

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
2005/1**

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 40
Galatasaray Hukuk Fakültesi No : 30

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

Bu kitaba ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eseri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Bu kitapta yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

Prof. Dr. Ercüment ERDEM

Prof. Dr. A. Işıl KARAKAŞ

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı Mayıs 2007'de yayınlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Yayınları

Baskı - Cilt : Kahraman Ofset

Bağcılar/İstanbul (0-212) 629 00 01

Kapak Tasarımı: Gülgonca ÇARPIK

Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.

Himay-i Etfal Sokak Talas Han No: 13-15 Cağaloğlu-İSTANBUL

Tel: (0 212) 511 54 32 - **Fax:** (0 212) 511 36 50

e-mail: betakitap@betakitap.com www.betakitap.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 80840 İSTANBUL

DERGİ YAZI KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL, Prof. Dr. Ziya AKINCI, Prof. Dr. Nami BARLAS, Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR, Prof. Dr. Alain BOCKEL, Prof. Dr. Pierre Henri BOLLE, Prof. Dr. Yalçın ÇAKALIR, Prof. Dr. İzzettin DOĞAN, Prof. Dr. Ercüment ERDEM, Prof. Dr. Celal ERKUT, Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ, Prof. Dr. Ahmet KIRMAN, Prof. Dr. Erden KUNTALP, Prof. Dr. Pierre Le MIRE, Prof. Dr. İlber ORTAYLI, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, Prof. Dr. Ata SAKMAR, Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ, Prof. Dr. Samim ÜNAN, Prof. Dr. Duygun YARSUVAT, Prof. Dr. Hamdi YASAMAN, Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA, Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU.

Doç. Dr. Erdoğan BÜLBÜL, Doç. Dr. Enver Murat ENGİN, Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL, Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doç. Dr. İlhan YILMAZ.

Yrd. Doç. Dr. Serap AMASYA, Yrd. Doç. Dr. Cem AYAYDIN, Yrd. Doç. Dr. Şebnem GÖKÇEOĞLU BALCI, Yrd. Doç. Dr. Erdem BÜYÜKSAĞIŞ, Yrd. Doç. Dr. Murat DEVELİOĞLU, Yrd. Doç. Dr. Ali DURAL, Yrd. Doç. Dr. Mehmet ERDEM, Yrd. Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ, Yrd. Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK, Yrd. Doç. Dr. Emre ÖKTEM, Yrd. Doç. Dr. Şule ÖZSOY, Yrd. Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER.

MCF. Dr. Eric SALES.

Ar. Gör. Dr. Anlam ALTAY, Ar. Gör. Dr. Ahu AYANOĞLU MORALI, Ar. Gör. Dr. Tolga AYOĞLU, Ar. Gör. Dr. Zeynep ÜSKÜL.

Ar. Gör. Eylem AKSOY, Ar. Gör. Özge AKSOYLU, Ar. Gör. Güçlü AKYÜREK, Ar. Gör. Süheyla BALKAR, Ar. Gör. Nur BOLAYIR, Ar. Gör. Pelin ÇAVUŞOĞLU, Ar. Gör. Balca ÇELENER, Ar. Gör. Burak ÇELİK, Ar. Gör. Ege GÖKTUNA, Ar. Gör. Mehtap İPEK, Ar. Gör. Başak KARAMAN, Ar. Gör. Tuba KARAMAN, Ar. Gör. Mehmet KARLI, Ar. Gör. Cenk KESKİN, Ar. Gör. Sedef KOÇ, Ar. Gör. Bleda KURTDARCAN, Ar. Gör. Pınar MEMİŞ, Ar. Gör. Özgür MUMCU, Ar. Gör. Çağla TANSUĞ, Ar. Gör. Kürşat TANGÜN, Ar. Gör. Mert YAŞAR, Ar. Gör. Didem YILMAZ, Ar. Gör. Fülürya YUSUFOĞLU, Ar. Gör. Sinan H. YÜKSEL.

İÇİNDEKİLER

KONFERANSLAR

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL	3
Edebi Metinlerde Özgürlük/Zorunluluk Sorunsalı	
Prof. Dr. Ziya AKINCI	13
Türkiye’de Milletlerarası Tahkim	
Prof. Dr. Nami BARLAS	25
Yeni Medenî Kanun’a Göre Eşler Arası Hukukî İşlem Rejimi	
Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR	47
Ceza Hukukundaki Son Gelişmeler ve Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine Bir Bakış	
Prof. Dr. Alain BOCKEL	69
Le Constitutionnalisme européen et la defense de la democratie	
Prof. Dr. Celal ERKUT	77
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının, Kamu Hukuku Alanında İç Hukuk Düzenimize Etkileri	
Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ	97
Avrupa Anayasası	
Prof. Dr. Pierre Le MIRE	103
Le statut des services publics dans l’Union européenne	
Prof. Dr. Ata SAKMAR	117
Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mülkiyeti ile İlgili Sorunlar	

Prof. Dr. Françoise TULKENS	127
Les droits garantis, la garantie des droits	
Prof. Dr. Samim ÜNAN	177
Karayolları Trafik Kanunu'ndaki Trafik Sorumluluğu Sigortasına İlişkin Düzenleme Hakkında Bazı Düşünceler	
Prof. Dr. Duygun YARSUVAT	203
1839'dan Bugüne Türkiye'nin Bitmeyen Sevdası: Avrupalı Olmak	
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN	209
Tanınmış Marka ile İlgili Sorunlar	
Doç. Dr. Murat ENGİN	223
İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih	
Doç. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ	233
Avrupa Birliği'nin Kültürel Temelleri	
Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK	243
Avrupa Birliği, Türkiye ve Vergi Uyumu	
Yrd. Doç. Dr. Emre ÖKTEM	249
Din Olgusu ve Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecinde Türkiye	

MAKALELER

KAMU HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER	273
Les limites de la critique admissible envers le president de la republique, <i>Observations sur l'arrêt Pakdemirli c. Turquie</i>	
Yrd. Doç. Dr. Emre ÖKTEM	283
Le Traité de Paris de 1856 revisite à son 150 ème anniversaire: Quelques aspects juridiques internationaux	

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Ali DURAL	303
Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Uyarınca Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkının Maddi Şartları	

Yrd. Doç. Dr. Mehmet ERDEM.....315

Tazminatın Taraflarca Götürü Olarak Belirlenmesi

Mevzuat ve Karar Tahlilleri

Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK339

2005 Ocak-Haziran Malî Hukuk Kroniği

Kanun Tasarıları Hakkında Görüşler

Devlet Sırları Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı'nın Görüşü.....371

“Yapı Kanunu Tasarısı Taslağı” Konusunda Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı'nın Görüşü.....383

KONFERANSLAR*

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2004-2005 Öğretim Yılında, İstanbul Barosu ile birlikte "Hukuk Konferansları" düzenlemiştir. Hukukun çeşitli güncel sorunlarının incelendiği ve açıklandığı bu konferanslar, Dergi'nin ilk bölümünün içeriğini oluşturmaktadır.

EDEBİ METİNLERDE ÖZGÜRLÜK/ZORUNLULUK SORUNSALI

*Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL**

Edebi metinlerde adına çok sık rastlanan düşünürlerden biri Spinoza'dır. Serbest iradeye inanmadığı halde demokrasiyi alternatifi olmayan bir rejim olarak neredeyse sınırsız bir ifade özgürlüğü üstüne oturtması, onu edebiyatçılar için çekici kılan özelliklerinden biridir. Ama metnin edebiyatçıları etkilemesinin bir başka nedeni de galiba Spinoza'nın geleneksel felsefeye her anda ve her yerde alternatif bir felsefeyle karşı çıkmasıdır. Düşünceyi dünyanın değil, dünyayı düşüncenin yarattığına inanan ve düşünceyi dünyadan kopararak meslekten felsefecilerin kapalı av alanına dönüştürenler için uygun bir felsefe olmayacaktır Spinoza'nınki. Onun felsefesi hayatın içindedir, hayat gibi sonsuzca karmaşık, zengin ve hareketli. Daha doğrusu hayatın kendisidir ya da düpedüz bir hayat kılavuzudur. Ve Spinoza'ya yaklaşanlar, tabii edebiyatçılar da "meslekten felsefeciler için felsefe"yle "herkes için felsefe" arasında bir seçim yapmış olacaklardır. Söz konusu seçim, Spinoza'yı metinleri içine sokan edebiyatçılarda sık sık bir Kant karşıtlığıyla özdeşleşecektir. Bu metinlerde Nietzsche ve Spinoza ittifakı, Kantçı zihniyete karşı sonsuz bir çatışmaya girecektir: İnsana ödevler yükleyen kasvetli bir düşünceyle, insanı özerkleştirmeye çalışan neşeli bir düşünce arasındaki çatışma...

Julio Cortázar özellikle *Rayuela (Sek Sek)* ve *Los Premios (Talihliler)* adlı romanlarında bu çatışmayı anlatanlardan biridir: Ona göre, insanlar sosyal yapılarıyla, tarihleriyle, Rönesans uçarıklarıyla, romantizmin yüzeysel hüznüyle trajik bir uyumsuzluğu saklamaya çabalarlar ve ücretli tatilleri, çalışmanın ucuz ve kirli sevinci, koyun sürüsünün tekdüzeliği içinde yürüyüp giderler; ama köpekler peşlerine salınmıştır. Onları zoolojik basamaklardan koparıp alan Logos bir şakadan başka şey değildir. Saçmalık. Onları şu anda, ya da başka bir anda oluşturan şeyin tamamını kavrayabilecek-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

rini, onu tutarlı, kabul edilebilir bir şey olarak algılayabileceklerini sanmaları saçmalaktır. Neye inanabilirler ki? Özgürlüklerin en yanlıtıcısı içinde, Musevi-Hıristiyan diyalektiği içinde, kendilerini boğarken... “*Kant’ın kategorilerine*”, Fichte’ci bir diyalektiğe takılıp kaldıkça bu çıkmazdan kurtulamayacaklardır. Ödev, ahlak, ahlaksızlık, ahlakdışılık, adalet, hayırseverlik, Avrupa ve Amerika, gece ve gündüz, evliler, nişanlılar ve dostlar, ordu ve banka, bayrak -aşk ve cinsellik, erkeklik ve kadınlık, kutsal topraklar, şanlı tarih, nurlu ufuklar, aydınlık yarınlar, ilerleme ve uygarlık.

Alman romantizmi bir akım olarak Spinoza’ya verdiği benzersiz yerle, felsefe-edebiyat ilişkisini doruğa çıkartır: Bielschowsky, Goethe’nin ya da Faust’un bu çatışmada tepeden tırnağa modern insanı temsil ettiğini yazacaktır. Goethe’nin sürekli gönderme yaptığı Spinozacı *Immanenz* (İçkinlik) düşüncesinde, cennete, cehenneme değil, doğrudan doğruya yeryüzüne, sağlam toprağa sıkıca basan ve bir yandan modern olup, diğer yandan moderniteyi sorgulayan insandır bu¹. Faust’un bir modern olarak sorunu ve arayışı, eserin hemen başında, “Ne yazık! Felsefe, Hukuk, Tıp ve de sen hüznü Teoloji” diye başlayan -Christopher Marlowe’un Dr. Faustus’u da aynı şeyi söyleyecektir- monoloğunda yeterince görülür². Bielschowsky, determinizm diye nitelendirdiği tavrıyla, Spinozacı Goethe’nin Kant’ın özgürlük düşüncesini nasıl karşısına aldığı aktarır. Vaysse’a göre, Johann Gottfried Herder Spinoza’yı, Kant’ın amansız bir rakibi olarak okur ve Goethe’yle arkadaşları için Spinoza, Aydınlanma felsefesini ve Kant’la Fichte’nin aşkınlıkçı idealizmini aşma imkanı veren bir öncüye dönüşür³... Hölderlin’in *Hyperion*’una gelince, Hölderlin bu eseri, Jena’da Fichte’nin derslerini izlediği ve Kant estetiği üstüne çalıştığı sırada yazmaya başlamış ve bu arada idealist düşünceden giderek kopmuştur. Hölderlin’in temel sorunu, Tabiat’la özgürlük arasında açılan derin çukuru kapatmak için sistemin birliğini sağlayabilmektir. Ama bu birliği gerçekleştirmek üzere, ikiciliği aşmayı becerebilen bir tek modern filozof vardır; o da Spinoza’dır. Onunla, Tanrı’yla evrenin özdeşliği temelinde birliği düşünmek mümkün olabilecektir. Ama burada da *Hyperion*’un sancılı duraksamalarına yol açan soru ortaya atılacaktır: Bu birlik içinde insanın yeri nerededir? Spinoza ya da Fichte: *Hyperion* bu soruya çözüm ararken, Herakleitos’a özgü “Tabiat’ı nesnelleştirme” çabasıyla, olsa olsa bir Spinozacı olabilecektir... Bu düşünsel çerçevede, Hölderlin’in Hegel’e yazdığı ve Alman idealizminden, daha da kesin olarak öznellik metafiziğinden koptuğunu ilan ettiği mektubu çok önemlidir. İdealizm kendini bir kısır döngüye mahkum etmiştir ve Kant’ı aşabilmenin tek yolu Spinoza’ya dönmektir...

1 **Bielschowsky**, *Goethe. Hayatı ve eserleri II*, 627, 730, 731.

2 **Goethe**, *Faust*, 32-35.

3 **Vaysse**, *Totalité et subjectivité. Spinoza dans l’idéalisme allemand*, 125; Marlowe, Bütün oyunları, 244-246.

Kant ve Fichte okuduktan sonra, bir modern, yalnız ve yalnız Spinoza'yı okuyabilecektir⁴.

Şairlikle devlet adamlığı ve diplomatlığı bir araya getirmemek için özel bir gayret gösteren Saint-John Perse ise felsefesini şiire şiirini felsefesine, geleneksel anlamda felsefe yapmadan katacaktır; bunu yaparken de Spinoza düşüncesini benimsemiş olma ihtimali yüksek bir başka büyük şairden, Walt Whitman'dan etkilenecektir. Saint-John Perse'de öznenin, varlıkların ve şeylerin sınırsızca sıralanmasıyla özdeşleştiğini söyleyen Meschonnic, bu kaynaşmanın, sözcükler, insanlar ve şeylerin birliği özlemiyle, bir kutsallık arayışına yöneldiğini söyler. Spinoza bu düşünceden, yalnızca kutsallıktan uzaklaşan tavrıyla ayrılacaktır. Şair, binlerce yıldır kendini kapattığı yerden -hem de vakit geçirmeden- çıkması ve sesini duyurması gereken filozof/şaire seslenirken, “mercek perdahçısı filozof”, gülümsemesini, sabretmesini bilen “tatlı” insanlar, uçurumlara ve açık denizlere aşına olanlar arasında yerini alacaktır⁵. Camelin, *Anabasis*'in VII. Şarkı'sında da “gözlük camı perdahlayan filozoflar” a gönderme yapıldığını, ama sonradan bu göndermenin şiirden çıkarıldığını söyler⁶. Spinoza, mercek perdahçısı olarak Saint-John Perse şiirinde yerini alırken, felsefesi de bu hem felsefi, hem de geleneksel felsefe karşıtı -Greko-Latin kültüre tavrı almış- şiirin içine sızar. Mektuplarından 1908-1909 yıllarında Bergson, Nietzsche ve Spinoza okumaya başladığı belli olan Saint-John Perse, onlara ilgi duyduğu ölçüde *Kant'a*, bu *düşünürün “gayrişahsiliğine”* ve soğuk *önergelerine* karşı çıkacaktır; belki de yergici yanının yasakladığı, ama Katoliklik'ten uzaklaştığı ölçüde “beden”inin derinliklerinde gizlenmiş olan panteizmi yüzünden: Gustave Adolphe Monod'ya 1911'de yazdığı gibi, *o tarafgir olanın tarafındadır ve dünyada en çok “Doğrucu”nun adaletsizliğinden nefret eder; tıpkı kıştan ve Kant'ın önergelerinden nefret ettiği gibi*⁷... Tabii Saint-John Perse Kant'ın karşısına yalnızca Spinoza'yla değil, “Ahlaka inandığımız ölçüde, varlığı mahkum ediyoruz” diyen Nietzsche'yle de karşı çıkacaktır. Camelin, bu şiirin Spinozacı bir “tut-

⁴ **Vaysse**, *Totalité et subjectivité. Spinoza dans l'idéalisme allemand*, 129, 130, 132, 137.

⁵ **Meschonnic**, *Spinoza. Poème de la pensée*, 278, 279, 11. Camelin *Rüzgarlar*'da Saint-John Perse'in hem pazar ekonomisinin insanlıkdışı mantığına, hem de yıkıcı totaliter ideolojilere karşı çıktığını, bu insancıl tavrın ona Nobel ödülü getirirken, savaş sonrası Marxist entelektüellerin saldırılarına yol açtığını söyleyecektir (**Camelin**, *Eclat des contraires. La poétique de Saint-John Perse*, 290).

⁶ **Camelin**, *Eclat des contraires. La poétique de Saint-John Perse*, 126

⁷ **Saint-John Perse**, *Oeuvres complètes*, 650, 655, 663, 737, 742, 776; yine 1911'de André Gide'e de şunları yazacaktır: “C'est loin, hein! tout ça... plus loin que nos disputes au sujet de Spinoza ou de Nietzsche, sous le magnolia à feuilles caduques de l'allée gauche au fond du parc.. Naturellement, je ne tourne jamais la tête: par hygiène d'abord, et puis par peur de rencontrer, sur la route de Tarbes, Emmanuel Kant et ses pantoufles bourrées de postulats”.

kularına hakim olma” düşüncesiyle Nietzscheci bir “eylem” düşüncesi arasında durduğu kanısındadır. Saint-John Perse’in Spinoza ilgisi, geleneksel felsefe eğitimi karşısına alır. Felsefe lisansı yaparken, felsefe profesörlerinin felsefesinden ve “erkekleri ayakkabılarına, kadınları da vajinalarına indirgeyen” öğrencilerin basitliğinden nefret eden şair için, Üniversite köhne bir Mantıkçılar Locası’na dönüşmüştür. Buradan uzaklaşmak, şu “saçma felsefe lisansından vazgeçmek” Spinoza’ya yaklaşmak olacaktır. “Felsefi bir bunalım” diye adlandırdığı bu süreçte (1910-1911) *Anabasis* adı, dolayısıyla da tasarısı belirir. Sonra 1922’de *Anabasis*’e damgasını vuracak “şiirsel bir yenilenme” Spinoza’nın tekrar okunmasına denk düşer⁸: “Şiir, varlık bilimidir! Çünkü her Poetika bir ontolojidir... şair ne köleliği, ne de ölümü işler... Akıp giderken nehir büyük siyasi tutkuları alıp götürür, sahte yücelik temaları da kıyıya vurur” der. Yokolmayansa, bir billurlaşma olarak değil, doğumu, gelişimi ve yayılımıyla, sürekli bir hareket olarak “şairin felsefesi”dir. Şiirle felsefe, şairle filozof arasındaki buluşma böyle başlar ve bu buluşmadan, (Spinozacı) Neşe’yi, daha doğrusu Haz’zı hakim kılmaktan başka hedefi olmayan içkinlikçi bir şiirsel yaratı anlayışı çıkar.

Isaac Bashevis Singer’ın *The Spinoza of Market Street* (*Çarşı Sokağı Spinozası*) adlı öyküsünde bir “Spinoza okuru-Spinoza zorunluluğu” çatışması Dr. Fischelson’un kişiliğinde ortaya çıkar. Fischelson otuz yıldır *Ethica*’yı okuyan, her önermeyi, her kanıtlamayı, her sonucu, her notu ezbere öğrenmiş olan, Kant’ın *Kritik der reinen Vernunft*’da (*Saf Aklın Eleştirisi*) söylediği her şeyi Spinoza’nın öngördüğünü -haklı olarak- düşünen, üstelik Spinoza üstüne hiç bitmeyecek incelemeyi -her Spinozacı gibi- yazmaya da girişmiş bir öykü kahramanıdır. Herhangi bir bölüme ulaşmak istediğinde, hiç aramadan, gerekli sayfayı hemen açacak kadar *Ethica*’ya vakıf bu küçük Spinoza, yine de okudukça, çözülemez cümleler, karanlık bölümler, anlamını iyi kavrayamadığını düşündüğü saptamalarla karşılaşmaktadır. Ayrıca o da her Spinoza okuru gibi, *Ethica*’da, kimsenin çözemediği gizli anlamlar yakalamakta, tüm Spinoza uzmanları gibi, Spinoza üstüne düşünen ve yazarların hiçbirinin Spinoza’yı anlamadığına, kendi karmakarışık düşüncelerini ona malettiklerine inanmakta, Spinoza hakkında okuduğu kitapları “Budalalar, eşekler, cahiller!” diyerek kapatmakta ve modern felsefeyle ilgilenmeme konusunda kesin kararlar almaktadır. Ve tabii, anlaşılması bu kadar zor olan Spinozacı ilkeler ya da zorunluluklar doğrultusunda hayatını düzenlemekte müthiş bir kararlılık göstermektedir. Spinoza *Ethica* IV’te, kendisini nasıl anlarsa anlansınlar, aslolanın hayat üzerine düşünmek olduğunu söylerken, Fischelson için de bir hayat tarzı önermektedir: Fischelson ise kendisi

⁸ **Camelin**, *Eclat des contraires. La poétique de Saint-John Perse*, 118, 122, 163. **Dan-Ion Nasta** ise *Saint-John Perse et la découverte de l’être (Saint-John Perse ve varlığın keşfi)* adlı kitabında şair ve şiiriyle Heidegger ve felsefesi arasında ilişki kuracaktır.

için Spinoza'nın hayat tarzı olduğunu düşündüğü bir tarz seçmiştir. Onun gibi bağımsız kalmak için evlenmemiş, Spinoza'nın düşüncelerine benzer düşünceler açıkladığı için hahamla çatışmış, işinden olmuştur. Olsun; Spinoza Fischelson'un yanındadır ve ona, akla uygun hazzın *Amor Dei Intellectualis*'te gerçekleşeceğini, tanrısal bütünün parçası olmanın bilinciyle aklın en kusursuz haline ulaşılacağını öğretmektedir⁹. Ya da en azından Fischelson böyle düşünmektedir. Ama Spinoza uzmanı Fischelson, hayatını Spinoza felsefesine göre düzenlerken ve tüm Spinoza yorumcularını anlayışsızlıkla suçlarken, kendisi Spinoza'yı yeterince anlayabilmiş, (up)uygun bilgiye ulaşmış mıdır? Spinoza "bedenin neye muktedir olduğunu bilmiyoruz" derken, bedensel güç hakkında bir bilgimiz olmadığını, dolayısıyla bedensel haklar hakkında da bir fikrimiz olmadığını mı söylemektedir? Spinozacı Fischelson bedeninin ya da düpedüz Fischelson'un neler yapabileceğini ve nelere hakkı olduğunu bilmekte midir? Özellikle rastlantısal, tüm evlilikler gibi zorunlu anlamda rastlantısal bir evlilik yaparak, hayatını değiştirdikten sonra... İlk gece, bu yaştan sonra yapılan bir evliliğin yine de hayatında çok şey değiştirmeyeceğini sanan Fischelson, yatağa elinde *Ethica*'sı girer, ama gece beklemediği bir biçimde, *amor intellectualis*'ten çok uzakta sona erer. Şafak sökerken, Fischelson açık pencerenin önünde, kan ter içinde ve elleri titreyerek, ustasından özür dilemektedir: "İlahi Spinoza, bağışla beni. Delirdim de"¹⁰. Herhalde Spinoza, Fischelson'un yanında olabilseydi, onun sırtını sıvazlayarak, kendisini iyi anlamadığını ve düşüncesini Kant'ın düşüncesiyle karıştırdığını, ortada bağışlanması gereken bir suç olmadığını ve belki de yanlış bir hayat tarzı seçtiğini söyleyecekti; ya da Fischelson'un hayatının Fischelson'un hayatı olduğunu ve ortada örnek alınacak bir hayat olamayacağını...

Nexus'da Sofokles, Aristoteles, Platon, Dante, Pico della Mirandola, Erasmus, Goethe ve Ibsen'le Avrupa düşüncesini oluşturan düşünürler arasına Spinoza'yı da katan Miller, *Tropic of Capricorn*'da (*Oğlak dönencesi*) "Immanuel Tavşanboku Kant'ın saf aklının yalnızca karnından konuşan adamın kuklasının üretebileceği akıl olduğunu" yazar. Özgürlük sorununa insana ödevler yükleyerek cevap arayan Kant düşüncesinin Spinoza düşüncesinin karşıt kutbu olduğu düşünülürse, Miller, Kant karşısında, Spinoza'nın yanındadır denebilir mi¹¹? Tıpkı Saint-John Perse'in, Musil'in Maugham'ın, Kant karşısında, Spinoza'nın (ve Nietzsche'nin) yanında oldukları gibi.

Robert Musil'in *Die Verwirrungen des Zöhlings Törless*'inde (*Genç Törless*) Musil'in genç kahramanı, hayatın anlamını bulmaya çalışırken karşılaştığı

⁹ Singer, *Le Spinoza de la rue du Marché*, 246, 247, 256, 257, 254, 250.

¹⁰ Singer, *Le Spinoza de la rue du marché*, 275.

¹¹ Miller, *Nexus*, 322; *Oğlak dönencesi*, 246.

Kant'ın bu konuda ona hiçbir şey söyleyemeyeceğini çok erken keşfeder. Tüm sırların çözümünü içerdiği iddia edilen kitabı atar, hayatı ıskalayan bu felsefeyi reddeder ve yolunu, karanlık bir odadaymışçasına, yoklaya yoklaya, el yordamıyla, kararlamasına bulmaya çalışır¹².

