızlandırılması mülahazası bakımından yerindedir.

2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları ile HMK ve MTK hükümlerinin ayrıştığı noktalardan biri de hakemlerin sorumluluklarına ilişkindir. Hakemlerin sorumluluklarını kasten zarar verme durumu dışında tamamen ortadan kaldıran 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının HMK ve MTK'daki ilgili hükümlere yansıtılması yerinde olacaktır. Böylece sorumluluk alanı daralan hakem, takdir yetkisini daha geniş kullanarak tahkim yargılamasından beklenen adil sonuca daha çabuk varabilir.

HMK ve MTK hükümlerinin 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları ile çeliştiği bir diğer husus ise, tarafların tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk olarak seçtiği kurallar ile tahkim kurallarının çatışması durumudur. 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca böyle bir çatışmanın varlığı halinde tarafların seçtiği hukuka üstünlük tanınmaktadır. Buna karşılık HMK ve MTK hükümleri uyarınca tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun tespitinde taraf iradeleri, mevzuatın emredici hükümleri saklı kalmak kaydı ile kabul edilmiş, bir anlamda ikinci planda tutulmuştur.

HMK ve MTK ile 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarının çeliştiği son hal ise hakem kararlarının etkisine ilişkindir. 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Kurallarında hakem kararlarının kesin ve taraflar açısından bağlayıcı olduğu belirtilmiş olmasına rağmen, MTK ve HMK uyarınca söz konusu hakem kararlarına karşı hangi durumlarda devlet mahkemesinde iptal davası açılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca MTK kapsamında gerçekleştirilen tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi için devlet mahkemelerince onaylanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Makaleler

- Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL, "*Uncitral ve Uncitral Model Kanunu'na Genel Bir Bakış*", Türkiye Adalet Akademisi, 2011, Cilt 2, Yıl 2, Sayı 4, s.1-38.
- Begüm Hande ERTÜRK, "*Milletlerarası Tahkimde Yeni Gelişmeler: Tahkim Yargulaması Süreci ve Masraflarının Azaltılması*", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C 19, S.2, 2013, s.1595 vd. -1619.
- Ergun ÖZSUNAY, "*Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların Uluslararası Tahkimle İlgili Düzenlemelerinde Geçici ve Koruyucu Önlemler*", İstanbul Barosu Dergisi, C. 77, S.2, Haziran 2003, s.265-287.
- Grant HANESSIAN, "*Tahkim ve Yatırım Sözleşmesi İhtilaflarında UNCITRAL Kuralları, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu- Tahkim*, 14.02.2009, s.317-326.
- Günseli ÖZTEKİN GELGEL, "*Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler*", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, s.1081- 1093.
- Hüseyin Ali SADRULEŞRAFİ, "*Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkında Görüşler*", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 9, S.1, 2007, s.499-450.
- Mustafa Serdar ÖZBEK "*Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 51, Sayı 2, 2002, s.121- 162.
- Ziya AKINCI, "*Neden İstanbul Tahkim Merkezi?*", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C 8, S: Özel (Armağan), 2013, s.79 – 96.

Kitaplar

- Cemal ŞANLI, "*Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*", 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- Ergin NOMER, / Nuray EKŞİ/ Günseli ÖZTEKİN GELGEL, "*Milletlerarası Tahkim Hukuku*", 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Ergun ÖZSUNAY 21. *Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Halime Ebru DEMİRCAN, "*Uncitral Tahkim Kuralları ile Milletlerarası Tahkim Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ad Hoc Tahkim*", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2005.
- Hans SMIT / Vratislav PECHOTA "*Comparison of International Arbitration Rules*", J. P. Juris, USA, 1999.
- Julian D. M. LEW/ Loukas A. MISTELIS/ Stefan M. KRÖLL, "*Comparative International Commercial Arbitration*", Kluwer Law International, 2003.
- Kemal DAYINLARLI, "*Uncitral Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim*", 2. Bası, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.

Mauro Rubino SAMMARTANO, *International Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law International, 2001.

Mustafa Serdar ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Sibel ÖZEL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008.

Turgut KALPSÜZ, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, 2010.

Turgut KALPSÜZ, *Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Hükümlerine Göre Cereyan Eden Tahkim*, Ankara 1990.

Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, 2. Bası, Vedat Kitapevi, Ankara, 2007.