Zorunluluk içinde kendi yolunu bulmak, serbest iradeye ve Kant'a karşı olmaktır: Somerset Maugham'ın *Of human bondage*'inde (*İnsanın köleliği*) Philip (ya da Somerset) Zorunluluk anlayışının karşısına Kant'ın *Kategorik Emperatif*'inin dikildiğini görür. Seçilmesi gerekenin iradi bir çabayla seçilebileceğini ve aklın bu yoldaki en yetkin kılavuz olduğunu söyleyen Kant'ın önermesini budalaca bulur. Önerme Kant'tan bile gelse, insanların başkalarının söylediklerine saygı gösterirken kendilerini (özerkliklerini) yokettiklerini düşünür. Ona göre Kant düşündüklerini, doğru oldukları için değil, Kant olduğu için düşünmüştür. Philip ise, Kant'a ve akla karşı, tutkularının doygun tutsağı olduğunu düşünmektedir. Serbest iradenin bir yanılısama olduğu kanısındadır; sözkonusu yanılısamadan kolay kolay kurtulamadığı halde... Harekete geçmeden önce bir seçim yapabileceğini düşünür; sonra da bunun kaçınılmaz olduğunu... Öyleyse insanın elinden gelen yalnızca (ve Spinozacı bir tavırla) pişmanlıktan kurtulmaktır. Evrenin tüm güçleri insana karşı birleşmişken, düşürülen bir vazunun kırıkları üstüne gözyaşları dökmenin ne anlamı olabilir? *Of human bondage*'de de Maugham'ın verdiği tekil özerkleşme dersini böyle okumak gerekecektir: Philip ya da Maugham Spinoza'ya yakınlaşıırken, ilk adımlar çocukluktan beri alınan dinî eğitimden kesin bir kopuşla atılır. O güne kadar, dışında düşünmeye çalışmadığı Anglikan dünyanın, inanç açısından, Katolikler'in, Budistler'in ya da Müslümanlar'ın dünyasından hiç de farklı olmadığını görmeye başlar. Üstelik, içinde yaşayanların haklılıklarından kuşku duymadıkları bu farklı dünyalara Philip belli bir mesafeden bakacak, Anglikanizm'den uzaklaşıırken bir başka dünyaya girmeye çalışmayacaktır. Philip'in inancı ölmekte, ama o böylece bir ilk özerkleşmeyi tatmaktadır: Basit korkularından ve önyargılarından kurtularak, dayanılmaz cehennem kaygısından arınarak hayat yolculuğuna devam eder. Artık dinî sorumlulukların yükünü sırtından atmıştır. Eylemleri konusunda kimseye hesap vermek zorunda değildir. Ancak Hıristiyan dogmaları reddeden Philip, Hıristiyan ahlakı korur. Herhangi bir ödül ya da ceza beklemeden Hıristiyanca erdemli davranmayı sürdürür. Yine de Philip, bu ilk özerkleşmeye rağmen, şu önemli soruya cevap bulamamaktadır: Hayatın anlamı nedir? Bu soruya cevap ararken de ister istemez, koruduğu Hıristiyan değerlerle hesaplaşmak zorunda kalacaktır. Bir inancı atıp, ona dayanan ahlakı kabul etmek çelişkili bir konumdur. Philip Hıristiyan olmadığını söylese de ahlaki açıdan hâlâ bir Hıristiyan sayıldığının farkındadır. Bu yüzden de, dinî kopuşu ahlaki kopuş izleyecektir: Bu da Philip'in, Zorunlu-

¹² Törless, *Les désarrois de l'élève Törless*, 144-147, 157, 158.

luk karşısında serbest iradenin bir özgürlük yanılsamasından başka şey olmadığını öğrenmesiyle gerçekleşmeye başlar. Ona ya da Maugham'a göre, insan özgürmüş gibi davranır, ama herhangi bir şeyi yaptıktan sonra, bunun kaçınılmaz olduğu açıkça görülür. Böylece ortaya çıkan şey iyi bir şeyse asla övgüye değer değildir; kötü bir şeyse kimsenin onu kınamaya hakkı yoktur. Romanda Philip'e bu dersleri veren şair Cronshaw şöyle diyecektir: Herkesin kendisini evrenin merkezi sandığı bir toplumda yaşıyoruz... Böyle bir dünyada, katlanılabılır bir hayat sürebilmek için, idealleri bir yana atıp, insanlığın kaçınılmaz bencilliğini kabullenmek gerekir. Herkesin kendisi için yaşadığını bir kez içimize sindirdikten sonra, hemcinslerimizden daha az şey bekleriz. Bizi artık hayal kırıklığına uğratamayacakları için, çıkarlarından başka hiçbir şey düşünmeyen bu insanları daha çok sevebiliriz ya da en azından onları hoşgörebiliriz... Cronshaw'a hak veren Philip, bu söylenenlerden yola çıkarak, kendi kendine aynı soruyu soracaktır: Ödev, iyilik, güzellik böylece çöpe atıldıktan sonra, ne için dünyaya geldik? Hayatın anlamı nedir? Philip'in saygı duyduğu bir tek şey kalmıştır; o da *Conatus* temelli bir Spinozacı hak anlayışından başka şey değildir: Varolmak için verilen mücadelenin azameti ve bundan çıkan kural ya da *Güç eşittir Hak*. Bu kural çerçevesinde Toplum, yasalarıyla insanın karşısına dikilir. Kendisi için yararlı olan davranışları, eylemleri erdemli sayar; zararlı bulduklarını da kusurlu... Bu toplumu kabullenmek zorundayım, çünkü -kendini korurken- beni de koruyor -ya da beni koruyorsa bu toplumu kabullenmek zorundayım-. Ama onun yasalarına boyun eğmemin nedeni onları doğru bulmam değil, yalnızca Zorunluluk'tur. Toplumun kendini korumak için yaptığı yasaları çiğnersem beni hapse atabilir ya da ortadan kaldırabilir. Buna gücü, demek ki hakkı vardır. Ama buna karşılık, onun yasalarına karşı geldiğimde, kendimi suçlu hissetmem... İyinin ve kötünün bunun ötesinde anlamı yoktur. Günah mı? O da özerkleşmiş bir insanın asla saygı gösteremeyeceği bir önyargıdır. Vicdan mı? İnsanın kafasında, onun aleyhine ve toplumun lehine çalışan, insanın kendisini düşmanının yararı için feda etmesini sağlayan bir hainden başka şey değildir... Philip hayat yolculuğunda, bir rehberin ardında sürüklenen turistlere küçümseyerek bakan biri olmuştur artık. Bu yolculukta, özerkleşmiş insan için tüm değerlerin içi boşalmıştır. O ancak kendisine haz veren şeyi yapabilir ve yalnızlığı içinde, dünyanın neden yaratıldığına, insanın neden varolduğuna ilişkin soruya yalnızca kişisel bir cevap bulabilir. Kimse ona bu sırrın ardında yatan şeyi söyleyemez. Mutlak özerkliğin yolu, insanın hayatın anlamını kendinde bulmasından geçer. Philip nihai kopuşa ve özerkleşmeye adım adım yaklaşmaktadır. Spinoza'yı izleyerek "Hayatı gereğince yaşamamanın yolu ölümü unutmaktan geçer" diyen Cronshaw'un ölümünü ve Ölüm'ü düşünürken, birden gerçeği görür: Üstünde yaşadığı gezegenin koşullarına bağlı olarak başlayan hayat, o koşullara bağlı olarak son bulacaktır. Bu dünyada insanın öteki varlıklardan üstün bir anlamı olamaz. Ya da *hayatının bir anlamı yoktur*. İnsan hiçbir aşkın amaca hizmet etmediği gibi,

ölümün de onun için bir anlamı kalmamıştır... Philip alabildiğine özerkleştirdiğini hissederek ilk kez. Önemsizliği güce dönüşür. Bu saçma yazgıya kafa tutabileceğini kavrar. Dünya üzerine çok kısa bir süre için atılmış şu İnsanlık sürüsünde, küçücük varlığıyla yine de çok güçlüdür. Kaostan hiçliğinin sırrını çekip almıştır: Hayatın sürekliliği içinde, *kaynağı olmayan bu nehir gerçek olmayan bir okyanusa akıp giderken*, üstündeki yolcular kendilerine en uygun, ama farklı çözümleri bulacaklardır. Evlenmek, çocuk kavuşmak, ekmeğini kazanmak için didinip durmak gibi... Ya da mutluluk, başarı ümidi beslemeden, serbest irade yanılması da kapılmadan, sıradan kusurların ve tutkuların üstüne çıkarak -Zorunluluk içinde- özerkleşmek... Herkesin seçmediği ve seçemeyeceği bir yolculuk biçimi... Philip yoksulların içinde yaşadıkları dayanılmaz koşullara bakarak “Şikayet etmiyorlar!” diyecektir¹³. Katlanıyorlar; çok az insan Özgürlüğün Yolları’nı seçerken...

Herman Melville *Moby Dick*’te, Kant’tan Spinoza’ya benzersiz biçimde atlayacaktır; uçsuz bucaksız denizlerde, *Pequod*’la, beyaz balinanın ardında: “Bir yanınıza Locke’un başını yüklediniz mi, ondan yana yatarsınız; sonra Kant’ın başı öteki yanınıza yüklenince, dengeyi bulursunuz; bulursunuz ama, hapa da yutmuş olursunuz. Böylece bazı insanlar, kafalarına safra yüklerler durmadan. Behey budalalar! Atın o baş belalarını kafanızdan! Rahat rahat yüzüp gidin”¹⁴. Melville için Spinoza’ya uygun felsefe budur: Hayatı ve kendini kabul ederek yüzüp gitmek... “Hayat dediğimiz bu acayip, bu karma karışık işte, öyle garip zamanlar olur ki, insan şu koca evreni muazzam bir şaka olarak görür. Bu şakayı pek anlamasa bile, kendisiyle alay edildiği kuşkusuna düşer. Gene de cesareti kırılmaz ve hiçbir şeyi tartışmayı değerli bulmaz. Bütün olup bitenleri, bütün inançları, bütün din ve mezhepleri, görülür görülmez her şeyi; ne kadar kaskatı ne kadar yamrı yumru da olsa yutar; sindirme gücü çok gelişmiş bir deve kuşunun, mermileri ve çakmak taşlarını yuttuğu gibi. Küçük zorlukları ve üzüntüleri, beklenmedik felaket korkularını, elini kolunu ve hayatını kaybetme tehlikelerini; bütün bunları ve ölümün kendisini bile, gözle görülmiyen ve sağı solu belli olmayan o ihtiyar şakacının, gülerek attığı birer şamar, keyifli birer sille sayar”. Spinozacı anlamda bilgeliğe doğru yürüyüşe geçmektir bu. Önce anlaşılma arzusu kabul ederek, onunla yaşamayı öğrenerek, serinkanlılıkla, ağlamadan ve gülmeden: “Çünkü herkes şüpheler içindedir; bir çokları da inancını yitirir; ama şüpheye ve inkara karşı duran bu sezisler pek az insanda bulunur. Yeryüzüyle ilgili herşeyden şüphe eden ve gökyüzüyle ilgili bazı şeyleri sezen insanlar, ne imanlı ne de imansız olurlar; ama şüphelere de, sezislere de aynı sakin gözlerle bakarlar”. “Lafı uzatmadan!” Spinozacı bir ruhla, herkesin, balina sandalında oturan bir gemcinin de, profesyonel mantıkçıya değil, fi-

¹³ **Maugham**, *La servitude humaine*, 734-736, 810-813, 852, 906, 907, 1072,1073, 1109.

¹⁴ **Melville**, *Moby Dick*. *Beyaz Balina*, 481, 482, 492, 493; *Moby Dick*, 411, 419, 420.

lozof bilgeye dönüşebileceğinin sezdirilmesidir bu: “Ama ne diye uzatıyoruz bu lafı? Bütün insanlar balina halatları ortasında yaşar; hepsi boyunlarında iple doğar. Ama ancak ölümün onları birdenbire ve hırsla sarsıveren düğümlerine kapıldıkları zaman, hayatın içinde her zaman çöreklenmiş duran sessiz ve sinsî tehlikeleri açıkça görürler. Eğer bir filozof iseniz, balina sandalında otururken bile, ocağınızın başında, yanınızda zıpkın değil de bir mashaşayla oturuyormuş gibi rahattır yüreğiniz”¹⁵.

O zaman bağlar, Spinozacı bir özerklikten yararlananları “ihtiyatlı” davranmayı unuttukları zaman koruyabilirler de. Sylvaine Jaoui’nin kahramanı Sacha “Spinoza okuru Spinoza”nın yol göstericiliğinde, “ne yapıyorum?” diye değil, “ne istiyorum?” diye sorarak özgürleşmeyi öğrenecektir. Yine de uçurumların üzerinden her atlayışında, iki Spinoza’nın aşağıda onun için ağlar geldiklerini bilmenin huzurunu da duyacaktır¹⁶.

¹⁵ **Melville**, *Moby Dick*. *Beyaz Balina*, 330, 549, 414; *Moby Dick*, 290, 462, 463, 356.

¹⁶ **Jaoui**, *Spinoza et moi*, 129, 131.

KAYNAKÇA

- Bielchowsky**, *Goethe. Hayatı ve eserleri I-II*, MEB, Ankara 1951, 1962.
- Johann Wolfgang von Goethe**, *Faust*, Gallimard, Paris 2002.
- Johann Wolfgang von Goethe**, *Faust*, Yazko, İstanbul 1983.
- Colette Camelin**, *Eclat des contraires. La poétique de Saint-John Perse*, CNRS, Paris 1998.
- Sylvaine Jaoui**, *Spinoza et moi*, Casterman, Paris 2005.
- Christopher Marlowe**, *Bütün oyunları*, YKY, İstanbul 1996.
- W. Somerset Maugham**, *The Razor's Edge*, Triangle Books, Philadelphia 1946.
- W. Somerset Maugham**, *Şeytanın kurbanları*, Kastaş, İstanbul 2002.
- W. Somerset Maugham**, *Of human bondage*, New American Library, New York 1991.
- W. Somerset Maugham**, *La servitude humaine*, Romans 1, Omnibus, Paris 1996.
- Herman Melville**, *Moby Dick*, Gallimard 1941.
- Herman Melville**, *Moby Dick. Beyaz Balina*, MEB, İstanbul 1964.
- Henri Meschonnic**, *Spinoza. Poème de la pensée*, Maisonneuve et Larose, Paris 2002.
- Henry Miller**, *Neksus*, Babil, Ankara 1971.
- Henry Miller**, *Oğlak dönencesi*, Can, İstanbul, 1985.
- Saint-John Perse**, *Oeuvres complètes*, Gallimard, Paris 1982.
- Saint-John Perse**, *Oeuvres poétiques I-II*, Gallimard, Paris 1960.
- Saint-John Perse**, *Sözcükler denizi*, Çizgi, İstanbul 1986.
- Isaac Bashevis Singer**, *Le Spinoza de la rue du Marché*, Denoël, Paris 1997.
- Isaac Bashevis Singer**, *Toplu Öyküler*, YKY, İstanbul 2002.
- Jean-Marie Vaysse**, *Totalité et subjectivité. Spinoza dans l'idéalisme allemand*, Vrin, Paris 1994.

TÜRKİYE'DE MİLLETLERARASI TAHKİM

*Prof. Dr. Ziya AKINCI**

I. Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim

Türkiye, gerek kamu sektörü, gerek özel sektörü ile milletlerarası ticarete aktif bir rol oynamaktadır. Türk özel sektöründeki girişimciler, dünyanın hemen her yerindeki pazarlara ulaşarak, yeni iş olanaklarının peşinde koşmaktadır. Kamu sektörü ise, özellikle alt yapı ve enerji alanlarında dünyanın sayılı projelerine ev sahipliği yapmaktadır.

Türkiye'nin milletlerarası ticaretle bu kadar yakından bağlantılı olması, milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yollarının da önem kazanmasına neden olmaktadır. Milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıklar, birçok yönden, iç ticaretteki uyuşmazlıklardan farklılık göstermektedir. Milletlerarası ticaretten doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk veya uyuşmazlığın nerede ve nasıl çözümleneceği gibi noktalar, hukukî mücadelenin sonucunu doğrudan etkileyen unsurlar olmaktadır. Başka bir deyişle, milletlerarası ticaret hukukunda uygulanacak hukuk ve uyuşmazlığın çözüm yöntemleri ile ilgili seçimler, bir düelloda kullanılacak silahın seçimine benzemektedir; kendisine daha uygun olan silahı seçen taraf, mücadeleye daha avantajlı başlama şansına sahip olacaktır.

Milletlerarası ticaret hukuku, uyuşmazlıkların çözüm yöntemini sadece devlet yargısı ile sınırlamamış, müzakere, uzlaşma, mini yargılama, tahkim gibi birçok yöntemin gelişmesine neden olmuştur. Bu çözüm yolları içerisinde tahkim, özellikle bağlayıcı etkisi yüzünden en çok tercih edilen yöntem olarak kabul görmüştür. Hatta icra edilebilirlik, tarafsızlık, sürat, uzmanlık gibi avantajları dolayısıyla, milletlerarası uyuşmazlıklar açısından tahkim kavramı, devlet yargısından daha yaygın bir çözüm yolu haline gelmiştir.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmesi yerine, hakem adı verilen kişiler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmalarıdır. Görülüşü gibi, tahkim yargılamasında hakem kavramı ön plana çıkmaktadır. Özellikle hakemlerin uyuşmazlık konusunda uzmanlaşmış kişiler arasından seçilebilmesi, tahkim yargılamasında daha çabuk ve daha iyi sonuç alma imkânını ortaya çıkarabilmektedir.

Milletlerarası uygulama dikkate alındığında, milletlerarası ticarî tahkimin kurumsal (enstitü tahkimi) veya herhangi bir kuruma bağlı olmaksızın (*ad hoc*) gerçekleştiği görülmektedir.

Kurumsal tahkimde, tahkimin cereyan edeceği kurumun önceden hazırlanmış kuralları vardır. Tarafların iradelerince düzenlenmemiş hususlar, bu kurumun kurallarına göre yönetilecektir. İşte, böyle bir kurumun organizasyonuna tâbi olarak ve bu kurumun tahkim kurallarına göre yürütülecek tahkim, kurumsal tahkimdir (*Institutional Arbitration*)¹. Milletlerarası ticaret uygulamasında, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi için organize edilmiş bazı kurumlar mevcuttur². Bu tahkim kurumları arasında en çok bilinenleri, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO veya ICC Tahkimi), Amerikan Tahkim Kurumu (AAA), Londra Tahkim Kurumu (LCA), Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumu'dur. Yine, milletlerarası ticarî uygulamada bitkisel yağ sektörünün (FOSFA), pamuk sektörünün (Liverpool Cotton Rules), hububat sektörünün (GAFTA) kendine özgü tahkim kurumları mevcuttur. Ülkemizde de İstanbul Ticaret Odası ve İzmir Ticaret Odası'nın tahkim faaliyeti vardır.

Bazı durumlarda taraflar, herhangi bir tahkim kurumuna tâbi olmaksızın, hakem veya hakem kurulunu oluştururlar. Taraflar tahkimin ağırlıklı olarak kendi denetimlerinde gerçekleşmesini istediklerinde, hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve hakemlerin uygulayacakları maddî hukuku ken-

¹ **Şanlı**, Cemal: "Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk", Ankara, 1986, s. 69 (Esasa Uygulanacak Hukuk); **Birsel**, Mahmut Tefik: "Milletlerarası Ticarî Tahkim ve Türkiye", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, S. 1, İzmir 1980, s. 101(Ticarî Tahkim ve Türkiye).

² Ticarî ilişkilerin gelişmiş olduğu ülkelerde milletlerarası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim kuruluşları vasıtası ile çözümünün temelleri çok öncelere dayanır. 1768 yılında kurulan New York Ticaret Odası'nın bir görevinin de tahkim olarak belirlenmiş olması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bkz.: **Yılmaz**, Ergun: "Tahkim Hukukuna Genel Giriş ve Ülkemizdeki Gelişim", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu, 5,6,7,8 Nisan, İzmir 2000 (Yargı Reformu), s. 268.

dileri tayin ederler veya hakemlere bu konuda yetki verirler. Tahkim mahkemesi, tarafların anlaşmasıyla ve sadece o taraflar arasındaki somut olay için geçici olarak oluşturulmuş olduğundan, milletlerarası alanda belli bir kuruma bağlı olmadan yapılan bu hakemliğe *ad hoc* tahkim (geçici, arızî, *ad hoc arbitration*) denir³.

Pratikte tarafların, *ad hoc* tahkim ile ilgili olarak yaygın bir şekilde UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın uygulanmasını kararlaştırdıkları görülmektedir. Bu durumda artık kurumsal tahkim söz konusu olmayacaktır. Taraflar sözleşmede UNCITRAL Tahkim Kuralları’na yer verdiklerinde, taraflarca düzenlenmeyen noktalar bu kurallara tâbi olacaktır⁴.

Uygulamada kurumsal veya *ad hoc* tahkimin tercih edilmesinde, özellikle uyuşmazlık konusunun miktarı rol oynamaktadır. Kurumsal tahkimde, hakem ücretinin yanı sıra bir de tahkimi organize eden kuruma belirli bir idarî ücret (harç) ödeneceği için, tahkim masrafları *ad hoc* tahkime nazaran daha yüksek olabilmektedir. Buna karşılık, özellikle hakemlerin atanmasında, hakemlerin hızlı ve geçerli bir karar vermesinde, kurumsal tahkimin verdiği desteğin de önemli bir rol oynadığı dikkati çekmektedir. Bu sebeple, küçük miktardaki uyuşmazlıklar için *ad hoc* tahkim tercih edilirken, diğer uyuşmazlıklarda kurumsal tahkim tercih edilmektedir.

II. Milletlerarası Tahkimin Avantajları

Milletlerarası ticaretin gelişmesi, milletlerarası ticarî alanda ortaya çıkan uyuşmazlık sayısını da arttırmıştır. Bilindiği üzere, milletlerarası ticaret alanındaki uyuşmazlıkları çözecek bir uluslar üstü mahkeme yoktur. Bu sebeple, milletlerarası nitelikli de olsa, uyuşmazlıkların mahkemede çözümlenmesi durumunda, millî mahkemeler yetkili olacaktır. Milletlerarası ticaret uygulamasında, hiçbir taraf diğer tarafın millî mahkemelerinde yargılanmayı tercih etmeyecektir. Özellikle taraflardan birinin devlet olduğu milletlerarası uyuşmazlıklarda, söz konusu devletin kendi mahkemelerinde dava açılması, diğer tarafın tercih edeceği bir yöntem olmayacaktır. İşte, milletlerarası ticarî uygulamada tahkim kavramı, özellikle herhangi bir taraf açısından avantaj teşkil etmemesi, başka bir deyişle tahkimin tüm taraflar için nötr olması sebebiyle, milletlerarası ticarî uygulamada tercih edilen bir yöntem olmuştur⁵.

³ Şanlı, (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 69; Birsnel, (Ticarî Tahkim ve Türkiye), s. 101.

⁴ Şanlı, (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 98-99.

⁵ Birsnel, (Ticarî Tahkim ve Türkiye), s. 100; Şanlı, (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 321.

Milletlerarası ticarî tahkim, devlet yargısına nazaran hakem kararının tenfizi açısından da daha avantajlıdır. Milletlerarası sözleşmeler sayesinde hakem kararlarının tenfizinin, mahkeme kararlarının tenfizine nazaran kolaylaştırılmış olması, milletlerarası ticarî tahkimin mahkeme yolu yerine tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden birisidir⁶. Gerçekten, hukukumuzda yabancı hakem kararlarının tenfizi ile yabancı mahkeme kararlarının tenfizi farklı hükümlerle düzenlenmiştir⁷. Bilindiği gibi, yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi için, yabancı mahkeme kararının verildiği ülke ile Türkiye arasında karşılıklı koşunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna karşılık, Türkiye, yabancı mahkeme kararlarının tenfizine imkân veren herhangi bir çok taraflı anlaşmaya taraf olmadığı gibi, çok sınırlı sayıdaki ülke ile yabancı mahkeme kararlarının tenfizi konusunda ikili anlaşma yapmıştır⁸. Oysa Türkiye, hakem kararlarının tenfizi konusunda 1958 tarihli New York Sözleşmesi’ne taraf olduğu için, hakem kararları, Türkiye dâhil dünyanın hemen tüm ülkelerinde tenfiz edilebilecektir.

Milletlerarası tahkimin bir başka avantajı, uyuşmazlığın uzman kişiler tarafından çözümlenmesine imkân vermesidir. Bilindiği üzere, devlet yargısında, tabii hâkim ilkesi gereği uyuşmazlıklar yetkili ve görevli mahkemelerde çözümlenir. Başka bir deyişle, tarafların, uyuşmazlığın, bu konuda uzmanlaşmış veya en deneyimli hâkim tarafından çözümlenmesini istemeleri mümkün değildir. Buna karşılık, milletlerarası tahkimde taraflar, uyuşmazlığı çözecek kişilerin milletlerarası ticaret ve hatta uyuşmazlığın ilgili olduğu sektör hakkında bilgili ve uzman kişileri hakem olarak belirleyebilirler. Bu sayede, yargılama hız kazanacağı gibi uyuşmazlığın çözümünde söz konusu bilgi birikiminin kullanılması daha doğru bir karar elde edilmesi ihtimalini attıracaktır.

Tahkimin avantajlarından bir diğeri, taraflara tanımış olduğu irade serbestîsidir. Bu irade serbestîsi sayesinde taraflar devlet yargısından farklı olarak tahkim yargılamasında uygulanacak usul kurallarını, yargılama dilini, yargılamanın yapılacağı ülkeyi ve hakemleri seçebilirler⁹. Gerçekten, örneğin, devlet yargısında milletlerarası tebligat aylar süren bir usulken, tahkimde, tarafların tebligat usulünü kararlaştırabilmeleri sayesinde, özel kuryeler ile birkaç gün içerisinde tebligat yapılabilmektedir. Yine, tarafların

⁶ **Akıncı**, Ziya: *Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara 1994, s. 40 (Tenfiz); **Balci**, Muharrem: *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim*, İstanbul 1999, s. 316.

⁷ MÖHUK’ta, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tenfizi 34-43. maddeler arasında, yabancı hakem kararlarının tenfizi ise 43-45. maddeler arasında düzenlenmiştir.

⁸ Bu konuda güncel bilgi için bkz.: www.uhdigm.adalet.gov.tr

⁹ **Akıncı**, Ziya: *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları*, BATIDER Aralık 1996 C. XVIII, S. 4’ten ayrı bası s. 95-96, 101 (Alternatif Çözüm Yolları).

tahkim dilini kararlaştırmaları sayesinde, devlet yargısında her belgenin yeminli tercümandan çevirisinin sunulması gerekirken, belgelerin düzenlendiği dili bilen hakemler, herhangi bir çeviriye gerek duymaksızın uyuşmazlığı çözümleyebilecektir. Böylece, zaman ve masraftan tasarruf edilebileceği gibi, çevirinin doğru olup olmadığı konusunda devlet yargısında görülen itirazlar da önlenmiş olacaktır.

Tahkimin bir diğer avantajı da gizlilik özelliğidir. Uyuşmazlığın gizlilik içerisinde çözümlenmesi ve hakem kararlarının kural olarak yayınlanmaması, milletlerarası ticaret alanındaki kurum ve kuruluşlar için tercih sebebidir¹⁰. Şirketlerin mâli durumunun, ticarî defterlerindeki bilgilerin ve mâli sırların açıklanmaksızın, taraflar arasında uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması, özellikle ticarî uyuşmazlıklar bakımından önem taşımaktadır¹¹.

Nihayet, tahkimin ucuz olup olmadığı, başka bir deyişle tahkimin ucuz bir çözüm yolu olması açısından bir avantaj taşıyıp taşımadığı tartışılacak bir konudur. Genel olarak ifade etmek gerekirse, büyük miktardaki uyuşmazlıklar açısından tahkim ucuz bir çözüm yoluyken, küçük uyuşmazlıklar açısından tahkim devlet yargısından daha pahalı olabilmektedir. Özellikle küçük miktarlardaki uyuşmazlıklar bakımından tahkimde yargılama giderleri, genel mahkemelerden yüksek olabilir de, uyuşmazlığın daha kısa zamanda sonuçlandırılması, özellikle ticarî hayattaki hız, gelişmeler ve tarafların beklentilerine de uygun olması sebebi ile aslında pahalı gibi görünse de, tahkim çoğu zaman daha ekonomik bir çözüm yoludur.