Anayasa Konseyi Kararlarının Gücü Üzerine Değerlendirmeler*

Prof. Dr. Michel VERPEAUX**

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN***

Fransız Anayasa Konseyi kararlarının gücü, anayasa metni içinde açıkça düzenlenmese de, Konsey'in yargı kuvvetindeki ve genel olarak kurumlar arasındaki yerinin belirlenmesinde şüphesiz esas kriterdir. Kararların gücüne ilişkin olan Anayasa'nın 62. maddesi dikkat çekici bir şekilde kısa olsa da, Konsey'e ilişkin VII. Başlık altında düzenlenen diğer kurallar için durum tamamen aynı değildir.

Söz konusu hükümler hiçbir zaman organik türde açıklamaların konusunu oluşturmamıştır. Ne "Anayasa Konseyi'nin kuruluş ve görevleri, uygulanacak usul ve özellikle itirazların kabulüne ilişkin süreleri" belirlemede organik kanuna gönderme yapan ve günümüzde hala değiştirilmemiş olan 63. madde, ne de 61-1. maddenin 2. fıkrasındaki "bu maddenin uygulanma koşullarını organik bir kanun belirler" hükmü, Konsey kararlarının gücüyle doğrudan ilgili Anayasayı tamamlayan normların düzenlenmesine izin vermiştir. *A priori*¹ yargılamada uygulanan organik hükümler yalnızca yürürlüğe giriş koşullarını ya da ilan yöntemlerini düzenlemektedir. Bu nedenle Anayasa Konseyi'ne ilişkin Organik Kanuna dayanan 7 Kasım 1958 tarih ve 58-1067 sayılı Kararname'nin 20. maddesi uyarınca; "Anayasa Konseyi kararı gereklidir. Bu karar Resmi Gazete'de yayımlanır". Söz konusu Kararname'nin 21. maddesi ise, Anayasa'nın 61. maddesinin 4. fıkrasına cevap verici niteliktedir². Buna göre, Anayasa Konseyi'nin "Hükmün Anayasaya aykırı olmadığı yönündeki beyanı, yayın süresinin durdurulmasını ortadan kaldırır. Kararname'nin 22 ve 23. maddeleri, Anayasaya aykırılık kararından çıkartılacak sonuçları düzenlemektedir. Kararname'nin 22. maddesi, hükmün yasanın bütününden

* Bu makale, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel (Ocak 2011), N.30'da yayınlanmıştır.

** Panthéon-Sorbonne (Paris-I) Üniversitesi'nde Anayasa Hukuku Profesörü ve Anayasa Hukuku Araştırmaları Merkezi Müdürü'dür. Makale yazarın izniyle çevrilmiştir.

*** Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, ebrukaraman@beykent.edu.tr

¹ 7 Kasım 1958 tarih ve 58-1067 sayılı Kararname'nin II. Başlığı'nın II. Bölümü'ndeki 20 ila 23. maddeler Anayasa Konseyine ilişkin "Anayasaya Uygunluk Bildirimleri" başlıklı Organik Kanun'a dayanmaktadır.

² 1958 Fransız Anayasası md.61/4: "Aynı hallerde, Anayasa Konseyi'ne başvuru yayın süresini durdurur."

ayrılmazlığı halini, 23. maddesi ise bu ayrılmazlığın ortaya çıkmadığı yerde, anayasaya aykırı olarak kabul edilen hükümler olmaksızın yasanın yürürlüğe girmesi ya da Başkan tarafından yeni bir inceleme istenmesi arasında bir seçim yapılmasını ön görmektedir. Bunlar acil olarak nitelendirilebilecek sonuçları olan ve yürürlükten sorumlu olan makamlarla doğrudan ilgilidir.

Anayasa'nın 61-1. maddesinin uygulanmasına ilişkin 10 Aralık 2009 tarih ve 2009-1523 sayılı Organik Kanun (onunla uyumlu Organik Kararname'nin II. Bölümü'nün "Öncelikli Anayasallık Sorunu" isimli 2. Başlığı), Konsey'in kararlarının gücüyle ilgili olarak kararların ilanı ve taraflara tebliği dışında, doğrudan hükümleri kapsamaz (md.23-11)³.

Bu durum, Anayasa Konseyi kararlarının gücü sorununa ilişkin cevapları içeren tamamlayıcı ek organik hükümlerin Anayasa'da bulunmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Konsey'in içtihadı saklı kalmak koşuluyla, uzman hukukçuların görüşleri ve mahkemelerin uygulamaları da olmak üzere, her şeyin Anayasa'nın 62. maddesinde düzenlendiği ve bunun da yeterli olduğu belirtilmektedir.

Konsey kararlarının gücü sorunu, Paris-I Üniversitesi Anayasa Hukuku Araştırma Merkezi tarafından Anayasa Konseyi'nin çalışma alanlarında yapılan araştırmaların beşincisinin gerçekleşmesine neden olmuş, Başkan ile yönetim 31 Mart 2010 tarihindeki bu etkinliğe ev sahipliği yapmayı istemiştir⁴. Bu sunumun amacı, tüm bu çalışmaların kısa bir değerlendirmesini yapmaktır.

Bu etkinlikten birkaç gün önce 1 Mart 2010'da, öncelikli anayasallık sorunundan kaynaklanan kararların gücü sorunuyla ilgili "bir karışıklık" ya da daha doğrusunu söylemek gerekirse "bir yenileme" söz konusu oldu. Ancak, Konsey kararlarının gücünün en baştan beri var olduğu ve sonunda da Konsey'in (kuvvetler ile diğer yargılamaların bünyesinde ya da yanında) her zaman meşruiyet düşüncesinin ortasında yer aldığı unutulmamalıdır. Ayrıca Anayasa Konseyi kararlarının gücü, Konsey'in kendisinin karar alıp uygulamasıyla da ilgilidir.

I. KARARLARIN GÜCÜ VE ANAYASA KONSEYİ

23 Temmuz 2008 tarihli değişiklikten önce, Konsey kararlarının gücü Anayasa'nın 62. maddesinde yer alan iki fıkra ve üç kısa cümle içerisinde yer almaktaydı: "1- 61. maddenin temeline ilişkin anayasaya aykırı olarak beyan edilen bir hüküm ne yürürlüğe girebilir ne de uygulanabilir. 2- Anayasa Konseyi'nin kararları hiçbir itirazın konusunu oluşturamaz. Kararlar kamu

³ 11 Aralık 2009 tarihli Resmi Gazete, s.21379. Kararname md.23-11: "Anayasa Konseyi kararları gerekçelidir. Kararlar taraflara ve gerek Danıştay'a gerekse Yargıtay'a bildirilir; uygun olduğu takdirde öncelikli anayasallık sorunu kaldırılır. Ayrıca, Anayasa Konseyi kararını Başbakanı, Senato ve Millet Meclisi Başkanlarına, 23-8. maddenin son fıkrasında öngörülen hallerde bahsedilen yetkililere iletir."

⁴ Bu etkinlikte olanlar yayınlanmıştır: B. Mathieu ve M. Verpeaux, "l'Autorité des Décisions du Conseil Constitutionnel", Thèmes et Commentaires, Les Cahiers Constitutionnels de Paris I, Dalloz, 2010.

güçleri ve tüm idari ve adli otoriteleri bağlayıcı niteliktedir". 2008 yılı değişikliğiyle, *a posteriori* denetiminin dahil edilmesinin doğrudan ve gerekli sonucu 2. fıkraya ilave edilmiştir: "61-1. madde uyarınca Anayasaya aykırılığı tespit edilen hüküm Anayasa Konseyi kararının yayınından itibaren veya bu kararda belirtilen ileri bir tarihte ortadan kalkar. Hükümün yarattığı dava konusu olabilecek etkilerin usul ve sınırlarını Anayasa Konseyi belirler."

Bu durumda 62. madde üç öneri getirmektedir: *a priori* denetim kapsamında, anayasaya aykırı olarak beyan edilen bir hükmün yürürlüğe girmesi ya da uygulanması mümkün olmadığı gibi (1. fıkra), *a posteriori* denetim kapsamında anayasaya aykırı olarak beyan edilen bir hüküm de iptal edilecektir (2. fıkra). Anayasaya aykırı olarak kabul edilmiş hükümlerin yürürlüğe girmemesi ya da ikinci durumda olduğu gibi yürürlüğe girdikten sonra iptal edilmesi, kararların gücüyle ilgili başka güçlüklerle karşı karşıya olunduğunun göstergesidir. Nitekim Konsey kararları, tercih edilen normatif yolda, kamu makamlarının özgür olup özgür olmamalarıyla ilgilendiği gibi; Konsey tarafından istenilen yasanın değiştirilmesi ve en uç durumda da yasama normunun Anayasaya uygun hale gelebilmesi için anayasal kuralın değiştirilmesini içerir (13 Ağustos 1993 tarih ve 93-325 sayılı Kararın ardından, 25 Kasım 1993 tarih ve 93-1256 sayılı Anayasal Kanun, Fransa'da yabancıların kabulü ile oturmasının koşulları ve göçün durdurulmasına ilişkin Kanun, bkz. Rec. sy.224). *A posteriori* denetimde, siyasi makamlar iptal kararının yasamaya ilişkin sonuçlarını yeni hükümleri yürürlüğe koyarak sonuçlandırmalıdır.