III. Türk Hukukunda Tahkim

1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) tahkimi düzenlemektedir. Ayrıca, milletlerarası ticarî ilişkiler bakımından Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’da da tahkime ilişkin düzenlemeler vardır. Bundan başka Türkiye, tahkim alanında önem taşıyan hemen hemen tüm milletlerarası sözleşmelere taraf olmuştur. Bilindiği gibi, Anayasa’nın 90. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti’nin usulüne uygun olarak taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğunu belirtmektedir. Tahkim ile ilgili olarak Türkiye’nin taraf olduğu çok taraflı sözleşmeler, “Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında New York Sözleşmesi”, “Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusunda Avrupa (Cenevre) Sözleşme-

¹⁰ **Alangoya**, Yavuz: *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul 1973, s. 19 (Tahkimin Niteliği); **Yeğengil**, Rasih: *Tahkim*, İstanbul 1974, s. 100-101; **Şanlı**, (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 24; **Akıncı**, (Tenfiz), s. 44.

¹¹ **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2001, s. 586.

si” ve Washington Sözleşmesi olarak bilinen, “Dünya Bankası (ICSID) Sözleşmesi”dir. Bundan başka, Türkiye birçok ülke ile akdettiği ikili yatırım anlaşmalarında da tahkim konusuna yer vermiştir.

Türk hukukunda, milletlerarası tahkimle ilgili düzenlemeler, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da ve New York Sözleşmesi’nde bulunmakla birlikte, bu düzenlemeler yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi ile ilgilidir. Bu sebeple, yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndan önce, yabancı unsurlu olsun veya olmasın, Türkiye’deki bir tahkim, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na tâbi olmaktadır¹².

2001 yılında yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Türkiye’de gerçekleşen yabancı unsurlu tahkimler özel bir düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Türkiye, kültürel ve coğrafi açıdan bulunduğu konum itibarıyla, hem batılı, hem de doğulu ülkelerle yakın irtibat içindedir. Türkiye’nin bu özelliği, Türkiye’yi uyuşmazlıkların çözümünde nötr ve cazip bir tahkim merkezi hâline getirebilir. Bu sebeple, milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklara ilişkin tahkimlerin Türkiye’de yapılmasını cazip kılacak yeni ve milletlerarası standartlara uygun bir Milletlerarası Tahkim Kanunu, Türkiye açısından faydalı bir gelişmedir.

Ayrıca, yabancılik unsuru dolayısıyla iç uyuşmazlıklardan farklı nitelikli olan ilişkilerin, yerli hakem kararlarının tâbi olduğu kurallar yerine, Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tâbi olması, özellikle yabancı sermayenin Türkiye’ye bakışı açısından olumlu bir gelişme olacaktır.

Özetlemek gerekirse, “Milletlerarası Tahkim Kanunu”, yerli uyuşmazlıklardan farklı şekilde milletlerarası olarak nitelendirdiği uyuşmazlıklar için özel bir kanun niteliğindedir. Böyle bir kanunun iki amacı ve hedefi olabilir: Birinci amacı, milletlerarası ticarî uyuşmazlıklardan kaynaklanan tahkimin, tamamen yerli nitelikli uyuşmazlıklardan kaynaklanan tahkimden farklı hükümlere tâbi tutmaktır. Burada yeni Kanun, hangi hakem kararlarının yeni kanuna tâbi olacağını belirlerken, tahkimin unsurlarından ziyade, uyuşmazlığa konu olan uyuşmazlığın unsurlarından hareket etmiştir. Ayrıca, yeni kanunda, bir ülkeden diğerine mal ve sermaye hareketinin gerçekleşmesi, uyuşmazlığa taraf olan şirketin yabancı sermayeli olması gibi, esasında bugüne kadar klâsik Türk devletler özel hukukunda dikkate alınmayan kriterler de, yabancılik unsuru bulunup bulunmadığının tespiti bakımından esas alınmıştır. Bu kriterler, Türk hukukundaki klâsik yaklaşımdan farklı olmakla birlikte, milletlerarası ticaretin gereklerine uygundur.

¹² **Kalpsüz**, Turgut: “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001 Ankara, s. 110-127.

Kanun’un ikinci amacı ve hedefi ise, Türkiye’nin bir tahkim merkezi olarak milletlerarası alanda yer edinebilmesini sağlamaktır. İçinde bulunduğu coğrafya nedeniyle Türkiye, doğuya en yakın batılı devlet, batıya en yakın doğulu devlettir. Bu sebeple, özellikle Orta Asya ve Orta Doğu ülkeleri ile batılı ülkeler arasındaki uyuşmazlıklar için Türkiye, cazip ve nötr bir devlet olarak ön plana çıkabilir. Bunun için en önemli etken, Türk hukukunun milletlerarası ticarî tahkime yaklaşımı olacaktır. Türkiye, yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ile bu hedefe yaklaşmak istemiştir. Yeni Kanun’un, özellikle İsviçre Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Birleşmiş Milletler Model Kanunu dikkate alınarak yapıldığı dikkate alındığında, bu düzenlemenin yankı uyandıracığı söylenebilir. Ancak, maddelerin çok uzun oluşu, farklı konuların aynı madde içerisinde düzenlenmesi sebebiyle yeni kanun, özellikle kanun yapma tekniği açısından eleştirilebilir. Bu sebeple, Türk hukukundaki bu gelişmenin yurt dışında daha kolay ve hızlı duyurulmasını temin için, UNCITRAL Model Kanunu’nun mümkün olduğu kadar az değişiklikle kabul edilmesi daha pratik bir yol olurdu.

III. Tahkim Yolu İle Çözümenebilecek Uyuşmazlıklar

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1. maddesinde “bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.” denilmektedir. Aynı şekilde, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A, 2, a maddesinde “hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması” hakem kararının iptali sebebi olarak sayılmıştır.

Kanun koyucu ilk olarak, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Kanunun metninde de açıkça ifade edildiği üzere, sadece Türkiye’de bulunan taşınmazlarla ilgili uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine sınırlama getirilmiştir. Bu sebeple, Türkiye’de bulunmayan taşınmaz ile ilgili bir uyuşmazlığın, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca tahkime elverişli olmadığı ileri sürülemeyecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda Türkiye’deki taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi konusunda getirilen sınırlama, yalnızca taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklarla ilgilidir. Kanun metninin karşıt kavramından hareket edildiğinde, taşınmazların aynına ilişkin olmayan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkündür. Bu sebeple, Türkiye’de bulunan bir taşınmazla ilgili, fakat taşınmazın aynına ilişkin olmayan uyuşmazlıklar, tahkim yolu ile çözümlenebilir. Bu sebeple, ta-

şınmazların aynı ile ilgili olmayan, örneğin bir taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözümlenebilir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/f maddesinde "hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın *Türk hukukuna göre* tahkime elverişli olmadığı"nın belirlenmesi durumunda hakem kararının iptal edileceği belirtilmektedir.

Türk hukukunda, hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna ilişkin temel prensip, HUMK'un 518. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede uyarınca, "yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez". Aynı prensip, yukarıda belirtildiği üzere, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinde de ifade edilmiştir. Buna göre, "iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda tahkim uygulanmaz". Görüldüğü gibi, Türk hukukunda, kanun koyucu sadece tarafların iradeleri ile belirleyebilecekleri konular dışında kalan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenemeyeceği prensibini getirmiştir.

HUMK'un 518. maddesinde ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinde düzenlenen bu prensibin bir sonucu olarak, ceza yargısında tahkim söz konusu olamaz¹³. Aynı şekilde, idarî yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar için, (kural olarak) tahkim sözleşmesi yapılamaz.

Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi öngörülebilir (Anayasa.m.125; 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Hâlinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun.m.3).

Tarafların aralarındaki ihtilafın tahkim usulüne göre çözümlenmesi yönündeki arzularının gerçekleşebilmesi için bu ihtilâfın kamu düzenini ilgilendiren bir konuda olmaması gerekir. Kamu düzenine ilişkin konular tahkime elverişli değildir. Örneğin, neseple ilgili davalar tahkim yolu ile çözümlenemez. Taraflar, bu konuda aralarında çıkacak uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştıramazlar. Yine, iflas davalarında diğer alacaklıları korumak, iş hukuku ile ilgili davalarda da işçileri korumak için, iflas ve iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir¹⁴.

¹³ **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, B. 6, İstanbul 2001, s. 5918.

¹⁴ Örnek olarak bkz.: Y. 9. HD., 14.9.1964 t. 4938/ 5429.

Sınaî ve fikrî mülkiyet hakları ile ilgili uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözümlenebilir. Ancak, bu tür uyuşmazlıklar için konulacak tahkim şartı, sadece tarafları bağlayacak ve hakemlerin verecekleri karar, sadece tahkim anlaşmasının tarafları açısından bağlayıcı etkiye sahip olacaktır. Bu sebeple, aralarında tahkim şartı bulunmak kaydıyla, iki firma arasındaki sınaî fikrî¹⁵ veya sınaî mülkiyet hakkına tecavüzden kaynaklanan bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkündür. Bununla beraber, tahkim şartına taraf olmayan üçüncü kişinin, söz konusu fikrî veya sınaî mülkiyet hakkına tecavüz etmesi durumunda, tahkim şartına taraf olmayan üçüncü kişiye karşı tahkim yoluna başvurulamayacaktır.

III. Tahkim Anlaşması veya Tahkim Şartı

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesinde belirtildiği üzere, “tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir”. Bu sebeple, tarafların bağımsız bir tahkim sözleşmesi yapmak yerine, aralarındaki ilişkiyi düzenleyen (asıl) sözleşmeye bir madde ekleyerek, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini kararlaştırmaları mümkündür. Sözleşmeye konulacak böyle bir hüküm “tahkim şartı” olarak ifade edilmektedir.

Gerçekten, uygulamada tarafların çok sık olarak ayrı bir tahkim sözleşmesi yerine, tahkim şartı düzenledikleri görülmektedir. Hatta uygulama dikkate alındığında, sözleşme dışı uyuşmazlıklar ve tarafların sonradan tahkim yolunu kararlaştırdıkları durumlar bir tarafa bırakılacak olursa, tahkim şartı yerine tahkim sözleşmesi yapılmasının çok istisnâ olduğu söylenebilir.

Aralarında tahkim anlaşması bulunmamasına karşın, taraflar, uyuşmazlık hakkında dava açılmasından sonra da tahkim yoluna başvurulmasını kararlaştırabilirler. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 5. maddesi uyarınca “yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları hâlinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir”. Görüldüğü gibi, yargılamanın herhangi bir aşamasında taraflarca tahkim anlaşması yapılması durumunda mahkeme davaya bakmaktan vazgeçecek ve uyuşmazlık tahkim yolu ile çözümlenecektir.

Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin irade açıklaması, tahkim sözleşmesinin temel kurucu unsurudur. Geçerli bir tahkim anlaşma-

¹⁵ Amerikan hukukunda, telif hakları ile ilgili konularda tahkime gidilebileceği ve hakemlerin kararlarının bağlayıcı olduğu, Federal Mahkeme’nin çeşitli kararlarında açıkça ifade edilmiştir. Bu konuda örnek bir karar için bkz. *Saturday Evening Post v. Rumbleseat Press, Inc.*, 816 F2d 1191 (7 th Cir.)

sından bahsedebilmek için, tarafların tahkim iradeleri, yazılı olarak yaptıkları sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek şekilde, açıkça belirtilmelidirler. Açık ve kesin irade açıklaması, tahkim anlaşması ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde isterse bir tahkim şartı şeklinde yapılsın, tahkim anlaşmasının geçerliliği için aranan esaslı şartlardandır. Çeşitli Yargıtay kararlarında, tahkimden ve geçerli bir tahkim şartının varlığından söz edebilmek için, uyuşmazlığın mutlak olarak hakemde çözümleneceği hususunun taraflarca kararlaştırılması şartı aranmakta, aksi halde tahkim sözleşmesinin geçersiz sayılacağı vurgulanmaktadır¹⁶.

Uygulamada zaman zaman, bir taraftan tahkim yoluna gidileceği belirtilirken, diğer taraftan belirli bir mahkemeyi yetkili kılan tahkim anlaşmalarına rastlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, tahkim sözleşmesi veya şartının, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi yolundaki taraf iradesini tereddüde yol açmayacak şekilde içermesi gerekmektedir. Bu sebeple, Yargıtay kararlarında, hakem yoluyla halledilemeyen uyuşmazlıkların mahkemece çözümleneceğine dair kayıtların, tahkim sözleşmesini hükümsüz kılacağı kabul edilmektedir¹⁷.

Tahkim şartı veya sözleşmesinde, bulunması zorunlu tutulmuş herhangi bir unsur söz konusu değildir. Tahkim şartı veya sözleşmesinde, tarafların tahkim iradesi açık olduğu sürece, tahkim şartı içerik itibarıyla geçerli sayılacaktır. Bununla beraber, tarafların uyuşmazlığın çözümü için tahkim yolunu seçmeleri durumunda, tahkimle ilgili kendileri açısından önem taşıyan ayrıntılara tahkim şartında yer vermeleri, kuşkusuz çok yararlı olacaktır. Bu sebeple, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde özellikle tahkim yeri, isteniyorsa hangi tahkim kurumunun kuralları uygulanacağı, tahkim lisanı, hakem sayısı, hakemlerin nasıl belirleneceği ve uygulanacak kurallar gibi konuların kararlaştırılması yararlı olacaktır.

Tahkim anlaşması ile ilgili bir başka önemli problem, tarafların, aralarındaki anlaşmada bir tahkim anlaşması yapmak yerine, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini öngören standart terimler, kurallar veya tip sözleşmelere atıf yapmasıdır. Böyle bir durumda, taraflar arasında imzalanan metinde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin herhangi bir

¹⁶ Y.HGK 5.5.1965 t., 776/198 (**Karataş**, İzzet: Uygulamada İhtiyari Tahkim, Ankara 1999, s. 38), Y.15. HD. 15.9.1994 t. 722/ 4938; Y. 15. HD 8.7.1992 t., 3004/3710 (**Karataş**, s. 39); Y. 15. HD. 23.10.1986 t. 4446 /3473; Y. 15. HD. 13.3.1989 t. 4943/1218; Y. 15. HD. 9. 4. 1990 t. 361/1677 (**Karataş**, s. 40); Y.15. HD. 4.11.1986 t., 19/3650; Y. 15. HD. 17.12.1984 t. 2342 /3966 (**Karataş**, s. 41); Y.15. HD. 11.4.1996 t. 1822/2105 (**Karataş**, s.42)

¹⁷ Y.15. HD. 26.12.1978 t. 2090/2486 (**Karataş**, s. 42); Y.13. HD. 7.11.1977 t. 4360/4867; Y. 15. HD. 21.3.1989 t. 2550/1381 (**Karataş**, s.43); Y. TD.1950 t. 402 /1072 (**Karataş**, s.44)

koşul bulunmamaktadır. Buna karşılık, taraflar arasındaki anlaşmanın gönderme yaptığı tip sözleşme, standart terim veya kurallar, uyumsuzluğun tahkim yolu ile çözümlenmesini öngörmektedir. Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini öngören bir kurala gönderme yapan ve milletlerarası ticaret alanında faaliyet gösteren tarafların, böyle bir standart kural veya tip sözleşmeye gönderme yapmakla artık tahkim yolunu da kabul ettiğini varsaymak yerinde olacaktır. Böyle bir standart kural veya tip sözleşmeye yazılı olarak gönderme yapılmakla, taraflar arasında yazılı bir tahkim şartının bulunduğunu da kabul etmek gerekecektir. Böylece, taraflar arasındaki yazışmalarda, tahkim şartı içeren milletlerarası standart kurallara yollama yapılması durumunda da, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığından bahsedilebilecektir. Yargıtay bir kararında, “taraflar arasında geçerli bir alım satım sözleşmesi kurulduğundan ve bu sözleşme koşullarının bizzat davalı tarafından FOSFA kurallarına tâbi olduğu belirtildiğinden (19.2.1991 ve 8.3.1991 tarihli yazılar) davacı FOSFA kurallarına göre hakem heyetine başvurarak aldığı kararın tenfizini isteyebilir” demiştir¹⁸.

Burada bir başka dikkati çeken konu, tahkim şartının belirli olması koşulu ile ilgilidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda tahkim anlaşmasının tanımı verilirken, “mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların” tahkim anlaşmasına konu yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu sebeple, geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için, taraflar arasında mevcut bir hukukî ilişki aranmaktadır¹⁹. Bu sebeple, taraflarca “bundan sonra aramızda akdedeceğimiz tüm satım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözümlenecektir” şeklindeki bir tahkim şartı geçerli olmayacaktır. Zira örnekte, taraflar arasında henüz mevcut olmayan bir satım sözleşmesi için tahkim şartı kararlaştırılmaktadır.

Tahkim usulünün genel yargıya göre istisna teşkil etmesi, tarafların hangi konulardaki uyuşmazlıklarını hakeme götürdüklerini bilmelerini gerektirir. Bu bakımdan, taraflarca düzenlenecek bir tahkim sözleşmesiyle aralarında çıkacak bütün ihtilafların tahkim usulüne tâbi olacağıın kararlaştırılması, tahkimi istisna olmaktan çıkarıp, genel vasıf kazandıracığından sonuç doğurmaz. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda önceki dönemde de bu konu öğretilmiş ve tarafların, ancak belli bir uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi yapabileceği ifade edilmiştir. Buna göre, tarafların tahkim sözleş-

¹⁸ Y. 19. HD. 8.5.1997 t., 9619/4669 (YKD. 1997/11, s. 1772-1775).

¹⁹ Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesinde, “tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz” denilmektedir. İlk bakışta bu madde, mevcut olmayan bir ilişki için de tahkim şartı düzenlenebileceği izlenimini veremekteyse de, söz konusu maddede mevcut olmayan bir hukukî ilişki değil, fakat “henüz doğmamış olan bir uyuşmazlık” tan bahsedilmektedir.

mesi yaparken, hangi uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkim anlaşmasını imzaladıklarını bilmesi gerektiği ve belli bir hukukî ilişkiden (mesela bir satış sözleşmesinden) doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğinin kararlaştırılmış olması (tahkim şartı) hâlinde, uyuşmazlığın belli sayılacağı ifade edilmiştir²⁰.

²⁰ **Kuru**, C. IV, s. 4009.

YENİ MEDENÎ KANUN'A GÖRE EŞLER ARASI HUKUKÎ İŞLEM REJİMİ

*Prof. Dr. Nami BARLAS**

I. Yeni Medenî Kanunun Eşler Arası İlişkilerde Benimsediği Temel İlke: Eşler Arasında Cinsiyet Ayırımı Gözetilmemesi

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Medenî Kanununda eski Kanuna nazaran göze çarpan en önemli değişiklikler Aile Hukuku alanında yapılmış ve eşlerin gerek kişisel, gerekse malî durumlarına ilişkin olarak yeni bir takım düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerin temelinde, karı ve kocanın prensip itibarıyla eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması esası yatmaktadır. Öyle ki, Medenî Kanunun *Genel Gerekeçe*'sinde, yeni Kanundaki düzenlemelerde eşler arasında cinsiyet farkı gözetilmeksizin, tam bir eşitlik sağlama amacının birinci plânda tutulduğu müteaddit defalar, ısrarla vurgulanmıştır.

Anılan esasın bir yansıması olarak, eski Medenî Kanunun **169.** maddesinde yer alan ve evli kadın tarafından kocası yararına üçüncü kişilere karşı üstlenilen taahhütlerin geçerliliğini Sulh Hâkiminin onayına bağlayan düzenleme yeni Kanunda yer almamıştır. Bu nedenle, evli bir kadın kocası lehine bir yükümlülük altına girerken, meselâ, kocasının borcu için kendisine ait mevduat hesabındaki bakiyeyi rehnederken, kambiyo senedine aval veren olarak imza atarken, ipotek verirken, garanti veren sıfatıyla taahhüt altına girerken veya kefil olurken artık bu işlemlerin geçerliliği için mahkemeden izin veya onay alınmasına gerek bulunmamaktadır.

Fakat bu kez, eski Medenî Kanun'da bulunmayan ve ilk kez yeni Medenî Kanun ile getirilen başkaca bazı kısıtlamalar gündeme gelmektedir. Bu sınırlamaları hemen aşağıda ele alacağız. Ancak hemen belirtelim ki, bunlar *hem karı, hem de koca için aynı şekilde sınırlama getiren* düzenlemelerdir; yoksa bir işlemin koca için serbest - karı için yasak veya izne bağlı olması söz konusu değildir.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

II. Eşlerin Kendi Malları Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilmeleri

Yeni Medenî Kanun'a göre, eşlerin her biri kendi malvarlığı değerleri üzerinde diğer eşin veya mahkemenin izin veya onayına tâbi olmadan, serbestçe tasarruf edebilir; her türlü işlemi sırf kendi iradesiyle gerçekleştirebilir. Bu konuda hem bir serbestî, hem de eşler arasında eşitlik mevcuttur.

Eşlerin gerek kendi aralarında, gerekse üçüncü kişilerle yapacakları işlemler bakımından eski rejimde mevcut kısıtlayıcı hükümler, özellikle evli kadın için öngörülen sınırlayıcı ve kısıtlayıcı düzenlemeler önce İsviçre'de terk edilmiştir. Türkiye de yürürlüğe koyduğu yeni Medenî Kanun ile bu gelişmeye -geç de olsa- ayak uydurmuştur. Bu süreçte, Türkiye'nin 11.6.1985 tarih ve 3232 sayılı Kanunla uygun bularak taraf olduğu "*Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmacılığın Önlenmesi Sözleşmesi*" de etkili olmuştur.

Yeni Medenî Kanuna egemen olan işlem serbestîsi prensibi, **MK m. 193**'de şu şekilde ifade edilmiştir:

"Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir."

MK m. 193 hükmü, kaynak İsviçre Medenî Kanununun 168. maddesini karşılamakta, içerik bakımından **ZGB Art. 168** ile tamamen örtüşmektedir.

MK m. 193'ün gerekçesinde şöyle denilmektedir:

"... Maddede, eşler arasında kabul edilen eşitlik prensibi uyarınca, kadının bazı hukukî işlemleri için hâkimden izin alınmasına gerek görülmediği gibi, eşler arasında cebri icra yasağı ve istisnalarını muhafaza etmeye de gerek görülmemiştir. Eşler de birbirlerine karşı borçlarını ifa etmeli, aksi halde sonuçlarına katlanmalıdır."

İşlem serbestîsi prensibinin temelinde, insanların sırf evlenmiş olmaları sebebiyle hukukî işlemler alanında birtakım sınırlamalara tâbi tutulmamaları gerektiği düşüncesi yatar. Evliliğin genel hükümleri ve mal rejimleri bahislerinde yer alan düzenlemelerin büyük çoğunluğunun yedek hukuk kurallı olması ve bu konularda eşlerin irade özerkliğine geniş hareket alanı tanınması da bu anlayışın ürünüdür.

III. Eşlerin İşlem Serbestisine Getirilen Sınırlamalar

1) Aile konutuna ilişkin işlemlere yönelik sınırlama (MK md. 194):

a. Genel olarak

Yeni Medenî Kanun, aile ve miras hukuku ilişkilerinde, eşlerin birlikte oturdukları aile konutuna ve ev eşyasına özel bir önem atfetmiştir.

Gerçekten, yeni Medenî Kanun, bu konuda eski Medenî Kanunda yer alan birtakım düzenlemeler getirmiştir: Eşlerden birinin diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedememesi, aile konutunu devredememesi ve üzerindeki hakları sınırlayamaması esasını getiren **MK m. 194**; haklı sebebe dayanarak ayrı yaşama halinde hâkimin konut ve ev eşyasından yararlanmaya yönelik tedbirleri almasını öngören **MK m. 197/f.II**; evlilikteki mal rejiminin tasfiyesi halinde aile konutunun ve ev eşyasının akıbetine ve aidiyetine ilişkin esasları belirleyen **MK m. 240, 254, 255, 279** ve eşlerden birinin ölümü halinde aile konutunun ve ev eşyasının sağ kalan eşe tahsisini düzenleyen **MK m. 652** bu hükümlerdendir.

Bu hükümler arasında özellikle **MK m. 194** uygulamayı yakından ilgilendiren ve eşle yapılan hukukî işlemleri önemli ölçüde etkileyecek olan bir düzenlemedir.

Yeni Medenî Kanun'un **194.** maddesine göre:

“Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir.

Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın mâliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur.”

MK m. 194, İsviçre Medenî Kanununun **169.** maddesine karşılık gelmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, bu iki hüküm arasında fark vardır: **ZGB Art. 169** iki fıkradan ibarettir. Bizim **MK m. 194**'ün ilk iki fıkrası da **ZGB Art.**

169'un aynen alınması suretiyle oluşturulmuştur. Ancak **3.** ve **4.** fıkra hükümleri İsviçre'de bulunmayan düzenlemelerdir; bu hususu aşağıda ayrıca ele alacağız.

MK m. 194 düzenlemesi Medenî Kanununun mal rejimlerine ilişkin kısmında değil de evliliğin genel hükümlerini düzenleyen bölümde yer aldığı için, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, uygulama alanı bulacaktır.

Diğer yünden, aile konutu üzerindeki bu sınırlama prensip itibariyle, evlilik devam ettiği sürece varlığını koruyacaktır.

Bu hükümde öngörülen sınırlamaların eşler bakımından fiil ehliyetine getirilmiş bir sınırlama olup olmadığı tartışmalıdır. İsviçre doktrininde egemen olan ve özellikle *Hegnauer/Breitschmid, Ruoss, Berger* ve *Tuor/Schnyder/Schmid* tarafından savunulan görüşe göre, bu düzenlemeler bir fiil ehliyeti sınırlaması anlamını taşımaktadır. Buna karşılık azınlıkta kalan ve İsviçre'de *Hausheer/Reusser/Geiser*, bizde ise *Oğuzman/Seliçi* ve *Şıpkı* tarafından savunulan diğer görüş, bu hükümlere rağmen eşlerin fiil ehliyetine yönelik bir sınırlamanın bulunmadığını kabul eder.

Kanaatimizce, anılan hükümleri eşlerin fiil ehliyetine yönelik bir sınırlama olarak değerlendirmek yerinde olmaz. Bu hükümler sadece koruma amaçlı olarak ve ehliyet sınırlaması alanından uzak, birtakım özel fonksiyonlar görmek üzere kanuna konulmuştur. Burada sadece, belirli bir konuda eşin *tassarruf yetkisinin* sınırlanması söz konusudur.

b. “Aile konutu” kavramı

MK m. 194 anlamında “*aile konutu*” deyimi ile neyin kastedildiği madde metninden net bir şekilde anlaşılamamaktadır; bu konuda kanun **194.** maddede veya aile konutuna ilişkin düzenlemeler içeren diğer hükümlerde herhangi bir tanım vermiş değildir. Buna karşılık, aile konutundan bahsedilirken, **MK m. 254**'de “...ailenin ortak kullanımına özgülenmiş...konut...”; **MK m. 240, 255, 274, 279** ve **652**'de ise “...eşlerin birlikte yaşadıkları konut...” ibareleri kullanılmıştır.

194. maddenin *Gerekçe*'sinde ise aile konutuna ilişkin bir tanım verilmiştir: “*Aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.*”

Kanaatimizce, **MK m. 194** hükmünde zikredilen anlamda aile konutundan

maksat, eşlerin dışarıdan bakıldığında üçüncü kişilerce anlaşılabilir biçimde sosyal yaşamlarının merkezi olarak seçtikleri, süreklilik arz edecek şekilde birlikte oturdukları ve yaşam ilişkilerini düzenledikleri müstakil ev veya apartman dairesidir.