Özellikle dikkat çeken diğer iki öneri, o zaman değiştirilmemiş olan yeni 3. fıkra da yer almaktadır. Böylelikle 62. madde, öncelikli anayasallık sorununa "QPC" ilişkin kararlarda olduğu gibi, *a priori* denetimlerde de uygulanır. 3. fıkra, Anayasa Konseyi tarafından verilen kararların tamamı ile VII. başlık kapsamında verilen kararlar ve aynı zamanda 37/2, 41, 39 ve özellikle 54. maddeler kapsamında verilen kararlarla ilgili olan tek fıkradır. 54. maddeye ilişkin 2 Eylül 1992 tarih ve 92-312 sayılı Karar (Avrupa Birliği Antlaşması), belirgin bir açıklama yapmaktadır (Rec. sy.76). Anayasa'nın 54. maddesi, 62. maddenin düzenlemesini hatırlattıktan sonra, Anayasa Konseyi'nin uluslararası bir antlaşmanın hükümlerinin anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin yaptığı denetim sonucu, uluslararası antlaşmanın anayasaya aykırılığını beyan etmesi halinde, uluslararası antlaşmanın onaylanmasının ancak anayasanın değiştirilmesinden sonra mümkün olacağını düzenlemektedir. 62. maddenin ise, genel bir amacı vardır ve Konsey kararlarının tamamı kesin hüküm gücündedir.

3. fıkra iki farklı öneri içermektedir. Konsey kararlarına karşı başvuru yapılamamasını düzenleyen 3. fıkranın ilk cümlesi, 1958 yılında Konsey'in

herhangi bir yargı düzeninde yer almadığını ve kararlarının yargı düzenlerinin birinin tepesinde yer alan mahkemelerin hiçbirinden kaynaklanmadığını beyan etmek için açıkçası gerekliydi. Bununla birlikte, 21 Nisan 1944 tarihli Kararname hakkındaki 7 Şubat 1947 "d'Aillières" kararında, Danıştay aynı formülü benimseyerek; kanunen açıkça yasaklanmadıkça tüm idari yargı mercilerinin kararlarının temyiz edilebileceğine hükmetmiştir (Rec. sy.50). Geniş anlamda ise, Danıştay'ın 17 Şubat 1950 tarihli "Dame Lamotte" kararı, 23 Mayıs 1943 tarihli yasa ile ortaya konulan "her türlü idari ya da adli başvuruların" yasaklanmasının üstesinden gelmiştir (Rec. sy.110).

Mantıken bu durumda, Anayasa Konseyi'nin, özel mahkemelerin karışıklığı içerisine mi dahil olduğu (bu durumda idari deme cesareti gösterilemez!) yoksa Danıştay'ın denetimi altında mı yer aldığı sorulabilir? "Anayasanın hazırlanmasında kullanılacak olan belgelerden" Konsey'in kararlarının gücü eğer Anayasayı yazanların bir endişesi değilse; aksine, özellikle Danıştay önünde Anayasa Konseyi kararlarına karşı başvuru yapılamaması, onaylanma olasılığı olan bu sorunun cevabının düşünüldüğünü göstermektedir⁵. Herhangi bir başvuru yapılamamasının anayasal onayı, Kraliyet Sarayı'nın güçlü komşusunun kontrolü altına Konseyi yerleştirmeyi hedefleyen bir içtihat riskini ortadan kaldırmaya yöneliktir.

Ancak bu şekilde 62. maddenin son cümlesi anlam kazanabilir. Aslında, 1947 ve 1950 tarihli iki içtihatla, uyumsuzluğun idari niteliği ve Danıştay'ın yargılama yetkisi "Dame Lamotte" içtihadında olduğu gibi tartışmaya kapanmış; "d'Allières" içtihadında olduğu gibi açıkça tanınması gerektiği öngörülmüştür. "Konsey'in kararları kamu güçlerini ve tüm idari ve adli otoriteleri bağlayıcı niteliktedir". Bağlayıcı sıfatı, adli yargı gibi idari yargı da dahil olmak üzere tüm yargı makamlarını kapsamaktadır.