Eşlerden birinin mülkiyetinde, oturmaya elverişli birden fazla ev bulunabileceği gibi; her birinin birer veya birden fazla evi de mevcut olabilir. Kanunda aile konutu kavramına sayı olarak bir sınırlama getirilmiş değildir; fakat işin mahiyeti ve doğası gereği, bunlardan sadece bir tanesi **MK m. 194** anlamında “aile konutu” durumunda bulunabilir ve ancak o ev kanundaki sınırlayıcı hükümlere tâbi olur. Ancak çok istisnâî bazı hallerde iki ayrı aile konutunun da söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.

Keza, eşlerin ortak yaşamlarını normal olarak sürdürdükleri konutun yanı sıra, sadece belirli zamanlarda kullandıkları, yazlık ev, dağ, yayla, çiftlik veya bağ evi gibi bir başka konut varsa, bu konut “aile konutu” sayılmaz ve sonuçta **MK m. 194** hükmünün kapsamı dışında kalır. Bu husus Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2002/7 sayılı Genelgesinde de belirtilmiştir.

Bunun gibi, mülkiyeti eşlerden birine ait olan işyeri niteliğindeki bir bağımsız bölüm, arsa veya tarla esasen “konut” niteliğinde olmadığından haliyle aile konutu kavramının kapsamı dışında kalır.

Boş duran yahut bir başkasına kiralanmış veya ariyet olarak verilmiş bulunan bir konut da aile konutu sayılamaz.

c. Bir konutun “aile konutu” sayılmasının doğurduğu sonuçlar

Bir taşınmazın “aile konutu” niteliğinde olmasına kanun çeşitli sonuçlar bağlamıştır:

- Eşlerden biri, diğerinin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu başkasına devredemez ve konut üzerindeki haklarına sınırlamalar getiren hukukî işlemler yapamaz (**MK m. 194/f.I**).
- Eşlerden birinin mülkiyetinde bulunan ve konut olarak aileye tahsis edilmiş olan taşınmaz üzerinde diğer eş, bu taşınmazın aile konutu olduğu hususunu tapu kütüğüne şerh ettirme hakkına sahiptir (**MK m. 194/f.III**).
- Aile konutu eşlerden birinin akdettiği kira sözleşmesiyle sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı tek taraflı bir bildirimle

sözleşmenin tarafı olur ve kiracının borçları bakımından kiralayana karşı müteselsilen sorumluluk altına girer (**MK m. 194/f.IV**).

- Eşler arasında **katılma** rejimi geçerli ise ve aile konutu olarak kullanılan taşınmazın mâliki olan eş vefat etmişse, katılma alacağı hakkına sahip bulunan eş, alacağına karşılık bu taşınmaz üzerinde oturma hakkı veya intifa hakkı tanınmasını isteyebilir; eğer haklı sebepler varsa sağ kalan eşe taşınmaz üzerinde oturma veya intifa hakkı yerine, mülkiyet hakkı da tanınabilir (**MK m. 240**).

- Eşler arasında **paylaşmalı mal ayrılığı** rejimi geçerli ise ve bu rejim evliliğin iptali veya boşanma yoluyla sona ermişse, eşler aile konutunda hangisinin kalmaya devam edeceğini belirleyebilirler ve bu hakkı elde eden eş, durumu tapu kütüğüne şerh ettirebilir. Eşler anlaşamazlarsa hâkim aile konutunda kimin, ne kadar bir süre için kalacağına iptal veya boşanma kararı ile birlikte re'sen karar verir ve durumu şerhdilmek üzere Tapu idaresine bildirir. Aile konutu kira yoluyla sağlanmışsa, hâkim, gerektiğinde, kiracı olmayan eşe konutta kalma hakkı tanıyabilir (**MK m. 254**).

- Eşler arasında **mal ortaklığı** rejimi geçerli ise ve bu rejim eşlerden birinin ölümü ile sona ermişse, aile konutu olarak kullanılan taşınmaz ortaklık mallarına dâhil olduğu takdirde sağ kalan eş, payına mahsuben bu taşınmazın mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir. Haklı sebeplerin varlığı halinde eşe mülkiyet hakkı yerine, söz konusu taşınmaz üzerinde oturma veya intifa hakkı da tanınabilir. Mal ortaklığı rejimi ölüm dışında bir sebeple son bulmuşsa, üstün yararını ispat eden eş aynı imkânlardan yararlanır (**MK m. 279**).

- Eşlerden birinin ölümü durumunda, tereke malları arasında aile konutu olarak kullanılan bir taşınmaz bulunduğu takdirde, sağ kalan eş bu taşınmaz üzerinde kendisine miras payına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Haklı sebepler mevcutsa, sağ kalan eşe mülkiyet yerine oturma veya intifa hakkı tanınabilir (**MK m. 652**).

d. Aile konutu şerhi

MK m. 194/f.III hükmünde, eşlerden birinin mülkiyetinde bulunan ve aile konutu olarak kullanılan taşınmazın mâliki olmayan eşin, bu taşınmazın tapu kaydına konutun aile konutu olduğu yolunda şerh koydurabileceği ifade edilmiştir.

Böyle bir şerh imkânı kaynak **ZBG Art. 169**'da düzenlenmiş değildir. Bu fık-

ra Medenî Kanunumuza 1988 yılındaki Taslak çalışmalarının tamamlanmasından sonra, Adalet Bakanlığı nezdinde oluşturulan alt komisyonun çalışmaları esnasında Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin teklifi üzerine eklenmiştir.

Ancak kanun, bu şerhin nasıl koydurulabileceği, fonksiyonunun ne olacağı ve ne gibi hukukî sonuçlar doğuracağı, etki süresinin ne kadar olacağı ve kim tarafından, hangi hallerde, nasıl kaldırılabilmesi konularında hiçbir hüküm içermemektedir. Bu yüzden, hüküm, uygulamada anılan noktalarda ciddi sorunlar yaratacaktır. Şu var ki, şerhin hangi esaslar çerçevesinde terkin edilebileceği Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2002/7 sayılı Genelgesinde gösterilmiştir.

Aile konutu olarak kullanılan taşınmaz üzerine şerh koydurmak isteyen eş, mâlik eşle evli olduğunu, bu evliliğin halen devam ettiğini ve taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığını kanıtlamak zorundadır. Bunun için kendisinden ne gibi belgeler isteneceği Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2002/7 sayılı Genelgesiyle belirlenmiştir. Buna göre, eş, evliliğin halen devam ettiğini gösteren nüfus kayıt örneği ile konutta birlikte yaşadıklarına dair muhtarlıktan alınmış belge ile Tapu Müdürlüğüne başvurmak zorundadır. Aynı Genelgeye göre, şerh için mâlik olan eş yalnız veya eşile birlikte başvurursa sadece evlilik cüzdanı veya nüfus kayıt örneği yeterli olacaktır.

Tapu kütüğüne konulacak aile konutu şerhinin niteliği ve fonksiyonunun ne olduğunun saptanması, özellikle uygulama bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu konuda **MK m. 194** hükmünden hiçbir şey çıkarılamamaktadır. Haliyle, konu doktrinde de tereddütlere ve tartışmalara neden olmuştur.

Bazı yazarlar (*Akıntürk, Reisoğlu ve Kılıçoğlu*) buradaki şerhin sadece mâlik eşle işlem yapacak üçüncü kişileri uyarıya ve onların iyiniyet iddialarını bertaraf etmeye yönelik bir fonksiyonu bulunduğu düşüncesindedirler. Bu görüşe göre, diğer eş tapuya şerhi koydurmayı ihmâl ederse, mâlik eşle işlem yapan ve taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığını bilmeyen, bilebilecek durumda da olmayan üçüncü kişiler tapu kaydına baktıklarında da bu hususu anlayamayacaklar ve bu yüzden iyiniyetli sayılacaklardır; onların bu iyiniyeti de **MK m. 1023** uyarınca hukuken korunacaktır. İşte şerh bu tehlikeyi önleme amacını gütmektedir.

Buna karşılık *Oğuzman/Seliçi* ve *Şıpka*, burada şerhten önce mevcut, doğrudan doğruya kanundan doğan bir tasarruf yetkisi sınırlaması bulunduğunu; bu şerhin de bir tasarruf tahdidi şerhi niteliğini taşıdığını ve şerhin kurucu değil, sadece açıklayıcı bir fonksiyonu olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüş çerçevesinde, şerh bulunmasa dahi, diğer eşin rızası alınmadan ya-

pılacak tasarruf işlemleri hukuken geçersiz olacak ve sonuçta da tescil yolsuz tescil durumunda bulunacaktır; bu noktada mâlik eşle işlem yapan kişinin iyiniyeti de korunmayacaktır. Fakat bu kişi (diğer âkit) lehine mevcut yolsuz tescile dayanarak hareket eden iyiniyetli üçüncü kişilerin **MK m. 1023** gereği taşınmaz üzerinde mülkiyet veya bir sınırlı aynî hak elde etmeleri ihtimal dâhilinde olacağından, aile konutu şerhi bu tehlikeyi önleyecektir. Yani, şerh, mâlik eşle işlem yapan kişinin (diğer âkidin) değil, bu işlem sonucu oluşacak yolsuz tescile dayanması söz konusu olan üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf etmeye yönelik fonksiyon göreceklerdir.

Kanaatimizce bu görüşlerden ikincisi tercih edilmelidir. Gerçekten, burada bir tasarruf yetkisi kısıtlaması mevcuttur ve bu kısıtlama tapu kütüğüne konulacak şerhten bağımsız biçimde, doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır. Kaldı ki, İsviçre doktrininde (*Bräm/Hasenböhler, Hausheer/Reusser/Geiser, Hegnauer/Breitschmid*) ve Federal Mahkeme uygulamasında (**BGE 115 II 361; BGE 118 II 489**), mâlik eşle işlem yapan kişinin (diğer âkidin), taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığını bilip bilmemesinin sonucu değiştirmeyeceği, bu kişi iyiniyetli olsa bile onun iyiniyetinin korunmayacağı neredeyse oybirliğiyle kabul edilmekte; buna gerekçe olarak da, iyiniyetin ancak kanunda öngörülen durumlarda korunabileceği, oysa **ZGB Art. 169 (MK m. 194)**'de iyiniyetin korunacağından bahsedilmediği gösterilmektedir. Şu halde, eşle işlem yapan kişinin iyiniyeti zaten korunmuyorsa, onun iyiniyet iddiasını bertaraf etme amacına yönelik olarak tapu kütüğüne aile konutu şerhi koydurmaya da ihtiyaç kalmayacak, şerh konulduğunda da şerhin bu noktada bir fonksiyonu olmayacaktır. Buna karşılık şerh, diğer eşin izin veya icazet tarzında rızası alınmadığı için geçersiz olan tasarruf işlemi sonucunda tapu kütüğünde oluşan yolsuz tescili nazara alarak hareket edecek bir başka şahsın iyiniyet iddiasını önleme noktasında önem taşıyacaktır.

e. Aile konutuna ilişkin mülkiyeti devir ve hakları sınırlandırma işlemleri

MK m. 194/f.I hükmüne göre, aile konutu olarak kullanılan taşınmazın mâliki olan eş, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemeyecek ve aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandıramayacaktır.

Hükümde diğer eşin iznine tâbi tutulan işlemlerin neler olduğuna dair örnek verilmemiş, -kira sözleşmesinin feshi bir yana- sadece mülkiyetin devri sonucunu doğuracak işlemler zikredilmiş, ardından da çok genel bir ifade ile -diğer eşin açık rızası bulunmadıkça- aile konutu üzerindeki *hakların sınırlandırılmayacağı* belirtilmiştir.

Hükmün kapsamına, öncelikle, taşınmaz mülkiyetinin satım, bağışlama, trampa, şirkete aynı sermaye olarak koyma gibi hukukî işlemlere dayalı olarak üçüncü kişiye devredilmesi girer. Bunun dışında, üçüncü kişi lehine, ailenin konutta oturma ve ondan yararlanma imkânını sınırlandıran veya ortadan kaldıran irtifak hakkı (oturma, intifa ve üst hakkı gibi) tesisi işlemleri de hükmün kapsamındadır.

Buna karşılık, ölüme bağlı tasarruf yoluyla kazandırmalar **MK m. 194**'ün kapsamı dışında kalır; buradaki sınırlama, sadece sağlar arası işlemler içindir. Keza, cebri icra ve kamulaştırma yoluyla vuku bulan intikaller de sınırlamanın dışında kalırlar.

Aile konutu olarak kullanılan taşınmaz üzerinde rehin, özellikle ipotek tesisinin hükmün kapsamına girip girmeyeceği İsviçre doktrininde tartışmalıdır. Türk hukukunda ise ipotek tesisi diğer eşin rızasına tâbi işlemler arasında sayılmaktadır. Esasen, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2002/7 sayılı Genelgesinde diğer eşin izni alınmadıkça mâlik olan eşin taşınmaza ilişkin her türlü tasarruf talebinin reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Aile konutu olarak kullanılan taşınmazın mülkiyetinin mâlik eş lehine intifa veya oturma hakkı tanınarak (saklı tutularak) devredilmesi ile taşınmazın onarımı amacıyla alınacak kredinin teminatını teşkil etmek üzere aile konutu olarak kullanılan bu taşınmaz üzerinde rehin tesisi hallerinde diğer eşin rızasının gerekip gerekmediği ise İsviçre doktrininde tartışmalıdır.

MK m. 194/f.İ'in kapsamına giren hallerde işleme diğer eşin “rıza göstermesi” gerekecektir. Bu rıza, ya işlemde önce verilebilir ve “izin” mahiyetinde olur veya işlemde sonra verilir ve “icazet” tarzında olur; her iki model de mümkündür. Fakat madde metninde vurgulandığı üzere, rıza her halde “açık” olmalıdır. Bu bakımdan, diğer eşin, rızasını örtülü biçimde veya iradeyi ortaya koyan davranışlarla göstermesi yeterli sayılmaz.

Buna karşılık, rıza beyanının geçerliliği bir şekil şartına tâbi tutulmamıştır.

Rıza beyanı somut ve belirli bir işlemi konu almalıdır; içeriği belirsiz, soyut ifadelerle peşinen verilmiş genel bir rıza yeterli olmaz.

İşleme rıza göstermesi gereken eş rıza beyanını kime yöneltecektir? Bazı yazarlar (**Hegnauer/Breitschmid, Hausheer/Reusser/Geiser**), bu beyanın doğrudan işlemi gerçekleştirecek olan ve rızayı sağlamak durumunda bulunan eşe yöneltilmesi gerektiğini ileri sürerler. Buna karşılık diğer bazı yazarlar (**Ruoss, Berger, Bräm/Hasenböhler**), kanaatimce de haklı olarak,

rıza beyanının ister eşe, isterse onunla işlem yapacak olan kişiye (diğer âkide) yöneltilebileceğini ve her iki halde de aynı etkinin doğacağını kabul etmektedirler.

MK m. 194 kapsamındaki işlemler diğer eşin rızası alınmadan yapıldığı takdirde “noksan” durumda bulunacaktır: Diğer eş işleme icazet verirse, işlem, yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanacak; buna karşılık icazet vermezse işlem artık yapıldığı andan itibaren kesin hükümsüz (bâtil) hale gelecektir. Bu noktada, eşle işlem yapan üçüncü kişinin (diğer âkidin), işleme diğer eşin rızasının bulunduğu inanarak hareket etmesi ve **MK m. 3** anlamında iyiniyetli olması da sonucu değiştirmeyecek; diğer deyişle üçüncü kişinin bu hususa yönelik (rızanın varlığı ve geçerliliği konusundaki) iyiniyeti korunmayacaktır. Bu kişinin, taşınmazın aile konutu niteliğine yönelik iyiniyeti (taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığını bilmiyor olması ve bilebilecek durumda da bulunmaması) ise esasen korunmaz; bu hususa yukarıda işaret etmiştik.

İşlemin diğer eşin izni alınmadan yapılmasından sonra fakat henüz eş işleme icazet vermediğini açıklamadan önce evlilik boşanma, kesinleşmiş iptal kararı veya ölüm yoluyla sona ererse veya konut aile konutu olma özelliğini yitirirse artık işlemin kendiliğinden geçerlilik kazanacağını kabul etmek gerekir. Zira işlem henüz geçersiz (kesin hükümsüz) hale gelmemiştir ve noksanlığı yaratan izin eksikliğinin dayanağını teşkil eden olgu ortadan kalkmıştır. Buna karşılık anılan durumlar eş işleme icazet vermediğini açıkladıktan sonra gerçekleşirse, bu açıklama ile işlem baştan itibaren kesin hükümsüz hale gelmiş olacağından, söz konusu gelişmeler geçersiz işlemi diriltemeyecek; ona geçerlilik kazandıramayacaktır. Anılan olgular henüz işlem yapılmadan önce ortaya çıkmışsa ve işlemin gerçekleştirildiği esnada zaten mevcutsa, işlemin geçerliliği esasen diğer eşin rızasına bağlı olmayacak ve serbestçe yapılabilecektir.

MK m. 194/f.II, işlemi gerçekleştirmek isteyen eşin rızayı sağlayamadığı veya diğer eşin ortada haklı bir sebep bulunmadığı halde işleme rıza göstermekten kaçındığı durumlarda hâkime başvurarak onun müdahalesini isteyebileceğini belirtmektedir. Hükümde hâkimin devreye girebilmesinin ön şartı olarak iki ayrı husus düzenlenmektedir: Birinci halde diğer eşin fiziksel veya ruhsal rahatsızlıkları ya da uzun süreli dış seyahatte bulunması gibi sebeplerle rızasının alınmasının imkânsız veya çok güç olması söz konusudur. İkinci halde ise eş rızayı verebilecek durumdadır; fakat haklı sebep bulunmadığı halde, bu rızayı vermekten kaçınmaktadır; bu hale özellikle, diğer eşin dürüstlük kuralına aykırı biçimde ve rıza verip vermeme konusundaki hakkını kötüye kullanarak işleme rıza göstermekten kaçındığı durumlarda rastlanır.

Böyle hallerde henüz işlem yapılmış değilse, hâkimin vereceği izin kararı doğrultusunda işlemin gerçekleştirilmesi mümkün olacak ve artık diğer eşin rızasının bulunmaması işlemin geçerliliğine etki etmeyecektir.

Mamafih, mâlik eş, işlemi diğer eşin rızası olmadan yaptıktan sonra da hâkime başvurabilir; bu halde hâkimin vereceği olumlu karar geçmişe etkili biçimde sonuç doğurur ve işlemi baştan itibaren geçerli kılar.

Ancak işlem diğer eşin rızası olmadan yapılmış ve ardından diğer eş işleme icazet vermediğini açıklamışsa, artık işlem kesin hükümsüz hale gelmiş demektir; bu aşamadan sonra hâkime başvurularak ondan alınacak kararla işlemin geçerli kılınması mümkün olmaz. Yapılacak şey, mahkemeye başvurarak hâkimden izin almak ve ondan sonra işlemi yeni baştan, tekrar yapmaktır. Uygulamada, icazet verilmediği açıklandıktan sonra, işlemi gerçekleştirmek isteyen eşin kesin hükümsüz işlem için mahkemeye başvurarak hâkimin müdahalesini istemesi halinde, usul ekonomisi kuralları gözetilerek, hâkimin bu talebi reddetmeyip, “işlemin tekrar yapılması için izin talebi” olarak değerlendirmesi ve buna göre izni vermesi yerinde olacaktır; mamafih bu halde bile işlemin yeniden yapılması gerektiği gözardı edilmemelidir.

f. Kiralama yoluyla sağlanmış aile konutunda kira ilişkisine yönelik işlemler

MK m. 194'ün **1.** fıkrasında, başkasından kiralanan bir taşınmazın aile konutu olarak kullanılması durumunda kira sözleşmesini akdeden eşin bu sözleşmeyi diğer eşin açık rızası olmadıkça feshedemeyeceği belirtilmiş; **4.** fıkrada ise sözleşmenin tarafı olmayan eşe, kiralayana yapacağı bir bildirimle âkid eşle birlikte müteselsilen sorumlu olma sonucunu doğuracak biçimde kira sözleşmesine taraf olma imkânı tanınmıştır.

Hemen belirtelim ki, konunun İsviçre'de düzenleniş tarzı daha farklıdır: **MK m. 194**'ün karşılığını teşkil eden **ZGB Art. 169**'da âkid eşin kira sözleşmesini diğer eşin açık rızası olmadıkça feshedemeyeceği ve diğer eşin rızasının alınmadığı veya onun haklı sebep olmadığı halde rıza vermekten kaçındığı hallerde hâkimin müdahalesinin istenebileceği hükme bağlanmıştır. Madde metninde başkaca düzenleme bulunmamaktadır. Mamafih, İsviçre Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin hükümlerinde de buna paralel düzenleme yapılarak kira konusu yerin aile konutu olarak kullanılması haline yönelik olarak **OR Art. 266m**'de **ZGB Art. 169**'daki esaslar aynen tekrarlanmış; fakat buna ilâveten, **OR Art. 266n**'de kiralayanın fesih ihbarını veya fesih ihtarlı ödeme emrini ayrıca kiracının eşine de göndermek zorunda olduğu belirtilmiş; **OR Art. 266o**'da bu şartlara uyulmadan yapılacak feshin ge-

çersiz (kesin hükümsüz) olacağı ifade edilmiş ve **OR Art. 273a**'da aile konutu olarak kullanılan mecurlar bakımından kiracının eşi de sözleşmeyi feshe, süre sonunda kira ilişkisinin devamı talebinde bulunmaya ve kiracıya tanıyan diğer hakları kullanmaya yetkili kılınmıştır.

Bizde yeni Medenî Kanununun kabulüyle bu esaslar yürürlüğe girmiş; fakat kira sözleşmeleri bakımından Borçlar Kanununda ve 6570 sayılı Kanunda herhangi bir revizyona gidilmemiştir. Mamafih, hazırlanmakta olan yeni Borçlar Kanunu Tasarısında İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeye paralel hükümlerin yer aldığı söylenmektedir.

Bizdeki **MK m. 194/f.IV** düzenlemesini tam olarak karşılayan bir hüküm İsviçre'de yoktur; fakat **OR Art. 273a** hükmü bu açığı -hem de eşi bizdeki gibi müteselsil sorumluluk altına sokmaksızın- büyük ölçüde kapatmaktadır.

MK m. 194/f.I uyarınca kiracı eş kira sözleşmesini fesih yoluyla sona erdirmek isterse, diğer eşin açık rızasını almak zorundadır. Eşin izin veya icazet tarzında açık rızası bulunmadıkça, yapılacak fesih bildirim keskin hükümsüz olacak ve sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır. Burada ki fesih kavramının kapsamına hem olağan, hem de olağanüstü (haklı sebeple) fesih hâlleri girer.

Kanunda, sadece kira sözleşmesinin feshi konusunda diğer eşin rızasının alınması gereğine işaret edilmiştir. Ancak doktrinde, kiracı eşin yazılı tahliye taahhüdünde bulunması, kira sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla sona erdirilmesi, açılmış tahliye davasının kabul edilmesi ve tapudaki kira şerhinin kaldırılması işlemlerinde de diğer eşin rızasının aranması gerektiği savunulmaktadır.

Bu görüşe biz de katılıyoruz. Ancak yukarıda anılan hâllerden sonuncusunu bunun dışında tutuyoruz: Kira şerhinin kaldırılması sözleşmenin sona erdirilmesi anlamını taşımayacağına veya doğrudan böyle bir sonuç doğurmayaacağına göre, şerhin silinme işlemi diğer eşin rızasına bağlamanın anlamı ve gereği yoktur. Unutulmamalıdır ki, eşin yapacağı işlemin diğer eşin rızasına tâbi olması kural değil, sadece bir istisnadır; sınırlama yahut yasaklama getiren istisna hükümlerinin mümkün olduğunca dar bir çerçevede uygulanması ve kapsamının yorum yoluyla genişletilmemesi ise bir temel hukuk ilkesidir. Özellikle, diğer eşin hep "kadın" olduğu faraziyesinden hareket ederek ve kadını koruma yolunda abartılı bir gayretkeşlik göstererek, salt bu gerekçe ile hukuk prensiplerini zorlamaktan da kaçınmak gerekir.

Diğer eşin rızasının alınması, rızanın şekli ve taşınması gereken özellikler, rı-

za verilmemesinin sonuçları ve hâkimin müdahalesinin istenmesi konularında, tasarruf işlemleri bakımından yukarıda yaptığımız izahatlar burada da nazara alınmalıdır.

2) Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinin doğurduğu malî yükümlülüklerin yerine getirilmesinin güvence altına alınması amacıyla sınırlama (MK m. 199):

Yeni Medenî Kanun'un **199.** maddesine göre:

“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine Hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.

Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır.

Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırsa, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.”

Bu hükme göre, eşlerden biri savurgan davranışları ve hesapsız/ölçüsüz harcamaları ile ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokuyorsa, eşine ve çocuklarına karşı malî yükümlülüklerini yerine getirmekte ihmâlde bulunuyorsa, diğer eş, mahkemeye başvurarak hâkimin müdahalesini isteyebilir ve belirli malvarlığı değerleri ile ilgili tasarrufların kendisinin iznine bağlanmasına karar verilmesini talep edebilir.

MK m. 199 evliliğin genel hükümleri kısmında yer aldığından, hükümde yer alan sınırlamalar eşler arasında geçerli mal rejimi ne olursa olsun, uygulama alanı bulur.

Hemen belirtelim ki, bu hüküm, eşin fiil ehliyetine yönelik bir kısıtlama veya sınırlama olarak algılanmamalıdır; diğer deyişle, bir ehliyet sınırlaması söz konusu değildir; sadece eşin tasarruf yetkisine sınırlama getirilmektedir.

Hükümde, *tasarruf işlemleri* bakımından bir sınırlama söz konusudur. Gerek **MK m. 199/f.I**'de kullanılan “... *tasarrufların*...” ibaresi; kaynak **ZGB Art. 178/Abs.1** de yer verilen “...*die Verfügung*...” kelimesi bu hususu açıkça ortaya koymaktadır.

Acaba bu tasarruf işlemlerine temel teşkil eden borçlandırıcı işlemler de aynı sınırlamaya tâbi olacak mıdır? Bu husus İsviçre doktrininde tartışmalıdır.

Bazı yazarlar (meselâ, **Vogel**), bu tür borçlandırıcı işlemleri de hükmün kapsamına sokarlarken; diğer bazıları (**Hausheer/Reusser/Geiser, Bräm/Hausenböhler**) yasak ve sınırlama getiren işlemlerin kapsamının yorum yoluyla genişletilemeyeceği gerekçesiyle anılan işlemlerin madde metninin uygulama alanı dışında kalacağını ileri sürmektedirler.

Anılan hükme dayanılarak eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılabilmesinin ön şartı, eşlerden birinin malî menfaatlerinin ciddi ve ağır bir tehlikeye maruz bulunmasıdır. Böyle bir durumda hâkim re'sen harekete geçecek değildir; madde metninde de belirtildiği üzere, hâkim ancak diğer eşin yapacağı başvuru üzerine sınırlama kararı verebilir. Bu tarz bir taleple hâkime başvuran eşin böyle bir tehlikenin varlığını somut biçimde kanıtlaması gerekmez; sadece yakın gelecekte böyle bir durumun ortaya çıkabileceğini gösteren olguları ortaya koyması ve bunları kanıtlaması yeterlidir.