Anayasa'nın 62. maddesi, kesinlikle kapsamının medeni alanla sınırlı olmadığını kabul edildiği Medeni Kanun'un 1351. maddesinden farklı olarak kesin hükmün gücü ilkesinden söz etmez. Ancak bu gücü öngörmeyen 62. madde, aynı zamanda bu gücü yasaklamamıştır. 16 Ocak 1962 tarih ve 62-18 L sayılı kararla, kendisi ile ilgili olarak bu kuralı koymuş olan Anayasa Konseyi, sadece Anayasa'nın VII. başlığı kapsamında kararlarının gücünü sınırlandırmamak için Konsey'in arzusunun açıklamaktadır (Rec. sy.31). Bu durumda, söz konusu kararla sorulan soru, kararın kesin hüküm gücünün mutlak ya da göreceli karakteri ve kapsamıdır; Konsey de hem esasını oluşturan hem de gerekli destek olan sistem ve gerekçeleri esas almaktadır. "DC" kararları arasındaki uyumsuzluk nedeniyle, kesin hüküm gücüne açıkça referans olan 20

⁵ D. Maus, V. Cumhuriyet'in kurumlarının hazırlık çalışmalarının yayımlanmasıyla yükümlü olan Ulusal Komite "4 Ekim 1958 Anayasası'nın hazırlanmasında kullanılacak olan belgeler", in. La Documentation française, 2002; A.-C. Bezzina, L'autorité des décisions du Conseil sur lui-même, in. "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel", op.cit., sy.14.

Temmuz 1988 tarih ve 88-244 DC kararı (Af Kanunu – cons.18, Rec. sy.119) ile 8 Temmuz 1989 tarih ve 89-258 DC kararı (Af Kanunu – cons.13, Rec. sy.48) ile yeniden ele alındı. Bununla birlikte, bazı araştırmacılar "kararın kesin hüküm gücünün anayasallığı" ifadesini kullanmayı tercih etmekte ve dar anlamda kesin hüküm gücünün, anayasa yargısındaki (en azından *a priori* yargılamada) kriterlerin bir araya getirilmesinin zor olduğunu belirtmektedirler⁶.

Bu "kesin karar" gücü, Konsey'in kendisi için emsal teşkil etmez; çünkü karar içtihadı ters olan her şeyi Konsey'e yasaklayacaktır⁷. Bu durum, özellikle "Yeni Kaledonya'da olağanüstü hal" içtihadı (25 Ocak 1985 tarih ve 85-187 sayılı DC kararı, Rec. sy.43) ve Yeni Kaledonya Organik Kanunu'nun uygulamasına yönelik kararda (15 Mart 1999 tarih ve 99-410 sayılı DC kararı, Rec. sy.51) görülmektedir. Konsey, söz konusu kararlarda uygulanan ve hatırlatılan bazı koşulları gözden geçirme yetkisine sahiptir. Olağan mahkeme ve idareler ile kamu makamları için bu yetki söz konusu değildir.

A posteriori denetimle ilgili olarak, kesin hükmün gücü sorusu, bir yandan öncelikli anayasallık sorununa (QPC) ilişkin iki karar arasında olabileceği gibi, diğer yandan da öncelikli anayasallık sorununa ilişkin bir karar ile 61. maddenin (geleneksel) esas hakkında verilen bir karar arasında var olabilecek bir ilişki içerisinde farklı terimlerle ortaya çıkmaktadır. 7 Kasım 1958 tarihli Kararname'nin 23-2. maddesi ile 23-2. maddede belirtilen koşullara gönderme yapan 23-4 ve 23-5. maddeleri, yasama hükmü reddedildiği zaman "koşulların değişmesi dışında, Anayasa Konseyi kararının hükmü ve gerekçelerinde anayasaya uygun olarak beyan edilmemesi" halinde, öncelikli anayasallık sorununa ilişkin soru sormayı yasaklar⁸.

Konsey "öncelikli anayasallık sorunu" prosedürünün başlamasından bugüne kadar, aynı konularla ilgili kararlar arasındaki bu ilişkiler hakkında karara varma olanağı bulmuştur. 2 Temmuz 2010 tarih ve 2010-9 sayılı öncelikli anayasallık sorununa ilişkin kararda, Cezaevleri Uluslararası Gözlemevinin Fransız Bölümü hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 706-53-21. maddesi ile ilgili olarak, "yukarıda bahsi geçen 25 Şubat 2008 tarihli Kanun'un, Anayasa'nın 61. maddesinin 2. fıkrasının hali hazırda uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Başvuru sahipleri tarafından 1. madde hükümleri hakkında yapılan Anayasaya aykırılık itirazında; bahsi geçen 21 Şubat 2008 tarihli kararın 2 ve devamındaki incelemelerde, Anayasa Konseyi 1. maddeyi özel olarak incele-

⁶ A.-C. Bezzina, L'autorité des décisions du Conseil sur lui-même, in. "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel", op.cit., sy.14.

⁷ E. Millard'ın bu konudaki katkıları için bkz.: Le Conseil constitutionnel opère-t-il des revirements de jurisprudence?, in. "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel", op. cit., sy.89.

⁸ Koşulların değişmesi hakkında bkz.: D. Rousseau, La prise en compte du changement de circonstances, in. "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel", op.cit., sy.99.

miş ve karar hükmünün ikinci maddesi, 1. maddenin Anayasaya uygun olduğunu beyan etmiştir. Söz konusu hükmün devamında; 706-53-22. maddeye dönüşmüş olan, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 706-53-21. maddesi hali hazırda Anayasa Konseyi'nin bir kararının hüküm ve gerekçelerinde Anayasaya uygun olarak beyan edilmiştir" (cons.4)⁹. Öncelikli anayasallık sorununa ilişkin 2010-9 tarihli kararda, Anayasa Konseyi için "koşulların değişmemesi halinde, yukarıda belirtilen öncelikli anayasallık sorununu incelemeye gerek olmadığı" belirtilmiştir (cons.5). Bu karardan anlaşıldığı üzere, Konsey kararlarının gücü; Konsey'in belirtilen durumlar sonucu değişiklikler olabileceğini kendisinin de kabul etmesini ve yeni koşullar haricinde aynı metin üzerinde iki kez karar verilememesini Konsey'e zorunlu kılar. Bu durum, "eleştirilen yasama hükmünün kapsamını etkileyen, koşullarda (hukuki ya da olaya ilişkin) ya da uygulanabilir anayasal normlarda, önceki karardan itibaren değişiklikler meydana geldiğinde yapılan yeniden incelemede, Anayasa Konseyi'nin hüküm ve gerekçelerinde Anayasaya uygun olarak beyan edilmiş bir yasama hükmü" sonucuna götürmektedir (3 Aralık 2009 tarih ve 2009-595 sayılı DC Kararı, Anayasa'nın 61-1. maddesinin uygulanmasına ilişkin Organik Kanun, cons.13)¹⁰.

A posteriori yargılamada, aynı yasama hükmünün iki kez incelenmesi de ilk kararların konusunu oluşturmaktadır. Böylece Anayasa Konseyi, önceki bir kararda incelenmiş olan hükümlere ilişkin karar vermeyi reddetmiştir. 6 Ekim 2010 tarih ve 2010-59 sayılı QPC kararında, Bron Belediyesi (Ulusal Kimlik Kartı ve pasaportlar talimatı), "22 Eylül 2010 tarihli bahsi geçen kararlar, Anayasa Konseyi 30 Aralık 2008 tarihli söz konusu Kanun'un 103. maddesinin II ve III paragraflarının Anayasaya uygunluğunu beyan ettikten sonra, bu hükümlerle ilgili öncelikli anayasallık sorununu incelemeye gerek olmadığını" kabul etmiştir¹¹. Ancak bu durumda, Konsey'in aynı metinle ilgili aynı hususlar hakkında paralel hüküm vermesi; usule ilişkin bir sorunu da ortaya çıkarmaktadır.

2009 yılında değiştirilen kararname ile öngörülen koşulların değişmesi, bu durumda verilmiş olan karardaki koşulların değişmesini gerektirmez; Konsey önce *a priori* karara varır; daha sonra, koşulların tersine dönmesi durumu hariç öncelikli anayasallık sorunu "QPC" hakkında karar verir. Gelecekte, her zaman koşulların değişmesi saklı kalmak şartıyla aynı yasama hükmüyle ilgili başka bir hususta da aynı kararı verecektir. Bu durumda, tarafların aynı olması gerekli değildir. Ancak bunun yerine anayasallık kararının özelliği ve amacı aynıdır.