Hâkim, sınırlamayı koyarken, hangi malvarlığı unsuru üzerinde, ne yolda bir sınırlama getirdiğini somut ve net biçimde belirtmelidir. Hâkimin bu sınırlamayı ancak belirli bir zaman parçası için geçerli olmak üzere öngörmesi de mümkündür.

Sınırlama üzerine, işleme rıza verme durumunda olan eşin bu rızası geçerlilik şartı olarak herhangi bir şekilde tâbi değildir.

Keza, **MK m. 194**'de aile konutu ile ilgili işlemler bakımından diğer eşin "açık" rızası arandığı halde, **MK m. 199/f.I**'de böyle bir koşul yer almamaktadır. Bu bakımdan, diğer eşin vereceği rıza herhangi bir şekilde tâbi bulunmayan açık bir rıza (meselâ, eşin, işleme izin verdiğini belirten açık bir sözlü beyanı) tarzında ortaya çıkabileceği gibi, bu rızanın örtülü biçimde verilmesi, hatta iradeyi ortaya koyan davranışlardan anlaşılması da mümkündür.

Rıza, baştan izin tarzında olabileceği gibi, sonradan icazet verme şeklinde de ortaya konulabilir.

Rıza verme durumunda bulunan eş işleme rıza göstermekten kaçınırsa, rızayı elde edemeyen eşin hâkime başvurabileceği ve bu halde, talebi yerinde gördüğü takdirde hâkimin sınırlamayı kısmen veya tamamen sona erdirebileceği, eğer bu hususta tapu kütüğüne şerh konulmuş bulunuyorsa bu şerhi kaldırabileceği kabul edilmektedir. Bu sonuca **MK m. 194/f.II** hükmünün kıyasen uygulanmasıyla ulaşılmaktadır.

MK m. 199/f.II, hâkimin bu durumda gerekli önlemleri alacağını ifade et-

mektedir. Sınırlamaya tâbi olan eşin bu sınırlamayı ihlâl etmesini ve boşa çıkarmasını önleyici mahiyette olması gereken bu önlemler arasında, eşin, malları üzerinde mülkiyet devri veya ipotek tesisi gibi tasarruflarda bulunmaktan, başkasının borcu için garanti veya kefalet vermektan men edilmesi de yer alır. Hâkim bu önlemlerden olaya uygun düşeni tespit edip uygulamakla hem yükümlü, hem de buna yetkilidir.

Anılan hükümde, hâkimin eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması yönünde vereceği kararın üçüncü kişilere ne şekilde duyurulacağı belirtilmemiştir ve bu durum kanımızca uygulamada işlem güvenliği bakımından sakınca yaratacak bir eksiklik teşkil etmektedir.

199. maddenin son fıkrasında, hâkimin eşin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırdığı takdirde bunu vereceği bir talimatla (kararla) doğrudan tapu kütüğüne *şerh ettirmesi* öngörülmektedir. Ancak burada eşin taşınmaz üzerindeki işlemlerden kökten men edilmesi ve tasarruf yetkisinin tümüyle kaldırılması söz konusu değildir. Hâkim, olsa olsa eşin tasarruf yetkisini diğer eşin rızasına bağlı kılabilir ve bunu tapuya şerh ettirebilir.

Hükümde sözü edilen taşınmazdan maksat, eşin mülkiyetinde bulunan herhangi bir taşınmaz maldır. Eğer bu taşınmaz aile konutu olarak kullanılıyorsa, esasen **MK m. 194'**deki sınırlamaya tâbidir; bu bakımdan, **MK m. 199/son'**da anılan taşınmazlar, aile konutu dışında kalan taşınmazlardır.

Buradaki şerh, bir "tasarruf yetkisi sınırlanması" şerhidir. Sınırlama, hâkimin kararı ile, şerhten önce doğar. Bu noktada, eşle işlem yapan kimsenin iyiniyeti de korunmaz. Buna karşılık şerh, taşınmazı yetkisi sınırlanmış eşten iktisap eden kişiden (işlemin karşı tarafından) aynî hak kazanma durumunda olan bir başka kişinin iyiniyet iddiasını önler. Eğer şerh yoksa ve eşle işlem yapan kişiden iktisapta bulunan şahıs iyiniyetli ise, onun taşınmaz üzerinde aynî hak iktisabı korunacaktır.

Buna karşılık şerhin, taşınmazın haczedilerek cibrî icra yoluyla satılmasını veya taşınmazın tapu kütüğündeki sahifesine kanundan kaynaklanan şerh ve tescillerin yapılmasını (meselâ, kanunî ipotek haklarının tescilini) engelleyici gücü ve fonksiyonu yoktur.

Görülüyor ki, diğer eşin iznini almadan yapılan işlem hüküm ifade etmeyecektir. Mamafih burada da bir kesin geçersizlik durumu söz konusu değildir; eğer diğer eş işleme onay (icazet) verirse işlem yine baştan itibaren geçerli sayılacaktır.

3) Edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde eşlerin paylı mülkiyet konusu maldaki payları üzerinde tasarrufta bulunmalarına yönelik sınırlama:

Yeni Medenî Kanunda orijinal bir model olarak “*edinilmiş mallara katılma*” rejimi getirilmiş ve bu rejim kanunî mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Anılan rejim çerçevesinde eşlerin malları “*edinilmiş mallar*” ve “*kişisel mallar*” olarak iki gruba ayrılmıştır.

MK m. 223’e göre:

“Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir.”

Şu halde, kanunî mal rejiminde, prensip olarak eşlerden her biri kişisel veya edinilmiş, tüm malları üzerinde -kanunun diğer hükümlerinden kaynaklanan sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla- serbestçe tasarrufta bulunabilir: Mallarını satabilir; kendisinin, eşinin veya üçüncü bir kişinin borcu için serbestçe rehin verebilir; mal üzerinde diğer bir sınırlı aynı hak tesis edebilir; eşinin veya üçüncü kişilerin borçları için garanti ve kefalet taahhüdünde bulunabilir.

Buna karşılık, eşler bir mala müştereken mâlik iseler, bu durumda **MK m. 223/f.II** hükmündeki sınırlama gündeme gelir. Buna göre:

“Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.”

Öncelikle belirtelim ki, bu düzenleme ile paydaş eşin payı üzerinde tasarrufta bulunması yasaklanmamış, sadece diğer eşin iznine tâbi tutularak sınırlandırılmıştır. Diğer deyişle, burada sadece bir *tasarruf yetkisi sınırlaması* söz konusudur.

Diğer yönden, hükmün kapsamına sadece tasarruf işlemleri girer. Bu bakımdan, borçlandırıcı işlemler bu sınırlamanın kapsamı dışında kalır; bu tür işlemlerin geçerliliği için diğer eşin rızası aranmaz. Keza, ölüme bağlı tasarruf yoluyla yapılan kazandırmalar ile cebri icra yoluyla vuku bulan intikaller için de diğer eşin rızasının aranması söz konusu olmaz.

Şu halde, eşler bir mala müşterek (paylı) mülkiyet ilişkisi çerçevesinde bir-

likte mâlik iseler, pay oranları ne olursa olsun, eşlerden biri kendi payı üzerinde tasarrufta bulunmak (meselâ, pay üzerinde rehin tesis etmek) isterse diğer eşin rızasını almak zorundadır. Aksi takdirde “noksanlık” vardır; tasarruf hüküm ifade etmez. Mamafih burada da diğer eşin işleme sonradan onay (icazet) verme yolu açıktır. İcazetin verilmesi halinde işlem baştan itibaren geçerlilik kazanır. Buna karşılık icazet verilmezse işlem baştan beri kesin hükümsüz (bâtıl) hale gelir.

MK m. 194'de aile konutu ile ilgili işlemler bakımından diğer eşin “açık” rızası arandığı halde, **MK m. 223/f.II**'de böyle bir koşul yer almamaktadır. Bu bakımdan, paydaş eşin payı üzerindeki tasarrufuna diğer eşin vereceği rıza herhangi bir şekilde tâbi bulunmayan açık bir rıza (meselâ, işleme izin verdiğini belirten açık bir sözlü beyan) tarzında ortaya çıkabileceği gibi, bu rızanın örtülü biçimde verilmesi, hatta iradeyi ortaya koyan davranışlardan anlaşılması da mümkündür.

Diğer eş işleme rıza göstermediği takdirde, bunun gerekçelerini açıklamak ve niçin rıza göstermediğini izah etmek zorunda değildir; fakat bu hak da her halde **MK m. 2**'deki dürüstlük kuralıyla sınırlıdır.

Diğer eşin haklı sebep bulunmaksızın izin vermekten kaçınması halinde acaba **MK m. 194/f.II**'de olduğu gibi rızayı sağlayamayan eşin hâkime başvurarak eşin rızasının yerine geçmek üzere karar alması mümkün müdür? **MK m. 223**'de böyle bir imkân öngörülmüş değildir. Bu yolun izlenmesi ve sonuçta işlemin hâkimin izniyle gerçekleştirilmesi bize mümkün gözükmektedir. Şüphesiz, diğer eşin haklı bir sebep ve korunmaya değer bir menfaat bulunmadığı halde izin vermekten kaçınması ve hakkını kötüye kullanması ihtimal dâhilindedir; fakat bunun yaptırımını onun rızasının yerine geçmek üzere hâkimden izin sağlanması olamaz. Böyle bir imkân kanunda öngörülmemiştir. Kaldı ki, rızayı sağlayamayan eş her zaman paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirme imkânına sahiptir; bu bakımdan, diğer eş rıza verme hakkını kötüye kullanıyorsa, paydaş eşin yapacağı şey, paylı mülkiyet bağı sona erdirme yoluna gitmektir.

MK m. 223/f.II emredici nitelik taşımadığından, eşler paylı mülkiyet konusu maldaki pay üzerinde tasarrufta bulunma imkânının diğer eşin rızasına bağlı olmadığını kararlaştırabilir.

MK m. 223/f.II hükmünde getirilen sınırlamanın, münhasıran eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan mallar bakımından geçerli olduğu kuşkusuzdur. Bu noktada hangi eşin ne oranda pay sahibi olduğunun da önemi yoktur.

Acaba eşlerden birinin veya her ikisinin başkaları ile paylı mülkiyet ilişkisi çerçevesinde hak sahibi buldukları mallar bakımından da aynı sınırlama gündeme gelecek midir? Hemen belirtelim ki, bu konuda **MK m. 223/f.II** hükmünün ifadesi başarısızdır. Hükümde “...paylı mülkiyet konusu mal...” ibaresiyle yetinilmiş, fakat bu ilişkinin kimler arasında bulunması halinde anılan sınırlamanın geçerli olacağı belirtilmemiştir.

Hüküm lâfzen yorumlanırsa, eşlerden sadece birinin veya her ikisinin başkaları ile paylı mülkiyet rejimi çerçevesinde birlikte mâlik oldukları mal üzerindeki payında tasarrufu da hükmün ve dolayısıyla, sınırlamanın kapsamına girecektir. Fakat bu sonucu hükmün amacı ve mantığı ile bağdaştırmak kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü bu düzenlemenin amacı, eşler arasında kurulmuş bulunan paylı mülkiyet birliğine dışarıdan birinin girecek eşler arasındaki ahengi bozmasını önlemek ve çıkacak sorunların evlilik birliğine yansımaları engellemektir. İlişkide zaten bir yabancı varsa artık **MK m. 223/f.II** hükmünü uygulamanın bir anlamı kalmaz. Bu bakımdan, hükmü yalnızca eşler arasında kurulmuş bulunan paylı mülkiyet ilişkilerine hasretmek doğru olacaktır.

IV. Özel Olarak: Eşlerin Üçüncü Kişilerle Yapılacak İşlemlerde Veli Sıfatıyla Çocuğu Temsil Etmeleri

Velâyet hakkının doğal bir uzantısı olarak, üçüncü kişilerle yapılacak işlemlerde ve çocuğun malvarlığına yönelik tasarruflarda çocuğu -kanunî temsilci sıfatıyla- ana ve baba temsil eder.

Eskiden ana babanın, üçüncü kişilere karşı veli sıfatıyla çocuğu temsil etmeleri noktasında, önceki Medenî Kanun’da egemen olan “*babanın oyunun üstünlüğü*” kuralı sebebiyle uygulamada tartışma yaşanmaktaydı.

Eski Medenî Kanununun **263.** maddesinde “*Evlilik mevcut iken, ana ve baba, velâyeti beraberce icra ederler. Anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir.*” denmekteydi. Burada sözü geçen “... beraberce...” ibaresi, kanaatimizce ana babanın birlikte hareket suretiyle, yani işlemde hem ananın, hem de babanın yer alması şeklinde gerçekleştirilebilecekleri tarzında yorumlanmamalı; hem ananın, hem de babanın velî sıfatına sahip bulunan kişiler olarak tek başlarına işlemi yapabilecekleri şeklinde anlaşılmalıydı. Gerçekten, babanın oyunun üstünlüğü kuralı ancak yapılacak işlem konusunda eşler arasında görüş ayrılığı doğması ön şartına bağlı olarak uygulanabilirdi. Böyle bir uyuşmazlık yoksa veya mevcut bulunmakla birlikte, baba bu konudaki muhalefetini işlemin yapılacağı üçüncü kişiye önceden bildirmemişse üçüncü kişinin sadece anne ile işlemi gerçekleştirmesine bir engel olmamalıydı. Zi-

ra eski Medenî Kanun döneminde bile sonuçta anne de “veli” sıfatını taşı-maktaydı ve kanunen çocuğu temsil yetkisine sahipti.

Bu bakımdan, kanaatimizce, eski kanun döneminde de anne, üçüncü kişiler-le yapılacak hukukî işlemlerde veli sıfatıyla çocuğu tek başına temsil edebi-lirdi; fakat baba, üçüncü kişiye önceden yapacağı bir beyanla annenin çocuk adına işlem yapmasını engelleyebilirdi.

Ne var ki, uygulamada eşle işlem yapan üçüncü kişilerin, özellikle bankala-rın tedbirli davranma kaygılarından ve kimi yargı organlarının ters yönde-ki kararlarından kaynaklanan hatalı bir yaklaşımla durum tersine çevril-mişti: Uygulamada egemen olan tutuma göre, çocuk adına yapılacak işlemlerde prensip olarak ananın tek başına hareket etmesi kabul edilmiyor; böy-le bir işlem için babanın izni aranıyordu. Buna karşılık baba, çocuk adına üçüncü kişilerle serbestçe ve de tek başına işlem yapabiliyordu.

Yeni Medenî Kanun'un **342.** maddesinde “*Ana ve baba, velâyetleri çerçevesin-de üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler*” denilerek eski kanundaki ilke aynen korundu; fakat babanın oyunun üstünlüğünü öngören hüküm kaldırıldı. Bu nedenle artık uygulamada eskiden yaşanan tereddüde de mahal kalmadı. Bugün artık hem anne, hem de baba çocuk adına işlem yapma konusunda eşit şekilde yetkilidirler.

Peki, bu nasıl gerçekleşecektir? Ana ve babadan her biri çocuğu tek başına (münferiden) temsil yetkisine sahip midirler, yoksa bu yetkiyi ikisi birlikte hareket ederek (veya biri, diğerrinin rızası çerçevesinde) mi kullanacaktır? Bu hususta **MK m. 342/f.İ**'in metninde bir açıklık bulunmamaktadır. Mamafih, yasa koyucunun, her türlü işlem için anne ve babanın *birlikte (oybirliğiyle) hareket etmeleri* şartını aradığı anlaşılmaktadır. Nitekim madde gerekçesinde bu hususa işaret edilmiş ve “... *Kanun, velâyetin kullanılmasında ana ve babanın **birlikte** hareket etmesi... ilkesini benimsemiştir.*” denilmiştir. Esasen, **342.** maddenin **2.** fıkrasında iyi niyetli üçüncü kişileri koruma amacıyla “diğ-ger eşin işleme rızasının bulunduğu” karinesi kabul edilmiştir ki, başlı başı-na bu karinenin varlığı **342.** maddenin **1.** fıkrasında birlikte hareket etme esasının öngörüldüğünün delilidir. Çünkü ana babadan her biri tek başına ha-reketle çocuğu temsil yetkisine sahip bulunsaydı, bu takdirde diğerrinin rıza-sını aramaya ve üçüncü kişiler açısından bu rızayı var saymaya esasen gerek kalmazdı; **2.** fıkra düzenlemesinin bir anlamı ve fonksiyonu da bulunmazdı.

Şüphesiz, bu anlamda birlikte hareket edildiğinden bahsedebilmek için mut-laka işleme hem ananın, hem de babanın katılması gerekli değildir; ana ba-badan biri diğerrinin açık veya örtülü rızası çerçevesinde hareket ederek iş-

lemi gerçekleştirebilir. Zaten **MK m. 342/f.II** düzenlemesi de bunu desteklemektedir.

Kanun koyucu, diğer eşin rızasının alınması noktasında uygulamada işlem güvenliği açısından rahatlama yaratacak isabetli bir düzenleme getirmiş ve **342. maddenin 2. fıkrasında** “*iyi niyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızası ile işlem yaptığını varsayabilir*” şeklinde bir karineye yer vermiştir.

Bu durumda, eşlerden biriyle işlem yapan kimse diğer eşin rızasını aramak zorunda kalmaksızın işlemi yapabilecektir. Fakat yine de, ileride yargı organları önünde doğabilecek iyi niyet tartışmalarına hiç girmemek için, eşle işlem yapan üçüncü kişilerin bu gibi hallerde imkân nispetinde diğer eşin iznini elde etmeye çalışmaları tavsiye olunur.

Buna karşılık eşlerden biri, işleme muhalefetini önceden işlemin yapılacağı üçüncü kişiye bildirerek işlemin yapılmasını engelleyebilir. Bu imkân baba için olduğu kadar, anne için de mevcuttur. İşte eşlerden biri işleme muhalefetini önceden üçüncü şahsa bildirmişse veya üçüncü şahıs başka yolla bu durumu öğrenmişse ya da öğrenebilecek durumdaysa, artık üçüncü şahıs iyi niyetli sayılamayacağından, işlemi yapmak isteyen eşin talebini reddetmek durumundadır; buna rağmen yaparsa işlem geçersiz olur.

Yararlanılan Eserler:

- **Akıntürk Turgut**, Türk Medenî Hukuku - Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, c.II, 6. bası, İstanbul 2002
- **Berger Markus**, Die Stellung Verheirateter im rechtsgeschäftlichen Verkehr, Freiburg 1987
- **Bräm Verena / Hasenböhler Franz**, Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II: Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251), Teilband II - 1c (Art. 159-180), 3. Auflage, Zürich 1998
- **Franz Hasenböhler**, Verfügungsbeschränkungen zum Schutz eines Ehegatten, BJM (Basler Juristische Mitteilungen), 1986, sh. 77-79
- **Hausheer Heinz / Reusser Ruth / Geiser Thomas**, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband (Art. 181-195a ZGB; Art. 196-220 ZGB), Bern 1992

- **Hausheer Heinz / Reusser Ruth / Geiser Thomas**, Kommentar zum Eherecht, Band.I: Art. 159-180 ZGB und Art. 8a und 8b Schlusstitel des ZGB, Bern 1988
- **Hegnauer Cyril / Breitschmid Peter**, Grundriss des Eherechts, 3. Auflage, Bern 1993
- **Kılıçoğlu Ahmet**, Türk Medenî Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002
- **Oğuzman Kemal / Seliçi Özer**, Eşya Hukuku, 9. bası, İstanbul 2002
- **Ruoss Reto Thomas**, Der Einfluss des neuen Eherechts auf Mietverhältnisse an Wohnräumen, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), 107 (1988), 1. Halbband
- **Seza Reisoğlu**, Medeni Kanun'da Bankalar İle İlgili Düzenlemeler (Türkiye Bankalar Birliği'nce 14.02.2002 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "*Medenî Kanunda Bankalar İle ilgili Düzenlemeler*" konulu konferansta sunulan ve Birliğin "<http://www.tbb.org.tr>" adresli internet sitesinde yer alan metin)
- **Şıpka Şükran**, Türk Medenî Kanununda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), İstanbul 2002
- **Tour Peter / Schnyder Bernhard / Schmid Jörg**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich 1995
- **Vogel Oscar**, Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft, I, in: Das neue Ehe- und Erbrecht, Veröffentlichungen der Schweiz, Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Band: 26 (1987).

CEZA HUKUKUNDAKİ SON GELİŞMELER VE YENİ TÜRK CEZA KANUNUNUN GENEL HÜKÜMLERİNE BİR BAKIŞ

*Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR**

I- Genel Olarak

Yeni Fransız Ceza Kanunu ile ilgili geniş bir kitap yazan **Desportes** ve **Le Gunehec**, eserlerinin başlangıcında Ceza Hukukunun bir abideye benzediğini, insanların bunu gezmeleri ve görmemelerinde bile, geçmiş ve görmüş hissi içinde yaşadıklarını, ceza hukukunun da, kuralları ve ayrıntıları ile bilinmemesine rağmen sürekli olarak gündelik hayatta daima konuşulduğunu belirtmektedirler. Adı geçen yazarlara göre adam öldürme, tekerrür, cezaevi veya tecil, insanların tam olarak bilmedikleri ve fakat yabancı oldukları kavramlardır.¹ Kısaca Ceza Hukuku öyle bir kurallar ve kavramlar bütünüdür ki insan daima bu kavramları güncel hayatında çeşitli olaylar ile birlikte yaşar ve bunlar ile ilgili değerlendirmelerde bulunur. Başka bir deyişle ceza hukuku, insanın güncel hayatında çeşitli olaylarla yakından ilgilendiği bir hukuk dalıdır. İşte bu konferansımızda önümüzdeki aylarda yürürlüğe girecek Yeni Türk Ceza Kanunu ile ilgili açıklamalarda bulunmanın yanı sıra, bu kanunda yer alan özelliklere belirli bir ölçüde değineceğiz.

Türkiye’de 1926 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu’nun tarihsel işlevini yerine getirdiği ve yeni bir ceza kanununa gereksinim duyulduğu uzun süredir ileri sürülmekteydi. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun büyük ölçüde Türkçe’ye çevrilmesi ve “Devlet İdaresine Karşı Suçlar” bölümü dışında kalan yüzlerce maddenin aslına uygun biçimde kabul edilmesiyle yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu, ülkemizde hukukun çağdaş ve batı düşüncesine uygun bir biçimde gerçekleşmesinde önemli bir rol oynamıştı. Gerçekten 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu, XIX. yüzyılın liberal düşüncesini

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 **Desportes**, Frédéric - **Le Gunehec**, Francis, Le Nouveau Droit Penal, Tome I, Paris 1999, p.1 vd.

yansıtan bir Ceza Kanunu idi. Ceza Hukukundaki ünlü Okullar mücadelesinde ön plana çıkan Klasik Okulun ana ilkeleri bu kanunda yansımasını bulmuştu. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kıyas yasağı, lehe olan hükümlerin geçmişe etkili olarak uygulanması, yarı mülkilik sistemi, sorumluluğun kusura dayanması gibi önemli kurallar bu kanunun dayandığı temelleri oluşturmaktaydı.

Türk Ceza Kanunu ana özelliklerini belirttiğimiz İtalyan Ceza Kanunu'ndan aktarılan maddeler ve bölümlerle, yeni Türkiye Cumhuriyeti Devletinin önemli kanunlarından biri haline geldikten sonra Türk Hukukunda, mahkeme kararları, doktrin ve düşünce hayatının yorumları ile yaşama çizgisini devam ettirmişti. Bu konferansın hemen başında belirtildiği gibi geride bıraktığımız yüzyılın sonlarına doğru Türk Ceza Kanunu'nun da değişmesi yönünde yeni ve kuvvetli bir akım başlamıştı.

Yeni bir ceza kanununu meydana getirebilmek için ileri sürülen görüşleri şu şekilde özetleyebilmek mümkündür.

- 1- 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu 1926'dan bu yana pek çok değişikliklere uğramıştır. Kanunda, 56 ayrı tarihteki kanunlar ile pek çok maddeler değiştirilmiş, yaptırımlar ağırlaştırılmış ya da hafifletilmiş, kanunun genel yapısı apayrı bir niteliğe bürünmüştür. Gerçekten yapılan pek çok değişiklikle kanunun 4/5 oranında farklı bir niteliğe büründüğü ve bunun hemen hemen kanuna tamamen yeni bir görünüm kazandırdığı ileri sürülmüştür.

Bu değişiklikler içerisinde, üç konuya değinmekte yarar bulunmaktadır:

- a) İtalya'da 1930 yılında 2. Dünya Savaşından hemen önceki çalkantılı siyasal ortamda, yeni bir ceza kanunu hazırlanmış ve yürürlüğe girmişti. Dönemin Adalet Bakanı Rocco'nun adıyla anılan bu kanun, liberal dünya görüşü yerine otoriter görüşe önem vermekte ve bunu uygulamaya geçirmekteydi. Türk Hukuku bu değişiklikten belirli bir ölçüde etkilenmişti. İkinci Dünya Savaşının zor ve korkulu günlerinin, savaşın etkisiyle özellikle "Devlete Karşı Suçlar" bölümünde önemli değişikliklere gidilmişti. Bu değişiklikler sonraki yıllarda, özellikle 1960'dan sonra ceza kanuna karşı yöneltilen eleştirilerde sürekli olarak öne sürülmüştü.
- b) 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun, Türk Ceza Kanunu'nun cezalar sistemi ve rejimini tamamen değiştir-

mişti. Kısa ve uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, şartla salıverme, cezalar yerine uygulanabilecek tedbirler, para cezalarının taksimde bölünmesi gibi yeni kavramlar ve uygulamalar Türk Ceza Kanunu'nun bunlarla ilgili bölümlerini bütünüyle ortadan kaldırmıştı.

c) Nihayet 1971 ve 1980 rejim değişikliklerinden önce ve sonra yaşanan çalkantılı toplumsal olaylarda ceza kanununa sık sık başvurulmuş ve olayları önlemek amacıyla değişiklikler yapılmıştı. Bu değişiklikler Kanunun genel sistemini bozmuş ve ceza hukuku doktrinde Dönmezer tarafından sık sık kullanılan “panik hükümler” kavramının uygulanması ile karşılaşılıyordu.

2- Türk Ceza Kanununun çağdaş gelişmeler ve toplumsal değişimler karşısında yetersiz kaldığı öne sürülmüştür. 1960 ve 1982 Anayasalarında yer alan yeni hak ve özgürlüklerin ihlalleri karşısında ceza kanununda yeterli suç biçimlerinin bulunmadığı ve bu nedenle kanunun toplumsal sorunları tam olarak çözemediği kuvvetle belirtilmiştir. Özel hayatın korunması, çevrenin korunması; eğitim, öğretim ve seyahat hürriyetinin ceza kuralları ile desteklenmesi gerekliliği bu düşüncelerle örnek olarak ortaya atılmıştır.

Bunun yanı sıra son 20 yılda, Türkiye’de etkisi kuvvetle hissedilen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi karşısında ceza kanununun çok yetersiz kaldığı savunulmuştur. Bu kanun içerisinde yer alan bazı suç biçimlerinin Sözleşme’nin ihlalini meydana getirdiği de öne sürülmüştür.