⁹ Anayasa Konseyi'nin 21 Şubat 2008 tarih ve 2008-562 sayılı kararındaki akli bulanıklık nedeniyle cezai sorumsuzluk ve güvenlik tedbirlerine ilişkin 25 Şubat 2008 tarih ve 2008-174 sayılı Kanun (Rec., sy.89).

¹⁰ Bkz. bu konu hakkındaki tartışmalar "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel", op.cit., sy.107-113.

¹¹ 22 Eylül 2010 tarih ve 2010-29/37 sayılı eski QPC kararı, Besançon Belediyesi ve diğerleri. Benzer bir örnek için bkz.: 6 Ağustos 2010 tarih ve 2010-36/46 sayılı QPC kararı, Époux B. ve diğerleri (Müdahilin başvurusu).

II. KARARLARIN GÜCÜ VE DİĞERLERİ

Kesin hüküm gücü, tamamen aynı konudaki kararların doğrudan gücü dışında, Konsey kararlarının kapsamı hakkındaki herhangi bir hususu düzenlemez. Kesin hüküm gücünü esas alan iki "DC" kararında, sadece Konseyle ilgili olarak, bu güç uygulanmıyorsa, belli bir kayma olduğu görülmektedir. Önceden bahsedilen 88-244 DC sayılı kararda, Konsey "22 Ekim 1982 tarihli Anayasa Konseyi'nin kararına ilişkin kesin hüküm gücünün, kendisine tabi olan kanunun bazı hükümlerini hedefleyen anayasaya aykırılık beyanı ile sınırlıdır; farklı açıdan başka bir kanunun aleyhine ileri sürülemez" ilkesini hatırlatır (cons.18). Ancak bahsi geçen 89-258 sayılı DC kararında, 244 DC kararıyla "aynı konuyu dikkate alarak" incelenen ikinci kanundaki unsurların açıkça yeniden ele alındığı sonucuna ulaşılmıştır: "Bir kanunun hükümlerinin anayasaya aykırı olduğunu beyan eden Anayasa Konseyi kararının gücü, prensipte ayrı koşullarda bir başka kanunun aleyhinde ileri sürülemeyeceği dikkate alındığında, kanun hükümleri farklı bir şekilde yazılmış olmasına rağmen, esasen anayasaya aykırı olarak beyan edilen yasama hükümlerine benzer bir konuya sahip olmasıdır" (cons.13). Bu durumda "kesin hüküm gücü" farklı metinlerle ilgili olabilir; ancak bunların birbirleri arasında bağlantı olması gereklidir.

Ancak Anayasa Konseyi kararlarının gücü sorunu, Konsey'in tek başına yetkisini aşmaktadır. Yapılan çalışmalarda, özellikle Parlamento olmak üzere, siyasi makamlar ya da olağan mahkemeler karşısında, "kesin hüküm gücü sorununun" Anayasa'nın 62. maddesinin 3. fıkrasındaki ifadelerle ele alındığı görülmektedir¹².

Bu güç çoğunlukla "yorumlanmış" kesin güç olarak nitelenmekte ve Konsey kararlarının diğer mahkemelerin içtihatları üzerinde de bir etkisi olduğunu göstermektedir¹³. 1999 ve 2001 yılları arasında Devlet başkanının cezai sorumluluk davası (M. Breisacher), 10 Ekim 2001 tarihli Yargıtay kararı ve Anayasa Konseyi'nin 22 Ocak 1999 tarih ve 98-408 sayılı DC kararıyla, Medeni Kanun'un 1351. maddesinde belirtilen koşullar hiç şüphesiz, Yargıtay tarafından belirgin şekilde "yorumlanan" kesin hüküm gücünün sınırlarını göstermiştir. Yorumlanan güç kavramı, herkes için açık bir değerlendirmenin konusu değildir; bazı yazarlar kararın gerekçelerinin normatif bir güce sahip

¹² Yasama fonksiyonuna ilişkin Konsey'in kararlarının gücü konusunda H. Portelli, J.-J. Urvoas ve J.-C. Colliard'un ikinci yuvarlak masa toplantısındaki görüşleri için bkz.: "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel", op.cit., sy.153.

¹³ M. Disant'in katkıları için bkz.: Quelle autorité pour la "chose interprétée" par le Conseil constitutionnel? De la persuasion à la direction, in. "L'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel", op.cit., sy.57. Aynı yazarın "L'autorité de la chose interprétée", LGDJ, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science Politique Koleksiyonu, C.135, 2010. R. Ponsard'ın bu görüşe cevabı için bkz.: Questions de principe sur l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel: normativité et pragmatisme, in. "L'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel", op.cit., sy.29.

olamayacağını ileri sürerler. Zira bu durumda, Konsey kararlarının toplamının "Anayasa" olarak kabul edilmesi gerekecektir¹⁴.

Mahkemeler ve Konsey arasındaki ilişkileri nitelendirmek için, diğer içtihatlarla ilgili olarak Konsey'in kararlarının "gücünden", "ikna kabiliyetinden" ya da "zorlayıcılığından" bahsedildiğinde, bu ilişkilerin söz konusu iki ortağın tutumlarını ilgilendirdiği ve sıradan mahkemeler açısından, Konsey'in içtihadını kabul etme arzusu ya da bir tür itaat olduğu unutulmamalıdır. Anayasa Konseyi açısından, her ne kadar bu durum hiyerarşi ya da üstünlükle eş anlamlı değilse de, kurumlar açısından olmalıdır¹⁵. Bu kabulün ne hemen ne de kendiliğinden olmadığı bilinmektedir. 20 Aralık 1985 tarihli Danıştay kararıyla, ikili olan bu ilişki, genellikle çok önemli bir aşama olarak görülmüştür; Outters Kurumları AŞ (Rec. sy.382). Aslında, "önde gelme" şeklindeki bu formülün gerekçesi, Fransız anayasa yargısının kesinlikle Yüksek Mahkeme niteliğinde olmayıp, anayasal anlamda uzman bir mahkeme olmasıdır. Ancak, eğer bu uzmanlık *de facto* olarak bir üstünlüğü gerektirmiyorsa, Anayasa uzmanlığının dikkate alınması sorgulanabilir.

Fransa'da yargı düzenlerinin geleneksel ikili ayırımından dolayı, homojen ve tek bir yargı düzeni dışında bir başka düzlemde akıl yürütmek gereklidir¹⁶. Hiç şüphesiz, "olağan mahkemeler" ifadesine, bir üst mahkemeye bağlı bir yargılama yapan önemsiz bir anlam vermemek gerekir; sadece yargılama herkese açıktır. Söz konusu ilişkilerin daha barışçıl (yumuşak) bir modelde tasarlanabileceğini ifade eden Dekan Vedel, Anayasa Konseyi kararlarının ikna edici gücünden bahsederek tavsiyelerde bulunmuştur. Pedagojinin yerini alabilecek olan bu ikna etme, uzun olabileceği gibi bazen de direnmelerle karşı karşıya kalabilir. Ancak, Anayasanın yorumunun saklı kalması gerekmektedir. Sonuç olarak, Anayasa Konseyi'nin içtihatlarındaki çelişkilerde, kurucunun kendisine geri göndermek hariç, son sözü kendisi söyleyecektir. Koné Kararı bundan ayrı düşünülemez (Danıştay, 3 Temmuz 1996, Rec. sy.255) ve eğer "olağan" mahkemeler, kendi görevlerine ilişkin, yeni anayasal prensipleri oluşturabileceklerse, tüm bunlar Anayasa Konseyi'nin nihai kontrolü altında olmalıdır. Adli ve idari mahkemeler, Anayasayı, Anayasa Konseyi ile aynı şekilde yorumluyorsa, bu durum rastlantı ya da örtüşmenin etkisi olarak kabul edilmemelidir. Nitekim, hakimler kararlarında Konsey kararlarına atıfta bulunmasa da, bu durumun Anayasa'nın 62. maddesinin zımni bir uygulaması olduğu göz önünde tutulmalıdır. Aksi halde, yargı birliğindeki başarısızlıklar, hukuk birliğini de etkileyecektir.

¹⁴ O. Pfersmann'ın görüşleri için bkz.: "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel", op.cit., sy.84.

¹⁵ İlk yuvarlak masa toplantısında, M. Guillaume'un bu doğrultudaki görüşleri için bkz.: "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel", op.cit., sy.121.

¹⁶ O. Schrameck ve A. Gariazzo'un farklı görüşleri için bkz.: "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel", op.cit., sy.132 ve sy.136. Başka bir bakış açısı için bkz.: D. Le Prado, op.cit., sy.141.