Avrupa Konseyi yapısı içinde yer alan Ceza Sorunları Komisyonunun çalışmaları 1960’lı yılların sonlarında Türkiye’ye yeni bir akım getirmişti. “Dépénalisation, décriminalisation” olarak özetlenen bu akım, ceza kanunu kurallarını, insan hak ve özgürlükleri yönünden irdeliyor ve bir kısım suçların artık ceza kanunlarından çıkarılması gerekliliğini öne sürüyor, bazı cezaları da hafifletiyor ya da yaptırım değişikliğine gidiyordu. Bu çerçevede Ceza Kanununun artık eskidiği iddia ediliyordu.

3- Avrupa’da küreselleşmenin gelişmesi ve Birlik düşüncesinin giderek somutlaşması ile birlikte pek çok batı ülkesinde ceza kanunlarında yeniliklere gidilmiştir. Fransa, 200 yıldan beri yürürlükte olan ceza kanununu değiştirmiş, 1996’da yeni ceza kanununu yürürlüğe sokmuştur. İsviçre ve İtalya ceza kanunlarında çok önemli

değişiklikler yapmıştır. Almanya ise reform niteliğinde değişiklikleri gerçekleştirmiştir. Bu gelişmeler karşısında Türkiye'nin de ceza kanununu değiştirmesi gerektiği, bunun kaçınılmaz olduğu pek çok yazar tarafından ileri sürülmüştür.

- 4- Türk Ceza Kanunu'nun dilinin artık eski ve üslubunun da ağır olduğu, genç kuşaklar için anlaşılabilir bir nitelik taşıdığı eleştiriler içerisinde ortaya konulmuştur. Özellikle devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler bölümünde kullanılan dilin yer yer çok ağır olduğu ve bunun değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.
- 5- Belirlenen bu nedenlerin yanı sıra, ceza kanunu gibi çok önemli ve temel bir kanunun değiştirilmesinden önce ülkede ceza yargılaması sisteminin, infaz rejiminin değiştirilmesinin zorunlu olduğu ileri sürülmüş, yepyeni bir sistemin gerçekleştirilmesi yönünde adımlar atılmasının kaçınılmaz olduğu açıklanmıştır.
- 6- Ayrıca Türk Ceza Kanununun bazı hükümlerinin çağdaş anlayışın çok gerisinde kaldığı ileri sürülmüştür. Örneğin kanunun 4-11. maddeleri arasında yer alan milletlerarası ceza hukukuna ilişkin bölümde, yabancı ülkede suç işleyen ve yargılanan kişilerin Türkiye'de yeniden yargılanabileceğini öngören düzenlemenin "non bis in idem" ilkesine aykırı olduğu savunulmuştu.
- 7- Ceza Kanunu, eskiliği nedeniyle bazı yeni anlayışlara ve düzenlemelere kapalı idi. Örneğin, mağdurun korunmasına ilişkin kurallar görülmemekte, örgütlü suçlar ve terörizm ile ilgili suç biçimlerini içermemekte idi ve güvenlik tedbirleri de çok yetersizdi.
Aynı şekilde çocuk ceza hukukunun çok eski olduğu, koşullu salıvermenin çok geniş bir alana yayıldığı, itiyadî suçluluk ve denetimli serbestlik ile ilgili düzenlemenin bulunmadığı savunulmuştu.
- 8- Cezaların ağırlığı, ölüm cezasının varlığını devam ettirmesi eleştirilerin önemli bir bölümünü oluşturuyordu.

II- Gelişim Süreci

Bu gibi görüşler ve gerekçelerin sonucunda Türkiye'de 1980'li yılların ikinci yarısında Adalet Bakanlığı yapısı içerisinde ceza kanunu ile ilgili hazırlıklara başlanıldığı görülmüştür. Bu dönemde Türkiye'nin önde gelen ceza hukukçuları, **Dönmezer, Erem, Erman, Alacakaptan** ile birlikte İstanbul ve

Ankara Hukuk Fakültelerinin öğretim üyeleri ile Adalet Bakanlığı yetkilileri ve yüksek yargı organları yargıçlarından oluşan bir kurul, ceza kanunu üzerinde çalışmaya başlamıştı. Bu kurul, yürürlükteki kanunun olumlu ve olumsuz yönlerini madde madde incelemiş, yabancı hukuk sistemlerindeki gelişmelerle karşılaştırmış, çalışmaları sonucunda ilk taslağı kaleme almıştı. **Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in** başkanlığında çalışmalarını sürdüren ve tamamlayan ilk kurulun hazırladığı taslak daha sonra Türkiye'deki bütün üniversitelere, barolara, yargıç ve savcılara da ulaştırılmıştı.

Kısaca özetlediğimiz ilk kurulun hazırlamış olduğu bu taslak üzerindeki pek çok görüşün Adalet Bakanlığında toplanmasından sonra gene **Dönmezer'in** başkanlığında ikinci kurul oluşturulmuştu. **Erem, Toroslu, Özgen, Yarsuvat ve Bayraktar'ın** katıldığı bu ikinci kurul bir önceki gibi Ankara ve İstanbul Hukuk Fakültelerinin öğretim üyelerinin yanı sıra, Adalet Bakanlığı ve Yargıtay yargıçlarının katılımı ile benzer bir oluşum içinde bulunmaktaydı. Bu kurul, Anadolu'nun çeşitli il ve ilçelerindeki yargıç ve savcıların önerilerini tek tek irdeleyip ilk taslak üzerinde değişiklikler yapmıştı. Bunun sonucunda ikinci taslak hazırlandı. Bu taslak, ilk taslak gibi, üniversitelere ve çeşitli yargı organlarına gönderilmeyip uzun süre bekletildi. Bu sürenin sonunda üçüncü kurulun oluşturulduğunu görmekteyiz.

Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in başkanlığında kurulan üçüncü kurul daha genç bilim adamlarının ve gene Adalet Bakanlığı yetkilileri ile bazı Yargıtay üyelerinin katılımı ile oluşturulmuştu. **Özek, Yarsuvat, Bayraktar, Yenisey, Artuk, Öztürk, Soyaşlan** gibi ceza hukukçuları ikinci taslağı **Dönmezer'in** başkanlığında yeniden gözden geçirdiler. Bu çalışmalarda Fransız, İsviçre, Alman Ceza Kanunları son gelişmeleri ile birlikte dikkate alınmıştı.

On yılı aşan bir sürecin sonucunda ortaya çıkan bu son taslağın artık tasarı adı ile anılabileceğini belirten **Dönmezer**, bunun yakın bir gelecekte Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulacağını belirtmişti. Ancak Adalet Bakanlığının önerisi ile tasarının yeniden gözden geçirilmesi kararlaştırıldı ve dördüncü ya da başka bir deyişle genişletilmiş üçüncü kurul, bir yıla yakın bir süre çalışıp tasarını son duruma getirdi.

Tüm başkanlıklarını **Dönmezer'in** yaptığı kurulların çalışmalarıyla gerçekleştirilen tasarının Adalet Bakanlığında gözden geçirilme sürecinde önce cinsel suçlar ile ilgili bir çalışma yapıldı. Bunu izleyen aylarda da, Türkiye'nin Avrupa Birliğine üye devlet statüsü kazanma sürecinin başlangıcında çeşitli uzman hukukçuların gelip bu tasarını inceledikleri ve tasarı üzerinde çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü öğrenildi.

Bu oluşum sonucunda Adalet Bakanlığındaki Ceza Kanunu Tasarısı, Hükümet Tasarısı olarak Türkiye Büyük Millet Meclisine sunuldu.

Türkiye Büyük Millet Meclisinde kurulan Adalet Alt Komisyonu önüne getirilen Ceza Kanunu Tasarısını yeni bir kurulla yeniden gözden geçirerek ve üzerinde yoğun çalışmalar yaparak Alt Komisyon Tasarısı olarak Meclis Genel Kuruluna getirdi. şu hususu kısaca belirtmek gerekir ki, Adalet Alt Komisyonu, Ceza Kanunu Tasarısının özellikle genel hükümler ve cezalar bölümünü çok değiştirmiş ve cinsel suçlar ile çocuklara karşı işlenen suçlar üzerinde aynı eğilimi devam ettirmiştir. Başka bir deyiş ile Meclise sunulan ve Meclis'te kabul edilen metin, önceki yıllarda dört ayrı tarihte ve on yılı aşkın bir sürede hazırlanan Ceza Kanunu Taslaklarından ve Tasarısından farklı bir metin niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle Kanun'un hazırlık çalışmaları üzerinde yapılan çalışmalarda hep hükümet tasarısı ve Adalet Alt Komisyonu teklifi birbirinden ayrı olarak göz önünde tutulmaktadır. Doğaldır ki bir konferans süresi içerisinde her iki metni karşılaştırabilmek ve değerlendirebilmek için yeterli zamanımız olmadığından bu konuda ayrıntılı karşılaştırmada bulunabilmek olanağı yoktur. Ancak şu hususu belirtmek gerekir ki, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Alt Komisyonu tarafından hazırlanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan, bunun sonucunda da kısa sürede Kanun olarak kabul edilen metin, yıllarca büyük bir titizlikle gerçekleştirilen Tasarının sistemini ana hatlarıyla değiştirmiş, tutarlı yapısından uzaklaşmış bir Kanunun ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

III- Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Özellikleri

Yeni Ceza Kanunu incelendiğinde genel hatları itibariyle şu özellikleriyle karşılaşılmaktadır.

- 1- Yeni Kanun genel hükümler ve suçlar başlıklarını taşıyan iki ana bölüme ayrılmıştır. Oysa Eski Ceza Kanunu genel hükümler, cürümler ve kabahatler başlıklı üç bölüme ayrılmıştı.
- 2- Yeni Kanunda kabahatlere yer verilmemiştir. Kabahatler ayrı bir kanunda düzenlenmiş ve bunların yaptırımları da artık ceza hukuku alanından çıkarılarak idari para cezası olarak isimlendirilen para cezaları şeklinde öngörülmüştür.
- 3- Yeni Kanun, Eski Kanuna göre daha kısadır. ETCK 592 madde iken, YTCK 345 maddeyi içermektedir.
- 4- Yeni Kanunun dili daha açık ve konuşulan Türkçe'ye daha yakındır.

Ancak şu anda ayrıntılı olarak açıklayabilme olanağı olmayan pek çok üslup hatalarını içinde bulundurmakta, kelimelerin seçiminde tutarsızlıklara çok sık rastlanmaktadır.

- 5- Eski Ceza Kanunu; kitap, bab, fasıl, madde, fıkra ve bent ayırımına dayanan bir sistem içerisindeyken; Yeni Ceza Kanunu; kitap, kısım, bölüm, madde, fıkra ve bent biçiminde bir bölümlenme içinde bulunmaktadır.

Yeni sistem içerisinde ilginç olan husus, her maddenin bir başlığının bulunması ve madde içindeki fıkraların da ayrıca sayı ile belirlenmiş olmasıdır. İçinde tek fıkra bulunan maddelerde dahi aynı sistemin uygulanması ilk bakışta tuhaf gelmektedir. Ayrıca son birkaç yıla yakın bir zamana kadar Türk hukukunda uygulanan sistemde, fıkraların sayı ile gösterilmemesi, buna karşılık bentlerin önüne sayı konulması olgusu karşısında fıkraların sayı ile belirlenmesi, bentlerin ise harfler ile gösterilmesi karışıklığa neden olabilecektir.

- 6- Eski ve Yeni Ceza Kanunları yapısal içerik yönünden birbirlerinden tamamen farklıdır. Önceki Ceza Kanununda devlet korunması gereken ana varlık olarak ilk planda yer alıp, bunun arkasından toplum ve birey gelirken; Yeni Ceza Kanununda bu üç korunan yarar yer değiştirmiş, birey öne geçmiş, devlet sona yerleştirilmiştir; Kanunun ikinci bölümünde yer alan suçların ayırımı dikkate alındığında önce bireyin ve daha sonra toplumun ve son olarak ta devletin belirlendiği görülmektedir.

Bu yapısal değişiklik Dönmezer Taslak ve Tasarılarında ortaya atılmış bir özelliktir ve yabancı hukuk düzenlerinden esinlenilmiştir. Bu değişikliğin basit bir değişiklik olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Çünkü böyle bir farklı düzenleme içerisinde bireyin korunan ve korunması gereken ilk değer ve varlık olduğu zamanla yerleşecek ve bu durum özgürlükçü bir yaklaşımın giderek gerçekleşmesini sağlayacaktır.

Ancak bu yapısal farklılığın çok önemli temel değişiklik olduğunu ileri sürmek çok doğru olmayacaktır. Devlet aleyhine işlenen suçların büyük değişikliklere konu olmaması, devleti koruyucu eski yaklaşımı sürdürmektedir. Bu durum, ileride, uygulamada, sorunlar yaratabilecektir.

- 7- Yeni Kanun çeşitli gereksinimlerin yansımalarını içinde bulundurduğu gibi pek çok güncel olayın etkisiyle düzenlenmiş bir kanun özelliğini de taşımaktadır. Özel hayatın korunması, yargının çeşitli etkiler altında kalmasının önlenmesi gibi yeni düzenlemeler yirmi yıldan bu yana duyulan gereksinimlerin birer örneğini teşkil ettikleri gibi, trafik kazaları ve düğünlerde sık sık rastlanan silah kullanmalar, cinsel suçlar, aile içi şiddet, çocukların cinsellikte şu ya da bu şekilde kullanılması gibi olayları önleme amacını taşıyan düzenlemeler güncel eylemlerin etkileri biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu özelliği dolayısıyla yeni Türk Ceza Kanunu bir çeşit tepki kanunu olarak da nitelenebilir.
- 8- Yeni Ceza Kanunu, Eski Kanundaki bazı kurumları düzenleme alanına almadığı gibi, bazılarını da adeta temelden değiştirmiştir. Cezaların içtimaı ve tekerrürü kanunun dışında bırakan anlayış cezalar sistemini bütünüyle değiştirmiştir. Hürriyeti bağlayıcı ceza kavramı, hapis adı altında tek düze bir yaptırım haline getirilmiş, bunun yanı sıra para cezaları adli para cezası terimi ile ifade edilmiştir.
- 9- Yeni Kanunun içeriği bir araştırmaya bağlı tutulduğunda, tam bir ceza politikasının izlenmediği sonucuna varılabilmektedir. Cezalarda genel bir indirim görülmekle birlikte, infazın mutlaka yerine getirilmesi gerekliliği saptanabilmektedir. Bazı suçlarda da, cezaların en alt ve en üst sınırlarının giderek açıldığı ve yargıca hareket serbestisinin tanındığı görülmektedir.

IV- Ceza Kanununda Yer Alan İlkeler

Ceza Hukukunun temeli niteliğindeki bir takım ilkelerin Eski Ceza Kanununda olduğu gibi Yeni Ceza Kanununda da ifade edildiği görülmüştür. Ancak Eski Ceza Kanununda bu ilkeler hayli soyut ve dar kapsamlı olarak belirlenirken, Yeni Kanunda bunların daha geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir biçimde açıklandığı görülmektedir. Bunun yanı sıra önceki Ceza Kanununda yer almayan bazı ilkelere bu Kanunda yer verildiği görülmektedir. Bu nedenle ilkeler bölümünü ikiye ayırarak ortaya koymak yararlı olacaktır.

1- Ceza Hukuku Genel İlkelerinin Yeni Kanunda Yer Alması

Kanunun birinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde ceza hukukunun başlıca ilkelerine yer verildiği, ikinci kısmın ilk bölümünde de buna devam edildiği görülmektedir. Genel ilkeler içinde bilinen ve eski Türk Ceza Kanunu'nda

yer alan bazı hükümlere Yeni Kanunda da yer verildiği, bunun yanı sıra yeni bazı ilkelerin alışılmadık bir biçimde kanuna konulduğu görülmektedir. Bu nedenle genel ilkeleri ikiye ayırmak yöntem yönünden yararlı olacaktır.

a- Ceza Kanununda Yer Alan Yeni İlkeler

YTCK'nun birinci ve üçüncü maddeleri konumuzla ilgilidir. Kanunun hemen birinci maddesinde amaç, üçüncü maddesinde ise eşitlik ilkesi belirtilmiştir.

aa- Ceza Kanununun Amacı

Kanunun ilk maddesinde amaç ortaya konulmaktadır. Buna göre kanunun amacı kişi hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeninin ve güvenliğinin, hukuk devletinin, kamu sağlığının, çevrenin, toplum barışının korunması ve suç işlenmesinin önlenmesidir.

Bu yaklaşım biçimi ile kanun, ceza hukukunda öteden beri belirtilen, “suçun işlenmesinin önlenmesi” amacını açıkça ortaya koymaktadır. Ancak modern ceza hukukunun amaçlarından bir diğeri de suçlunun kişiliğinin düzeltilmesi, yani ıslah edilmesi ve topluma yeniden kazandırılmasıdır. Bu önemli amaca kanunun hemen ilk maddesinde yer verilmemesi, bu kanunun eski klasik çizgiden ayrılmayan ve bütün iddiasının aksine yenilikçi bir çizgiye kolay kolay yaklaşmayan bir kanun olacağını göstermektedir.

Ayrıca ceza kanunu gibi önemli bir kanunun belirli amaçları olduğunu ortaya koymanın anlamını kavrayabilmek de hayli zordur. Ceza Kanununun amacı aslında bellidir. Suçun önlenmesi, toplum barışının sağlanması, suçla bozulan toplumsal düzenin yeniden kurulması, suçlunun toplum için yararlı bir birey haline getirilmesi ve bu yönde önlemler alınması, bu hukuk dalının başlıca amaçları içerisinde yer almaktadır. Bilinen bu amaçların kanunda ayrıca yer almasının büyük önem taşıdığını söyleyebilmek bizce hatalıdır. Çünkü, Kanunun amaçlarının bu şekilde, ilk maddede yer alması, ilerde bunların bir çeşit hukuka uygunluk sebebi olarak ileri sürülmesini sonuçlayabilecektir. Bu durum yargıyı ve ceza hukuku uygulayıcılarını değişik yorumlarla karşı karşıya bırakabilecektir.

bb- Eşitlik İlkesi

Kanunun üçüncü maddesinde bu ilkenin belirtildiği görülmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, “Ceza Kanununun uygulamasında kişi-

ler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz” denilirken, ceza hukukuna siyasal ve anayasal bir nitelik getirilmiştir.

Bu ilke bir çeşit yargılama kuralıdır ve suçları, cezaları, bunların unsurlarını, ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepleri içeren kanunda bulunması ilerde çeşitli sorunlar yaratabilecektir. Tıpkı birinci madde de olduğu gibi, Anayasada halen var olan bir ilkeyi, ceza kanunu sistemi içerisine getirmek ilerde siyasal pek çok eylemde kullanılan bir unsur olabilecektir.

cc- Ceza Kanununun Genel ve Bağlayıcı Nitelik Taşınması İlkesi

Kanunun beşinci maddesinde, genel hükümlerin özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı açıklanmıştır. Böylece YTCK 1-75. maddeler arasında yer alan bütün hükümler, tüm ceza mevzuatında yer alan suçların uygulanmasında dikkate alınacaktır. ETCK onuncu maddesinde yer alan, “bu kanundaki hükümler hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur” şeklindeki kuralından tamamen farklı olan bu madde Ceza Kanununu bir çeşit Anayasa haline getirmektedir. Böylece cezalar sistemi bütün suçlar için geçerli olacak, erteleme, içtima, tekerrür, teşebbüs, iştirak ile ilgili kurallar tüm ceza mevzuatında ayniyet içinde uygulanacaktır. Sistemin olumlu olduğu bir an düşünülse bile pek çok farklı özellikteki olayların aynı kurallara bağlanmasının sakıncaları zamanla ortaya çıkacaktır.

b- Ceza Hukuku Temel İlkelerinin Yeni Ceza Kanununda Yer Alması

aa- Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Kanunun ikinci maddesinde, bilinen ve temel bir ilke yer almaktadır. Bu maddede cezalarda kanunilikten söz edilirken, güvenlik tedbirlerinin de aynı ilkeye bağlı olduğu belirtilerek ETCK’ya göre yeni ve olumlu bir yaklaşımda bulunulmuştur.

bb- Kıyas Yasağı

Kanunun üçüncü maddesinde ceza hukuku kurallarının, kıyas yolu

ile genişletilemeyeceği ve kıyasa benzer şekilde genişletici yoruma gidilemeyeceği ifade edilmiştir.

cc- Lehe Olan Kanunun Geçmişe Etkili Olarak Uygulanması

YTCK yedinci maddede ilke belirtilmiş ve bu maddenin ikinci fıkrasında kural açıklıkla ortaya konulmuştur: “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.”

dd- Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz İlkesi

YTCK dördüncü maddesi, “Ceza Kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” kuralını koyarken ETCK kırkdördüncü maddesindeki ünlü “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralından kısmen ayrılmıştır. Ceza Kanunları ile kanun terimleri arasındaki farklılık ileride sorunlar yaratabilecektir.

ee- Ceza Sorumluluğunun Şahsi Olması

Kanunun yirminci maddesinde bu ilke ilk fıkrada ifade edilmiştir. Ceza sorumluluğunun şahsi olduğu, kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. ETCK’da yer almayan ilkenin Yeni Kanunda belirlenmesi yararlıdır ve çok önemli temel bir kural böylece kanunda yer almıştır.

ff- İdarenin Düzenleyici İşlemleri ile Suç Yaratılamayacağı

Kanunun 2/2 maddesinde kural açık olarak ortaya konulmuştur. Böylece kanun kuvvetinde kararnamelerle, tüzüklerle, yönetmelik ve tebliğlerle, suç ve ceza konulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu yasaklayıcı kuralın önümüzdeki yıllarda yasama organını daha etkin ve olumlu çalışmaya itmesi ve güncel olayları ve gereksinimleri çok yakından izlemeye yöneltmesi gerekecektir.

V- Kanunun Uygulama Alanına İlişkin Düzenlemeler

YTCK 7 ve 19. maddeleri arasında uygulama alanına ilişkin kurallar yer almaktadır. Önce zaman yönünden uygulamada “lehe olan kanun - lex mitior” yedinci maddede ayrıntılı olarak yer aldıktan sonra, sekizinci maddeden itibaren yer bakımından uygulama ile ilgili kurallar düzenlenmiştir. Kanunun

sekizinci maddesinde, ülkenin ne olduğu, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgenin açıklanması suretiyle ayrıntılı biçimde düzenlendikten sonra yarı mülkîlik sisteminin dört ayrı bölümden oluşan ana hatları belirlenmiştir. Buna göre devletin kendisini koruması amacı 10, 12/1, 13. maddelerde ifade edildikten sonra, faile göre şahsîlik 11. maddede, mağdura göre şahsîlik 12/2. maddede, adalet ilkesi gereğince Türkiye’de kovuşturma yapılması durumu ise 12/3. maddede düzenlenmiştir. Eski Ceza Kanununa göre daha ayrıntılı ve daha belirleyici olan bu hükümlerde faile göre şahsîlik ve mağdura göre şahsîlik yönünden kurallarda bir ayniyetin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

YTCK’nın özellik taşıyan düzenlemesi 18. maddede yer almaktadır. Geri vermeye ilişkin bu maddede “vatandaş iade edilmez” kuralına önemli bir istisna getirildiği ve 18/2. madde ile Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülüklerde vatandaşın iade edilebileceği ortaya konulmaktadır. Türkiye’nin Uluslararası Ceza Divanının kuruluşunu sağlayan Roma Antlaşmasına henüz taraf olmadığı, bu Antlaşmayı henüz imzalamadığı anımsanınca, böyle bir fıkranın geçerliliğini ve anlamını anlayabilmek gerçekten güçtür.

Geri verme ile ilgili koşulların, Kanununun 18/1- a-e ve 18/3 de ayrıntılı bir biçimde belirtildiği görülmektedir. “Yurtdışında işlenen eylemin Türk Kanunlarına göre suç olmaması, bu eylemin düşünce suçu ya da siyasi ve askeri suç niteliğini taşıması, Türkiye’nin güvenliğine karşı olması, Türkiye’nin yargılama yetkisine giren bir suç olması ve nihayet zaman aşımına veya affa uğramış bulunması durumlarında” geri vermenin mümkün olmayacağı açıklandıktan hemen sonra, 18/3. maddede başka durumların da geri vermeye engel olacağı belirtilmektedir. Söz konusu fıkroda “geri verme sonucu kişinin işkence veya kötü muameleye veya kovuşturulmaya veya cezalandırılmaya; ait olduğu ırkın, vatandaşlığın, dinin, sosyal bir gruba mensubiyetin veya siyasal görüşlerinin neden olacağı yönündeki bir durumun geri vermeyi engelleyeceği ifade edilmektedir. Kanunda yer alan bu haller, aslında geri verme talebine karşı Türkiye’de yapılacak geri verme yargılaması ve idarî araştırmada dikkate alınması gereken bir takım nedenleri oluşturmaktadır. Yargının ve yürütmenin takdir hakkı içinde yer alan nedenlerin, kanuna bu şekilde konulması olumlu karşılanabileceği gibi sınırlama yaratması yönünden olumsuz da nitelenebilir.

VI- Ceza Sorumluluğuna İlişkin Kurallar

YTCK 20-34. maddeleri arasında sorumluluk başlığı altında kusurluluk, hukuka uygunluk sebepleri, isnat yeteneğini etkileyen sebepler ve haksız tahrik karmaşık bir biçimde düzenlenmiştir.

Kanunun 21. ve 22. maddelerinde kast ve taksire yer verilmiştir. Kastı tanımlayan 21. madde, bunun “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” biçiminde belirtirken; klasik anlamdaki asli kastı eksik ve hatalı bir biçimde düzenlemiştir. Kast failin, eylemi oluşturan hareket ve buna bağlı sonucu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir. Dikkat edildiğinde tanımda hareket ve neticeden söz edilmeyip, suçun kanuni tanımındaki unsurlara yer verilmektedir. Suçun kanuni tanımında hareket ve neticenin dışında suçun konusu, yeri, mağdur, mağdurun özellikleri, suç konusunun değeri ve çeşitli ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler birlikte ya da bir kaç itiba-riyle yer alırlar; bu durumda kastın bunların hepsini içine alıp almayacağı so-runu ile karşılaşılacak ve çeşitli kuşkulu durumlar ortaya çıkabilecektir.

YTCK'nın en önemli özelliklerinden biri kastın yanı sıra olası kast kavramına yer vermesi, bunu düzenlemesi ve buna ilişkin ceza yaptırımını kasta oranla daha hafif olarak öngörmesidir. Kanunda, 21/2. maddede olası kast tanımlanmaktadır. Buna göre, “kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi hali olası kasttır.”

21. maddede kastın yanında olası kast kavramının belirtilmesinin ötesinde 22.madde de taksirin yanında bilinçli taksir tanımlanmaktadır. Buna göre bilinçli taksir, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesidir.

Böylece Türk Hukukunda ETCK'da var olan kast ve taksiri içeren kusur çeşitlerine iki kavram daha eklenmiş ve olası kast ile bilinçli taksir halleri olarak bilinen eski kusurluluk çeşitlerinin yanına yerleştirilmiştir. Olası kast ile bilinçli taksirin birbirinden ayrıldığı noktaları kanunda yer alan tanımdan çıkarabilmenin güçlüğü ve zorluğunun yanı sıra Türk hukukunda kast ile taksir arasında iki kavramın daha yerleştirilmesi uygulamada pek çok tereddütleri yaratacağı gibi, cezalarda ağırlaştırmaya doğru giden bir sürecin de gerçekleştirilmesini sonuçlayacaktır. Bunun yanı sıra olası kastı kabul ettikten sonra, kasta nispetle bunun cezasının daha hafif olarak öngörülmesini anlayabilmek mümkün değildir ve hukuken doğru da değildir.

Bunun yanı sıra Kanununun 23. maddesinde, netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan söz edilmektedir ki, eskiden klasik ceza hukukunda objektif sorumluluk hallerinin içerisinde sayılan bu durumu hareket yönünden taksire bağlamak hem yeni bir şey değildir, hem de subjektif sorumluluğun temel alındığı yoldaki bir iddia hayli yapaydır.

Taksiri düzenleyen 22. maddenin son fıkrasının **Dönmezer** taslaklarından bu yana getirilen yeniliği koruması yönünden olumlu olduğunu belirtmemiz

gerekmektedir. Alman Ceza Hukukunda var olan bir kuralın yansımaları teşkil eden YTCK 26/6 da taksirli bir suç nedeniyle meydana gelen zararlı sonuç failin kişisel ve ailevi durumu bakımından bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açacak nitelikteyse, faile verilecek cezanın indirileceği öngörülmektedir.

Kanunun sistematigi içerisinde ceza sorumluluğunun belirlendiği bir dönemde, bu sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı içerisinde hukuka uygunluk sebeplerinin yer almasıdır. Kanunun hükmünün yerine getirilmesi, amirin emrinin ifa edilmesi, meşru savunma ya da zorunluluk halleriyle hakkın kullanılmasının sorumluluk ile bağlantısını tespit etmek bugünün hukuk anlayışına uygun bir yaklaşım değildir.

Aynı bölüm içerisinde haksız tahrik, hata ve cebir şiddetin yan yana konulması sistematik yönden yanlıştır.

Şu hususu eklemekte yarar vardır ki, meşru savunma ve zorunluluk hallerinde, bir hakkın korunması kavramı bu hukuka uygunluk sebeplerinin sınırlarını genişletecektir. Bunun yanı sıra, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası kavramlarının Türk hukukuna yeni atılımlar getireceği de bir gerçektir.

Kanunda hatayı belirleyen birinci maddeyi anlayabilmek çok güçtür ve bu durumun ETCK 52. maddesini karşıladığı gerçekten çok kuşkuludur. Önümüzdeki yıllarda Türk hukukunun bununla ilgili uygulamada nasıl bir çizgi takip edeceği de şimdiden saptanamayacak derecede kaygılandırıcı özelliktedir.

YTCK 30/1 maddesi şöyledir: “failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.” Yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz durumu dilerseniz soru olarak soralım: Şahısta hata halinde taksirli sorumluluk mu söz konusu olacaktır? Kanun metni yanlışlıklar yaratabilecek bir içeriktedir.

Açıklanagelen bölüm; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır dilsizlik ve geçici nedenlerin isnat yeteneğini etkilemesine ilişkin maddelerle devam etmektedir. Yaş küçüklüğünde sorumsuzluk yaşı 11’den 12’ye çıkarılmış (m.31), akıl hastalığında tam ve kısmî akıl hastalığı yanında şimdiden belirli bir terimle ifade edilemeyecek bir grup daha yaratılmış, sağır dilsizlik yalnız küçükler hakkındaki rejime bağlanmıştır. Bu maddelerdeki düzenlemelerin ETCK’den çok farklı olduğunu söyleyebilmek pek yanlış olmayacaktır. Yalnız ilgili maddelerde sık sık güvenlik tedbirlerine yollama yapılmaktadır.

VII- Teşebbüs, İştirak, Suçların İctimai

1- YTCK, 35 ve 36. maddelerde eksik ve tam teşebbüs ayırımını kaldırmakta, etkin pişmanlığı belirsiz bir üslup içerisinde gönüllü vazgeçme içerisinde öngörmektedir. Bu saptamada eksik ve tam dereceleri kalkan teşebbüs durumunda yargıca cezalandırma yönünden hayli geniş bir yelpaze sunulmaktadır. Bu yelpaze içerisinde cezaların hangi ölçütlerle kullanılacağını zaman içerisinde birlikte göreceğiz.

Etkin pişmanlık ile gönüllü vazgeçmenin aynı açıdan ele alındığını 36. madde tam olarak göstermektedir.

2- İştirak yönünden YTCK, değişiklik görüntüsü altında eski kanunu tekrarlamaktadır. Buna göre eski kanunda yer alan asli maddi faillik, suçu irtikap etmek, doğrudan doğruya beraber işlemek kavramları faillik içerisinde belirtilmekte, azmettirmeye özel bir yer verilmekte, yardım etmede ise eski bildiğimiz ferî iştirak çeşitleri tekrarlanmaktadır.

Azmettirmeye ilişkin 38/2 maddede üst soy ve alt soy ilişkisi ve çocukların suça yöneltilmesi, cezaların ağırlaştırılması nedeni olarak kabul edilmektedir.

Kanununun 40. maddesinde eski kanunda yer almayan bir kurala yer verilmiştir. Buna göre, bir suça iştirakin söz konusu olabilmesi için kasten ve hukuka aykırı hareket edilmesi gerekmektedir. Bu kuralın sonucunda, taksirli suçlarda ve kusurlu olunmayan suçlarda, iştirakin uygulanamayacağı sonucu çıkmaktadır.

Özgü suçlarda, failin, ancak, suça ilişkin sıfatı haiz olan kişinin olabileceği belirtildikten sonra diğer kişiler, iştirak ettiklerinde, bunlar hakkında azmettirme ya da yardım etmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir.

İştirak bölümünün sonunda 41. maddede gönüllü vazgeçmenin suç ortaklarına uygulanıp uygulanmayacağı sorunu üzerinde durulmaktadır. Kanun koyucu, bu sorunu, ceza siyaseti görüşü ile çözmüş ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin ceza verilmemesi yönündeki kuraldan diğer faillerin yararlanmayacağı ilkesini getirmiştir.

3- Suçların içtimasında, bileşik suç, zincirleme ve fikri içtimaya yer ve-

rilmiştir. Bileşik suçta, tanım verilmekle yetinilmiş, zincirleme suçta ise farklı yaklaşım yer almıştır. Zincirleme suçta, mağdurun aynı kişi olması gerekliliği ve bu halin belirli suçlarda (kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma) uygulanmaması kanunun farklılığını ortaya koymaktadır.

VIII- Cezalar

Yeni Ceza Kanunu yaptırım olarak hapis ve adli para cezasını öngörmektedir. Eski kanunda yer alan cezalar yelpazesi artık tarihe karışmıştır. Ağır hapis, hafif hapis, ağır para cezası, hafif para cezası gibi dereceli yaptırımlar geride kalmıştır.

- 1- Cezaların ikili ayırımında yer alan hapis cezası, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılmaktadır. Ağırlaştırılmış müebbet hapis ile müebbet hapis süre yönünden, hayat boyu itibarıyla, birbirlerine benzemekte iseler de, ağırlaştırılmış müebbet hapis sıkı güvenlik rejimine tabi olmakla diğerinden ayrılmaktadır.

Süreli hapis ise bir yıl ve daha kısa süreli olanlar için kısa süreli hapis cezası ve bir yıldan yirmi yıla uzanan uzun süreli hapis cezası şeklinde iki çeşittir.

Kanununun 50. maddesi, Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanununun 4. maddesinin bir benzeridir. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek seçenek yaptırımların belirlendiği maddede, adli para cezası, iade ya da tazmin veya önceki hale getirme, eğitim kurumuna devam, belirli bir yere gitmekten ya da belirli bir etkinliği veya mesleği yapmaktan yasaklama, kamuya yararlı bir işte çalıştırma, bu yaptırımları oluşturmaktadır.

Aynı madde içinde, otuz gün ve daha az hapis cezasında, önceden hapis cezasına mahkum olmama koşulu ile veya on sekiz yaşını doldurmamış küçükler ya da atmış beş yaşından büyükler için bir yıl süreli hapis cezasında bile bu gibi tedbire çevirebilme durumunun bir zorunluluk biçiminde kabul edildiği saptanmaktadır.

Tıpkı 647 Sayılı CİHK. 4. maddesi gibi, taksirli suçlardaki mahkumiyetin bir yıldan fazla olması durumunda dahi seçenek yaptırımların uygulanabileceği, bilinçli taksir dışında, kabul edilmiştir.

Hapis cezası ile adli para cezasının öngörüldüğü suçlarda, yargıcın

hapis cezasını uyguladığı durumda, artık seçenek yaptırıma gidemeyeceği; seçenek yaptırımın gereğinin mahkum tarafından yerine getirilmemesi durumunda hapis cezasının infazına geçileceği biçimindeki düzenlemeler ileride tartışma yaratacak niteliktedir.

- 2- Kanunda öngörülen para cezası adli para cezası olarak adlandırılmıştır. İskandinav ülkelerinde uygulanmış gün para cezası'nın bir yansıması olarak bu ceza, Kanunda yer almıştır.

Ceza, önce, gün olarak saptanacaktır. Süre, Kanunun 52/1. maddesinde beş günden yedi yüz otuz güne kadar biçiminde öngörülmüştür. Miktar ise gün başına yirmi liradan yüz liraya kadardır. Ceza'nın miktarı "kişinin ekonomik durumu ile şahsi halleri" dikkate alınarak saptanacaktır. (m. 52/2) Cezanın, fiilin ağırlığı, işleniş biçiminin dışında kişinin iktisadi ve sosyal durumuna göre saptanacağı biçimindeki belirlemenin, eşitliğe uygun olmadığını belirtmek gerekmektedir.

- 3- Cezalarla ilgili bölümde, kanun koyucunun "erteleme"yi düzenlediği görülmektedir. Ertelemenin mümkün olabilmesi için, mahkumiyet süresinin en fazla iki yıl olması gerekmektedir. Mahkumun on sekiz yaşından küçük ya da altmış beş yaşından büyük olması durumunda bu süre üç yıldır.

Erteleme için diğer bir koşul da daha önce kastî bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezası ile cezalandırılmamış olması ve kişinin duyduğu pişmanlık nedeniyle tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin uyanmış olmasıdır.

Erteleme ile önemli bir yenilik getirilmektedir: Denetim altında bulunma. Denetim bir yıldan az ve üç yıldan fazla olmayacak ve cezası ertelenen kişiye rehberlik edecek bir uzman atanabilecektir. Hükümlüye rehber olan uzman, onu sürekli olarak izler, öğüt ve önerilerde bulunur, eğitim görülen kurumdan bilgi alır ve üçer aylık raporlarla durumu yargıca bildirir. Denetim süresi içinde hükümlünün eğitim ve savunma sorununun çözümü için, ilgili kurumlarda devama ya da kalmağa karar verebilir.

IX- Güvenlik Tedbirleri

Yeni Ceza Kanununun önemli özelliklerinden biri de, geniş bir bölümü (m.53-60) Güvenlik Tedbirlerine ayırmış olmasıdır. "Belli hakları kullan-

maktan yoksun bırakılma, eşya müsadere, kazanç müsadere, çocuklara özgü güvenlik tedbiri, akıl hastaları için güvenlik tedbiri, sınır dışı edilme, tüzel kişilerle ilgili güvenlik tedbiri” bu bölüm içinde yer alan kavramları oluşturmaktadır.

1- Güvenlik tedbiri kavramı, suçlunun tehlikelilik hali ile yakından ilgilidir ve suçlunun iyileştirilmesini, topluma yeniden kazandırılmasını amaçlamaktadır. Yeni kanunda öngörülen bazı tedbirler bu özellikte değildir. Eski Ceza Kanununda, “mahkumiyetin kanuni sonucu” veya “fer’i ceza” olarak öngörülmüş bazı yaptırımların, bu defa, yeni kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi gibi bir yanlışlıkla karşılaşılmaktadır. Bizce 53. maddedeki düzenleme bu özelliğe sahip bulunmaktadır. Kamu hizmetinden yasaklılık, velayet ve vesayet hakkından yoksunluk, tüzel kişi yöneticisi olamama, meslek ve sanatın yerine getirilememesi gibi kısıtlılıkların güvenlik tedbiri olarak düşünülmesi hatalıdır.

2- Eşya müsadere ile ilgili hüküm, Eski Kanunun 36. maddesinin daha ayrıntılı biçimde düzenlenişini ortaya koymaktadır.

Buna karşılık kazanç müsadere yeni kavramdır ve “karaparanın aklanması”nın kanuna yansımaları oluşturmaktadır. Kazanç müsadere, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değiştirilmesi ya da değerlendirilmesi ile ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere bu yeni kavram ile olanaklı duruma gelmektedir.

3- Çocuklara özgü tedbirler konusunda kanun, özel bir kanuna yollamada bulunmakla yetinmiştir.

4- Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, tedavi edici, iyileştirici, bir sağlık kurumuna yatırılmayı öngören tedbirlerdir ve Eski Ceza Kanunu hükümlerini tekrarlayıcı niteliktedir. Önceki Ceza Kanununda yer alan “tıbben salâh bulma”nın yerini, “toplum açısından tehlikeliliğin ortadan kalkması” gibi bir kavram almıştır.

5- Tüzel kişilerle ilgili güvenlik tedbirleri de önem taşıyıcı bir özelliğe sahiptir. Tüzel kişiler için öngörülen izin iptalinin, güvenlik tedbiri olarak kabul edilebilmesi çok zordur.

6- Tekerrür, yeni Ceza Kanununda, ceza miktarını arttıran bir hal de-

ğil, koşullu salıverme ve denetimli serbestliği etkileyen ve özel bir infaz rejimini gerekli kılan bir müessese şeklinde öngörülmüştür. Tekerrür'e ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, önceki mahkumiyetten sonra üç ya da beş yıl içinde yeni bir suç işlenmesi aranmaktadır.

X- Cezaların Tayini

- 1- Cezanın tayini ile ilgili 61. maddede geniş bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. Maddenin ilk fıkrasında, yargıcın ceza tayin ederken, ne gibi unsurları göz önünde tutacağı belirtilmektedir. Suçun işleniş biçimi, kullanılan araç, kusurun ağırlığı, amaç, saik ve suçun işlendiği zaman ve yer, suç konusunun değeri, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı bu unsurlar içinde sayılmaktadır.

Suçun olası kast ya da bilinçli taksirle işlenmiş olması durumunda sadece suçun işleniş biçimi üzerinde durulacağı ifade edilmektedir. Böylece, iki kusurluluk biçiminin tespitinde sadece fiilden hareket edilerek saptanması gerekliliği ortaya konulmaktadır ki, bu yaklaşım son derece hatalı ve tehlikelidir; çünkü bu belirleme, yargıcı ileride, objektif sorumluluk anlayışına götürebileceği gibi, kusurluluğu ortaya koyabilecek diğer bütün unsurların dikkate alınmamasını da sonuçlayabilecektir.

Önceki Ceza Kanununun 29 ve 30. maddelerinden kuvvetle etkilene olmuş olan bu maddede, cezaların miktarının saptanmasında önce ağırlaştırıcı ve sonra hafifletici sebeplerin uygulanması gerekliliği belirtildikten sonra özellikli durumların sıralanması yapılmaktadır. Buna göre, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, hafifletici şahsi haller ve takdir hafifletici sebepler bir sıra dahilinde uygulanacaktır. Ağırlatıcı ve hafifletici hallerin karmaşık bir şekilde kabulünü anlayabilmek çok güçtür.

- 2- Eski TCK. 59 maddenin yerini 62. madde almıştır. Maddede öngörülen indirim, önceki kanuna göre kısmen failin daha lehinedir. Maddenin ikinci fıkrasında, bazı nedenler örnek olarak gösterilmiştir.
- 3- Tutukluluk süresinin indirilmesi, genişletilerek ve zaman kısıtlanması da kaldırılarak 63. maddede düzenlenmiştir.

XI- Dava ve Cezanın Düşürülmesi

Sanığın ölümü, af, dava ve ceza zamanaşımı, şikayet ve uzlaşma, bu başlık altında düzenlenmiştir.

- 1- Ölüm ile kamu davasının ortadan kaldırılacağı belirtilmekle birlikte, müsadere ve maddi menfaatlerle ilgili yargılamanın devam edeceği 64/1. maddede, önceki kanunun 96. maddesinden farklı biçimde ortaya konulmaktadır.
- 2- Özel ve genel af 65. maddede düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında yer alan, özel affın hak yoksunluklarını kaldırmayacağını belirleyen fıkra ile önceki kanunun 98/son cümleinin karşılaştırılması, ilerde, kanunlar çatışmasının oluşabileceğini göstermektedir.
- 3- Dava zamanaşımına ilişkin kurallarda, zamanaşımı sürelerinin önceki kanuna göre daha uzatıldığı görülmektedir. Ancak uzatılmış bu sürelerin çocuklar için yarı ve üçte iki oranında indirildiği de saptanabilmektedir.

Zamanaşımı süresinin saptanmasında suça ilişkin cezanın üst sınırının göz önünde tutulacağı belirtilmekle birlikte, ağırlaştırıcı nedenlerin varolmasında bunların da dikkate alınacağı kaydedilmektedir. Böylece suça ilişkin cezanın miktarının belirlenmesinde, soyut ve somut ölçütler birlikte kullanılmakla fail için hayli ağır bir durum oluşturulmaktadır.

Zamanaşımının durması ve kesilmesinde, aynı ağır durumu izlemek olanağı bulunmaktadır. Durma ve kesilme konusundaki nedenlerin fazlaştırılması bu durumu yaratmaktadır.

- 4- Ceza zamanaşımında da aynı özelliği saptamak olanağı bulunmaktadır. Zamanaşımı sürelerinin uzatılması, müsadere de aynı durumun görülmesi, kesilme sebeplerinin alanının genişletilmesi bu durumu oluşturmaktadır.
- 5- Davanın düşürülmesi nedenleri arasında belirtilen şikayetten vazgeçme ve uzlaşmanın yer aldığı 73. maddede ilk üç maddede şikayet ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Madde metninde şikayet ve vazgeçme, önceki ceza kanununun 99 ve 108. maddelerinin esaslarına uygun biçimde ele alınmıştır.

- 6- Maddenin son fıkrasında yer alan uzlaşma, Türk Ceza Uygulamasını değiştirebilecek özelliklere sahiptir. Bu nedenle Ceza Muhakemesi Kanununun 253-255 maddelerinde daha ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. Her iki kanundaki düzenlemeye göre, fail suçu ve suç ile ortaya çıkan zararı ödeyeceğini ya da ortadan kaldıracağını belirttiğinde ve bu durum mağdur tarafından kabul edildiğinde, kovuşturmayaya yer olmadığı ya da davanın düşürülmesi kararı verilecektir.
- 7- Ön ödemeye ilişkin düzenlemede, önceki kanunun 119. maddesine, genel hatları itibariyle uyulduğu görülmektedir.

Sonuç

Yeni Türk Ceza Kanunu ile ülkemiz önemli bir yargı ve yasama dönemine girecektir. Bu Kanun genel olarak, suç işleyen kişiye ağır yaptırımlarla ve buna ilişkin mahkumiyetlere de ağır bir infaz rejimi ile yaklaşmaktadır. Kanundaki cezalar ve düşme nedenlerinde bu husus saptanabilmektedir.

Kusurluluk, sorumluluk, suçların birleşmesi, iştirak, erteleme gibi kurumlar büyük tartışmaları ve görüş ayrılıklarını yaratabilecek özelliktedir.

Yeni bir kanun ile yaratılmak istenen olumlu beklentiler konusunda fazla iyimserliğe kapılmamak, yanlış bir tutum olmayacaktır.

LE CONSTITUTIONNALISME EUROPÉEN et LA DEFENSE DE LA DEMOCRATIE¹

Reflexions à partir de deux arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme

*Prof. Dr. Alain BOCKEL**

Le droit constitutionnel n'était pas, pendant longtemps, une véritable discipline juridique, c'est-à-dire un corps de règles obligatoires et sanctionnées par les juridictions. Cette discipline relevait plutôt de la science politique dans ses dispositions relatives à l'aménagement du pouvoir politique, et de la philosophie politique en ce qu'elle énonçait principes et valeurs auxquels l'Etat se proclamait attaché. Tout au plus ces principes, comme ceux figurant dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ou dans les Préambules des constitutions, se voyaient-ils érigés au rang de principes généraux du droit, par le Conseil d'Etat français par exemple, rang modeste de niveau infra-législatif. La situation est demeurée telle en France jusque dans les années 70.

Les choses ont commencé à se modifier en Allemagne après la seconde guerre mondiale, à la sortie du cauchemar nazi. Comment la démocratie n'a-t-elle pu se défendre contre la montée légale de ce parti? Question d'autant plus pressante qu'un autre totalitarisme se profilait à l'est. "Il faut défendre la démocratie contre elle même" dira F. A. Hayek. Ce que l'on s'efforça de faire lors de la fondation du nouvel Etat démocratique allemand en 1949. Et on le fit dans la Constitution, où l'on prit soin d'énoncer de façon solennelle les principes démocratiques, mais aussi les droits de l'homme et les libertés fondamentales, les "droits civils et politiques" en d'autres termes. Ces "Droits fondamentaux" figurent en tête de la loi fondamentale, dont ils constituent les articles 1 à 19. La novation est double. Ces énoncés, figurant dans le texte même de la constitution, acquièrent une

* Professeur en droit constitutionnel à la Faculté de Droit de l'Université Galatasaray.

¹ Cette étude prolonge la réflexion entamée dans l'étude sur "le constitutionnalisme européen" parue dans *Yıldızhan Yayla'ya Armağan*, p. 189

valeur juridique suprême, et s'imposent à toutes les autorités de l'État, y compris le Parlement. De plus ces normes sont désormais sanctionnées, un système spécial étant mis en place avec le tribunal constitutionnel fédéral.

Mais cela ne suffisait pas. Ce dispositif est destiné à interdire à une majorité liberticide arrivée au pouvoir de porter atteinte aux libertés, ou à tout le moins de prévenir les tentations autoritaires d'une majorité. Il paraissait au moins aussi important d'empêcher ces majorités liberticides de parvenir au pouvoir. D'où une deuxième ligne de défense pour protéger la démocratie contre ses ennemis. Elle est constituée du mécanisme de la "Déchéance des droits fondamentaux" organisé par l'article 18 de la loi fondamentale, qui peut être prononcée par le tribunal constitutionnel contre quiconque mesurerait d'une liberté pour "lutter contre la démocratie et la liberté". A cela s'ajoute la possibilité pour ce tribunal de prononcer la dissolution des partis politiques anticonstitutionnels (art. 21/2). Le droit est ainsi mis à la disposition de la démocratie, la démocratie devient "militante". Dès lors, le droit constitutionnel devient une véritable discipline juridique, le phénomène du constitutionnalisme est ainsi né.

Lorsque l'Europe a entrepris de se doter d'institutions communes, elle s'est inspirée de cette démarche constitutionnaliste. Ce caractère se retrouve dans le projet de "Constitution européenne" adopté par le Traité de Rome d'octobre 2004. Mais ce n'est là que l'aboutissement d'un mouvement beaucoup plus ancien, amorcé avec la création du Conseil de l'Europe en 1949 qui fut la première institution régionale de nature politique mise en place en Europe. Sa première réalisation fut l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) en 1950, à laquelle adhèrent aujourd'hui 46 États. On y retrouve également les mêmes éléments que ceux qui figurent dans la constitution allemande comme on le verra. Le phénomène du constitutionnalisme atteint désormais le niveau européen. C'est là le sujet de cette conférence. Quel est le contenu, quelle est la portée au niveau européen de ce mouvement constitutionnaliste?

Le contenu du constitutionnalisme européen

On y retrouve les deux séries de règles que nous avons vu apparaître dans la constitution allemande.

C'est **d'abord un énoncé des droits civils et politiques, ou des droits de l'homme et du citoyen.** Des droits reconnus au profit des individus par la CEDH, et imposés aux États qui s'engagent à les respecter. Les droits civils, ou droits de l'homme sont connus. Leur énoncé figure dans cette

convention, que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a largement interprété, on ne les reprendra pas ici. Les droits politiques, ou droits du citoyen, sont moins connus, car ils ne sont pas exposés en tant que tels dans la CEDH, à l'exception du droit à des élections libres et démocratiques affirmé dans le protocole no 1/3, auquel là-aussi la Cour de Strasbourg donnera une grande ampleur comme le montre encore l'exemple récent de l'affaire *Aziz contre Chypre*, jugée le 22 juin 2004: la Cour y reconnaît en effet le droit pour un chypriote turc résidant dans la partie grecque de l'île de participer aux élections législatives destinées à élire le parlement de la République chypriote; cette décision oblige les autorités chypriotes à modifier leur constitution qui organise les élections sur une base communautariste, privant ainsi de fait les ressortissants non grecs de leur droit de vote. La Cour européenne (CourEDH) va trouver dans le principe démocratique, qui constitue selon le préambule de la Charte un de ses fondements (*“le respect des droits de l'homme repose sur l'existence d'un régime réellement démocratique”*), le levier d'une riche et abondante jurisprudence imposant le respect de ce principe aux Etats adhérents. Le passage suivant de la décision rendue le 2 octobre 2001 par la CourEDH dans l'affaire *Stankov et autres contre Bulgarie* l'illustrera beaucoup mieux que de longues explications: « *la Cour réitère que le fait qu'un groupe de personnes appelle à l'autonomie ou même demande la sécession d'une partie du territoire d'un pays — exigeant par là des modifications constitutionnelles et territoriales fondamentales - ne justifie pas nécessairement l'interdiction de leurs rassemblements. Exiger des changements territoriaux dans des discours et manifestations ne s'analyse pas automatiquement en une menace pour l'intégrité territoriale et la sécurité nationale du pays.*

La liberté de réunion et le droit d'exprimer ses vues à travers cette liberté font partie des valeurs fondamentales d'une société démocratique. L'essence de la démocratie tient à sa capacité à résoudre des problèmes par un débat ouvert. Des mesures radicales de nature préventive visant à supprimer la liberté de réunion et d'expression en dehors des cas d'incitation à la violence ou de rejet des principes démocratiques — aussi choquants et inacceptables que peuvent sembler certains points de vue ou termes utilisés aux yeux des autorités, et aussi illégitimes les exigences en question puissent-elles être — desservent la démocratie, voire, souvent, la mettent en péril.

Dans une société démocratique fondée sur la prééminence du droit, les idées politiques qui contestent l'ordre établi et dont la réalisation est défendue par des moyens pacifiques doivent se voir offrir une possibilité convenable de s'exprimer à travers l'exercice de la liberté de réunion ainsi que par d'autres moyens légaux. » La démocratie est ainsi invoquée pour fonder l'existence et l'étendue des principales libertés qui ont un contenu ou une implication

démocratiques (pensée, expression, enseignement, association, réunion, partis politiques, etc.).

Ce premier type de règles imposent des obligations importantes aux Etats, et souvent aux niveaux les plus élevés: La constitution elle-même peut être concernée, ou les cours constitutionnelles comme dans les affaires de dissolution de partis politiques, comme aussi bien le Parlement. Leur violation sera sanctionnée par la CourEDH, dont l'exécution des décisions exigera la modification de lois, voire de la constitution elle-même, comme ce fut le cas pour la Turquie notamment. C'est donc un véritable droit constitutionnel européen qui est ainsi créé et imposé. Il fait enrager les «souverainistes» qui ne supportent pas des immixtions extérieures dans la définition des principes fondamentaux de l'Etat, et dénoncent là des décisions «politiques». Plus fondamentalement, beaucoup ont l'impression que cette soumission de l'Etat aux principes européens laisse ces Etats sans défense contre leurs ennemis. Mais c'est oublier que le droit constitutionnel européen comporte également un deuxième type de règles.

Ce sont les règles destinées à la défense de la démocratie. La CEDH prend soin de les prévoir également: c'est ainsi le droit pour les Etats de réglementer les libertés, c'est-à-dire de les limiter, affirmé dans les alinéas 2 des articles 8 à 11. afin de protéger les autres droits ou les droits d'autrui comme de permettre aux Etats d'assurer ses missions d'intérêt général. C'est aussi le droit pour l'Etat de déroger à ses obligations en cas de péril (article 15), et surtout le droit pour l'Etat de se protéger contre les ennemis de la démocratie affirmée par l'article 17 sur la déchéance des droits: la Convention ne protège plus ceux qui abusent de leurs droits en vue de détruire libertés et démocratie. « Pas de libertés pour les ennemis de la liberté » selon la formule célèbre. Je voudrais insister sur ce deuxième type de règles, plus mal connues. Prenons deux exemples, qui en montreront les implications concrètes pour la Turquie.

Le premier est tiré de l'affaire *Refah Partisi contre Turquie* jugée par la grande chambre le 13 février 2003. Arrêt important, car il intervient après une longue série de décisions affirmant le principe de la liberté des partis politiques en déclarant que les dissolutions prononcées par la Cour Constitutionnelle de la Turquie étaient des violations de la CEDH. Pour la première fois la Cour reconnaît le bien fondé d'une dissolution: « *la Cour constate que les actes et les discours des membres et dirigeants du Refah (...) révélaient le projet politique à long terme du Refah visant à instaurer un régime fondé sur la charia dans le cadre d'un système multijuridique, et que le Refah n'excluait pas le recours à la force afin de réaliser son dessein et de*

maintenir en place le système qu'il prévoyait. Considérant que ces projets étaient en contradiction avec la conception de la « société démocratique » et que les chances réelles qu'avait le Refah de les mettre en application donnaient un caractère plus tangible et plus immédiat au danger pour la démocratie (...). En d'autres termes, le parti Refah présentait bien un danger pour la démocratie, imminent et tangible, et par suite les autorités turques étaient en droit de se protéger en prononçant sa dissolution. S'il est permis de ne pas partager l'appréciation des faits à laquelle s'est livrée la CourEDH, l'argumentation juridique est claire et importante: la liberté des partis politiques est réaffirmée, elle est grande, mais s'arrête lorsqu'elle est utilisée pour représenter une menace pour la démocratie, comme le souligne bien le passage suivant (no 98): « La Cour estime qu'un parti politique peut promouvoir un changement de la législation ou des structures légales ou constitutionnelles de l'Etat à deux conditions: 1. les moyens utilisés à cet effet doivent être légaux et démocratiques; 2. le changement proposé doit lui-même être compatible avec les principes démocratiques fondamentaux. Il en découle nécessairement qu'un parti politique dont les responsables incitent à recourir à la violence ou proposent un projet politique qui ne respecte pas la démocratie ou qui vise la destruction de celle-ci ainsi que la méconnaissance des droits et libertés qu'elle reconnaît, ne peut se prévaloir de la protection de la Convention contre les sanctions infligées pour ces motifs ». La démocratie a le droit de se défendre contre les mouvements totalitaires, mais aussi contre les mouvements fondamentalistes.

Le second exemple est donné par l'affaire *Leyla Şahin contre Turquie* jugée le 20 juin 2004, née d'une circulaire du recteur de l'université d'Istanbul interdisant l'accès aux examens aux étudiantes se couvrant la tête ainsi qu'aux étudiants barbus. La liberté de manifester sa religion était en cause. Pour admettre le bien-fondé de cette circulaire, la CourEDH développa plusieurs arguments (le respect de l'ordre public, la protection des libertés d'autrui), mais reconnut également que le port du voile pouvait être utilisé par les mouvements fondamentalistes comme une arme politique contre la laïcité. Car, affirme la Cour «*Il existe en Turquie des mouvements politiques extrémistes qui s'efforcent d'imposer à la société toute entière leurs symboles religieux et leur conception de la société, fondée sur des règles religieuses* ». Ces mouvements constituent une menace pour la laïcité, et poursuit la Cour, «*la sauvegarde de ce principe (de la laïcité) peut être considérée comme nécessaire à la protection du système démocratique en Turquie* ». Le raisonnement est donc le même que dans l'affaire précédente: la défense de la démocratie peut justifier la restriction des libertés, et cette défense, en Turquie du moins, passe par le respect du principe de la laïcité.

L'apport du droit constitutionnel européen à la défense de la démocratie

Ces deux exemples peuvent être restitués dans une jurisprudence plus vaste portant sur le même thème délicat de la limitation des libertés au nom des intérêts supérieurs de l'Etat. C'est cette jurisprudence qui reconnaît par exemple fondées la disposition constitutionnelle hongroise qui restreint la liberté politique des militaires, policiers et membres des services de sécurité (20 mai 1999 *Rekvényi*), ou la loi anglaise équivalente concernant les hauts fonctionnaires locaux (2 septembre 1998 *Ahmet*), c'est elle qui admet une limitation de la liberté d'expression lorsque celle-ci constitue un appui à un mouvement terroriste (25 novembre 1997 *Mehdi Zana*), sur la base d'un « droit légitime de la société démocratique à se protéger contre les agissements d'une organisation terroriste », ou est utilisée pour faire l'apologie du nazisme, la promotion de la discrimination raciale ou répandre des propositions négationnistes (1999, *Garaudy contre France*), etc.

Nos exemples confirment, mais aussi précisent cette jurisprudence. Celle-ci prend en considération les préoccupations des Etats concernés, et les circonstances qui ont motivé les mesures restrictives qui ont été prises. Ainsi la CourEDH tient compte des situations particulières dans lesquelles se trouvent les Etats, et spécialement de l'expérience historique qui a pu être la leur: le cauchemar du nazisme peut ainsi justifier certaines mesures restrictives dans la fonction publique (26 septembre 1995 *Vogt contre Allemagne*, voir par. 59), de même que l'expérience communiste douloureuse en Hongrie (affaire *Rekvényi* précitée) ou le passé relativement proche du régime théocratique en Turquie (affaire du *Refah partisi*). Dans tous ces cas le Haut tribunal de Strasbourg affirme qu'elle se doit de tenir compte de la volonté des Etats « d'instaurer une démocratie apte à se défendre » (*Vogt* précité). Il accorde à ces Etats une marge d'appréciation quant aux mesures à prendre, car, dit-il, ces Etats « sont les mieux à même de juger de l'importance de la menace, de la réalité du danger ». La Cour admet même, comme dans l'affaire du *Refah partisi*, que l'Etat puisse agir préventivement, avant que la menace ne se concrétise: « Un Etat doit pouvoir raisonnablement empêcher la réalisation d'un projet politique incompatible avec les normes de la Convention, avant qu'il ne soit mis en pratique par des actes concrets risquant de compromettre la paix civile et le régime démocratique dans le pays » (affaire *Refah partisi* no 102).

Mais ce n'est pas un blanc seing qui est ainsi accordé aux Etats, naturellement. Un « contrôle européen rigoureux », selon l'expression consacrée, doit être exercé sur les mesures prises, car il s'agit de « concilier les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la

sauvegarde des droits individuels ». Ce contrôle porte en particulier sur deux points: Sur les motifs de la mesure restrictive tout d'abord. Ceux-ci doivent être « pertinents et suffisants »: autrement dit, des motifs sérieux, c'est-à-dire l'existence d'une menace sérieuse et réelle pour la démocratie doit exister, qui entraîne un besoin social impérieux d'intervenir. Le contrôle porte aussi sur le contenu de la mesure restrictive, qui doit être proportionnée à la gravité de la menace, limitée à ce qui est nécessaire, et ne pas conduire à supprimer totalement la liberté en cause. Ce contrôle sera d'ailleurs gradué en fonction de la nature du droit individuel en cause, plus strict lorsque le droit est fondamental comme la liberté individuelle ou une liberté démocratique comme la liberté d'expression; il pourra être plus léger lorsque seul un aspect considéré comme non essentiel de la liberté est concerné: ainsi se comprend sans doute le raisonnement du juge européen dans l'affaire *Leyla Şahin*. considérant qu'à son sens ce n'était qu'un aspect secondaire de la liberté religieuse qui était atteint par l'interdiction du port du voile dans les salles de cours de l'université (*«L'article 9 ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction et ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par une conviction»*, arrêt cité *Leyla Şahin* no 66).

Au total, selon cette jurisprudence, l'Etat doit être armé pour défendre la démocratie, mais il *«ne doit pas détruire la démocratie au motif de la défendre»*.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ, KAMU HUKUKU ALANINDA İÇ HUKUK DÜZENİMİZE ETKİLERİ*

*Prof. Dr. Celal ERKUT***

Ulusal üstü orijinli hukuksal düzenlemeler son dönemlerde İdare Hukukunun kaynakları arasında hiç de küçümsenmeyecek ölçüde önemli bir yer edinmiştir. Öyle ki, Fransız hukuk düzeninde uluslararası normlar, iç hukuk düzenlemeleri toplamının %17'sini oluşturmaktadır¹.

Gerek Fransız ve gerek Türk anayasa hukuku sistemlerinde, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşme ve andlaşma hükümlerinin, iç hukuk düzeni bakımından doğrudan etki yaratacakları ve bu hükümlerin de kamu hukuku yargıcı tarafından gerçekleştirilecek yargısal denetim işlevinde bir ölçü norm olarak ele alınması gerektiği kabul edilmektedir. Uluslararası sözleşme hükümlerinin idare hukukundaki yeri bakımından benimsenen anayasal kurallara göre, ülkelerin monist ya da düalist yapıdan birini tercih etikleri görülmektedir. Bu kapsamda, monist yapı, uluslararası düzenlemeler ile iç hukuk düzenlemelerinin bir bütün olarak tüm hukuk sükeleri açısından doğrudan hukuki sonuçlar yarattığının kabul edildiği rejimi ifade ederken; düalist yapıda ise uluslararası hukuk kurallarının yarattığı etki, iç hukuk düzenlemelerinin üstünde ve baskın niteliktedir².

* Bu bildirinin özünde “Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı” isimli çalışmamızın ilgili bölümlerinden yola çıkılmıştır. (Söz konusu çalışma Yenilik Basımevi tarafından 2004 yılında yayımlanmıştır).

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Günümüzde Fransa’da %80’i iki taraflı olmak üzere yaklaşık 6000 uluslararası sözleşme ya da andlaşmada yer alan düzenlemeler iç hukuk bakımından hüküm ve sonuçlarını doğururken; sadece Avrupa Birliği düzenine ilişkin olarak 15.000’den daha fazla düzenleyici hüküm Fransız iç hukuk düzenin kaynakları arasında yer almıştır. Bkz. **SEILLER** Bertrand, “Droit Administratif-1.Les Sources et le Juge”, Flammarion, Paris, 2001, s.47.

2 **Seiller**, age., s.52.

SEILLER, Fransız kamu hukuku bakımından uluslararası sözleşme hükümlerine öncelik (primauté) tanınan monist bir yapının kabul edildiği görüşündedir ve “uluslararası sözleşme hükümlerinin öncelikliliği prensibi”nin temel dayanağının da bu sözleşmelerin tarafı devletler bakımından sözleşme hükümlerini daha sonra iç hukuk düzenlerinde bertaraf edici nitelikte kural koyma yasağını ifade eden “pacta sunt servanda” ilkesi olduğunu belirtmektedir³. 1958 Fransa Anayasasının 55 inci maddesinde yer alan “usulüne uygun olarak onaylanmış uluslararası sözleşmelerin yasalardan daha üstün bir güce sahip olduğu” yönündeki hükümden hareketle bu sonuçta ulaşan yazarın bu saptaması, 1982 Türk Anayasasının 90 ıncı maddesinin son fıkrasında yer alan “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır*” hükmü çerçevesinde Türk kamu hukuku bakımından da geçerlidir⁴.

Bu saptamalardan hareketle denilebilir ki, her iki devletin hukuk düzenleri bakımından uluslararası sözleşme ve andlaşma hükümleri Kamu Kudreti inisiyatifi üzerinde doğrudan yönlendirici bir etkiye sahiptir. Ancak, bu kapsamda özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa Birliği ortak hukuk düzenini oluşturan sözleşme ve anlaşmaların içerdikleri hükümlerin belirledikleri yeni hukuk rejiminin Kamu Kudreti inisiyatifini tam bağlayıcı bir etki yarattığı söylenmelidir.

Uluslararası boyutta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS), insan haklarını ve temel özgürlükleri korumanın en önemli hukuksal araçlarından biri-

³ **Seiller**, age., s.52-53; Yazar, uluslararası sözleşme hükümleri bakımından tanınan böyle bir önceliğin, devletlerin iç hukuk düzenlerinde anayasalar karşısında dahi geçerli olduğunu ve aksine tavırların devletlerin uluslararası sorumluluğunu gerektirebileceğini ifade etmektedir.

⁴ Belirtelim ki, konuyla ilgili olarak Danıştay 5. Dairesi, 02.02.1991 tarihli ve E. 1986/1723, K. 1991/933 sayılı kararında: “... Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan “*kanun hükmünde*” sözcüklerinin, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulan sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yönelik olduğunu da belirtmek gerekir. Söz konusu hükme göre iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulmaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, örneğin 274 sayılı Sendikalar Yasası ile ilgili 26-27.9.1967 günlü, E: 1963/336, K: 1967/29 sayılı kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesini bir Anayasa kuralı olarak değerlendirmiş ve böylece Sözleşmenin anayasal değer taşıdığını kabul etmiştir...” demek suretiyle, soruna kamu hukuku yargıcı yaklaşımını açıkça ortaya koymuştur. (Söz konusu karar için bkz. DD., S. 84-85, s. 326).

si olup; insan haklarını, “ulaşılması gereken idealler” düzeyinden, “uygulanması zorunlu hukuk kuralları” düzeyine taşıyan en önemli uluslararası belge niteliğindedir⁵. Hatta **BATUM**'a göre, bir anlamda da Avrupa'nın ortak anayasası özelliği taşımaktadır⁶. **GEMALMAZ** da AİHS'nin bu niteliği ve yarattığı yeni ve evrensel bakış açısı itibarıyla “ulusal sistemleri dönüştürme etkisi”ne sahip bulunduğunun altını çizmektedir⁷.

Gerek Fransa gerek Türkiye, anayasal yapılarında usulüne uygun olarak onaylanması kaydıyla, uluslararası anlaşmaların iç hukuk düzeninde doğrudan etki yaratacağını kabul ettiklerinden; ayrıca bir başka iradeye ihtiyaç duyulmaksızın AİHS'nin düzenlediği ilke ve kurallar, ulusal hukuk düzenleri açısından bir iç hukuk normu gibi doğrudan etki yaratma gücüne sahiptir.

Diğer taraftan, belirtelim ki, bu etki özellikle AİHS'nde yer alan kural ve ilkelerin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin tam yargılama yetkileri ile donatılmış olan AİHM yargıcının ortaya koymuş olduğu yeni bakış açısının yarattığı anlayış içinde daha da somutlaşmaktadır.

Üstelik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa kamu hukuku yargıcı kimliği ile, ulusal Kamu Kudreti inisiyatifinin AİHS'nde yer alan kural ve ilkelerin, Sözleşmelerin tarafı devletlerin iç hukuk düzenlerinde öncelikle uygulanması zorunluluğunun takipçisi konumundadır.

Günümüzde, diğer uluslararası sözleşmelerden ve giderek Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden farklı olarak, AİHS, güvence altına almış olduğu temel hak ve özgürlüklerin yargısal yolla korunması mekanizmalarını da oluşturmuş ve AİHM yargıcına tanımış olduğu inisiyatif sonucu, Sözleşmenin tarafı Devletler bakımından “ortak koruma anlayışı”nı hakim kılmıştır. Bir başka deyişle, AİHS, geliştirmiş olduğu bu koruma mekanizması sonucunda, Sözleşmeye taraf olan Devletlere, Sözleşmeye uygun gerekli normları aynı koruma düzeyinde ulusal hukuk düzenlerine aktarma sorumluluğunu da yüklemiştir. Ancak, **GÖZÜBÜYÜK** ve **GÖLCÜKLÜ** ile birlikte ifade edelim ki, yukarıda belirtilen içeriği ve etkileri dikkate alındı-

⁵ Bkz. **Batum** Süheyl, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye”, Kavram Yayınları, Birinci Bası, İstanbul, 1996, s.13.

⁶ Yazar, AİHS'nin, “insan haklarına dayanan demokratik Devlet” kavramını, sadece ülkelerin iç sorunu olmaktan, herhangi bir ülkenin, sadece kendi içinde uyguladığı bir siyasal rejim türü olmaktan çıkarıp, “Avrupa ülkelerinin ortak hukuksal malvarlığı” niteliğine dönüştürdüğünü ve bu yönü ile de diğer uluslararası belgelerden farklı olduğunu ve bu özelliği dolayısıyla da Avrupa'nın ortak anayasası sayılabileceğini ifade etmektedir.(bkz. **Batum**, age.,s.13).

⁷ Bkz. **Gemalmaz** Semih, “Demokrasi Raporu”, Doğan Ofset Yayınevi, Mart 1991, s.28.

ğında, AİHS “sui generis” bir sözleşme olup; taraflarının çıkarlarını değil, aksine, ortak bir ülküyü müştereken gerçekleştirmeyi amaçlayan bir “**yasa andlaşma**”dır ve bu nedenle de hem taraf devletlerin iç hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanma güç ve yeterliliğine sahiptir hem de AİHS hükümlerine uygun tasarruflarda bulunma taahhüdü çerçevesinde, **taraf Devletler Sözleşmenin uygulanmasından her üç kuvvet (Yasama, Yürütme ve Yargı) düzeyinde sorumludurlar**⁸.

AİHS'nin bu özgün yapısı içinde, Sözleşme yargıcı konumundaki Strasbourg yargıcı, sözleşmede yer alan ilke ve kuralları, konularının yanı sıra öngörülen amaçlarını ön plana çıkararak yorumlamakta ve böylelikle ortaya koymuş olduğu bakış açısı ile de taraf Devletlerin otoriteleri üzerinde doğrudan yönlendirici bir etki yaratmaktadır.

Strasbourg yargıcı tarafından verilen 18 Ocak 1978 tarihli “İrlanda c./Birleşik Krallık” kararında, Sözleşmenin başlangıç kısmına referansla, “**AİHS'nin uluslararası hukuka oranla özgün bir yapıda olduğu ve Sözleşmenin kolektif nitelikte güvencelerden yararlanan nesnel yükümler yarattığı**” ifade edilmiştir ki, çeşitli yazarlarca Strasbourg yargıcının bu tespiti “**AİHS'nin anayasal norm olarak belirlendiği yeni bir hukuk düzeni**”nin oluşturulması süreci şeklinde betimlenmiştir⁹.

Sözleşmeye verilen bu hukuki değer kapsamında, AİHM yargıcı, sözleşme hükümlerinin yorumunda ampirik yöntemi tercih ederken, genel ilke koymak yerine, yargılanan somut olayın özel koşulları içinde kalarak sonuca varmaktadır¹⁰. Ancak, bu durum, kararlarında içtihadı bir kuralı benimsemekten kaçındığı anlamına gelmediği gibi; Strasbourg yargıcı, Sözleşmenin genel felsefesinin, taraf Devletlerin iç hukuk düzenlerinde öncelikle uygulanması gerektiğini bazen açıkça bazen de örtülü biçimde hemen her kararında ortaya koymaktadır¹¹. Strasbourg yargıcının kararlarında, AİHS'nin öngördüğü ve bireylerin sahip oldukları temel haklara saygı gösterilmesi zorunluluğunu ifade eden tüm ilke ve kuralların taraf Devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde öncelikle uygulanması zorunluluğu, “insan hakları hukukunun üstünlüğü” prensibine verilen genel referansla vurgulanmaktadır¹².

8 Bkz. **Gözübüyük Şeref- Gölcüklü Feyyaz**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, 4.bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.22.

9 ibid.

10 **Gözübüyük-Gölcüklü**, age., s.139.

11 Bkz. **Potvin (SOLIS) Laurence**, “L'Effet des Jurisprudences Européennes sur la Jurisprudence du Conseil d'Etat Français”, Paris, LGDJ., 1999, s.46.

12 **Potvin**, age., s.46.

Diğer taraftan, **POTVIN**, zaten Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3.maddesinde yer alan ve tüm Konsey üyelerinin hukukun üstünlüğü prensibini kabul ettiklerinin altını çizen hüküm ile yine **AİHS'nin başlangıç kısmında aynı prensibe yapılan genel referans dolayısıyla, Sözleşmede temel haklar açısından öngörülen güvencelerin öncelikle ve üstün hukuk kuralları olarak uygulanması gereğini** ifade etmektedir¹³.

POTVIN, ayrıca Strasbourg yargıcının birçok kararında “hukukun üstünlüğü prensibinin sözleşmenin bütününe egemen olduğu” hususunu açıkça ortaya koymak suretiyle; AİHS hükümlerinin taraf devletlerin iç hukuk düzenlerinde üstün bir hukuksal değer taşıması gerekip gerekmediği tartışmasına dahi girmediğini ve AİHM yargıcının yapmış olduğu bu belirlemenin her türlü yorum ve tartışma zeminini de ortadan kaldırdığı görüşündedir¹⁴ ki, bu görüşe katılmamak mümkün değildir.

Dolayısıyla da AİHM kararlarının, Sözleşmenin tarafı Devletlerin iç hukuk düzenlerinde ve yetkili organlarınca öncelikle dikkate alınıp, amacı doğrultusunda uygulanması gerekmektedir.

Bu gereklilik doğrultusunda AİHM'nin kararlarında altını çizerek vurguladığı sözleşmeye egemen hukuk prensiplerinin, üye Devletlerin iç hukuk düzenlerinde kimler tarafından ne şekilde yerine getirilmesi gerektiği hususu ise, üye Devletlerin anayasalarındaki kural ve ilkelere göre şekillenmekte ve bu konuda yetkili organların inisiyatiflerine bırakılmaktadır.

Genel Etkileri:

1) Avrupa Kamu düzenini biçimlendirici etkisi:

Strasbourg yargıcı, AİHS'nin başlangıç kısmındaki düzenlemelerin genel ruhundan hareketle, demokratik bir toplum düzeninin ideallerini ve değerlerini koruyucu bir rol üstlenmektedir. Strasbourg yargıcı bu kapsamda, çeşitli konularda “demokratik toplum düzenine egemen olan prensipler”den söz etmek suretiyle, tipik idare yargıcının kazuistik yargılama yöntemini benimseyerek, Sözleşmenin kolektif, objektif ve özgün niteliklerini vurgulamakta ve her olayın kendine özgü koşulları içinde “ortak bir kamu düzeni” yaratma amacı gütmektedir. Öyle ki, bu amaç içinde sadece temel hakları koruyucu değil, bu hakları geliştirici ve korunmasını etkin kılıcı bir temel yargılama politikası oluşturmaktadır. Bu çerçevede Strasbourg yargıcı genel anlamda,

¹³ ibid.

¹⁴ ibid.

avrupa kamu düzeninin yeniden biçimlendirilmesinde ulusal otoriteleri yönlendirme misyonunu üstlenmektedir.

2) Sözleşmeye taraf devletler açısından olumlu yükümlülük (obligation positive) yaratıcı etkisi:

Strasbourg yargıcı, Sözleşmenin tarafı durumundaki devletlerin Sözleşme hükümlerini dikkate alarak doğrudan ya da dolaylı biçimde iç hukuk düzenlerine aktarmaları gereğini Devletler açısından bir yükümlülük olarak görmektedir. Strasbourg yargıcı, hiç şüphesiz uyuşmazlık konusu olayın kendine has özelliklerini dikkate alarak sonuçta Sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinde objektif kriterleri vurgularken, kararın gereğinin ne şekilde yerine getirileceği konusunda doğrudan bir telkinde bulunmamaktadır. Bu bağlamda da yetkili otoritelerin Strasbourg yargıcının iradesi doğrultusunda inisiyatif kullanırken çeşitli seçim ve tercihlerde bulunabilme yetkisi bulunmaktadır. Ancak, neticede konu hakkında harekete geçmesi gereken yetkili otoritenin hareketsiz kalması kabul edilmemekte ve mutlaka bir olumlu yükümlülük içinde geleceğe yönelik yeni bir hukuk düzeni oluşturma gayreti içinde olması beklenmektedir.

Devletlerin Strasbourg yargıcı tarafından ortaya konulmuş olan yeni hukuk düzenini iç hukuka aktarmadaki tercihlerinin denetimi ise, Strasbourg yargıcı tarafından ancak “ölçülülük” prensibi uyarınca yapılabilmektedir. Devletlere tanınan değerlendirme ve takdir yetkisi bağlamında uygulanan “ölçülülük” kriterine göre, devletler tarafından iç hukuk düzeninde alınan tedbirlerin makul olup olmadığı ve “adil bir denge”nin gözetilip gözetilmediği noktasında bir değerlendirme yapan Strasbourg yargıcı, daha çok uyuşmazlık konusu hakkında herhangi bir düzenleme yapılmaması ya da yapılan düzenlemelerin yetersizliği nedeniyle etkili bir koruma işlevinin sağlanmaması esaslarını ön plana çıkarmaktadır.

Türk İç hukuk düzeni bakımından etkileri:

Yasama Organı Üzerindeki Etkileri:

Belirtmek gerekir ki, üye devletlerin hukuk düzenlerindeki yasa hükümlerini, Sözleşmenin amacını ve ilkelerinin ne olduğunu belirleyerek irdeleyen ve yorumlayan AIHM kararlarının Yasama Organını yönlendirici özellikteki hukuki etkileri ancak siyasi irade ile örtüştüğü ölçüde iç hukuk düzeninde somut bir etki yaratabilmektedir.

AIHM kararlarının siyasi irade ile örtüşmesi neticesinde Türk iç hukuk dü-

zeninde örneğin idam cezasının kaldırılması, DGM'lerin yeniden yapılandırılması, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunma yasağı gibi temel anayasal kavram ve müesseseler üzerinde dolaylı bir etki yarattığı söylenebilir. Yine AİHM kararlarının iç hukuk düzeninde “yargılamanın yenilenmesi” gibi bir etki yaratmasına yönelik olarak “usul hukuku” kurallarında değişikliğe gidilmesi de, Türkiye’de yasakoyucunun, Strasbourg yargıcının iradesine tanıdığı önceliğin somut bir göstergesini oluşturmaktadır denilebilir.

Anayasa Yargıcı Üzerindeki Etkisi:

Türk anayasa yargıcı, natüralist anlayış içinde, ulusal hukuk düzenimiz bakımından AİHS norm ve ilkelerini destek ölçü norm olarak kabul edip, uygularken; iç hukuk düzenimizde Strasbourg yargıcının iradesinin ulusal yargıcın iradesinin önüne geçmesine de izin vermemiştir. Bu kapsamda, belirtmek gerekir ki, iç hukuk düzeninde belirli bir uyuşmazlık hakkında ulusal yargıç tarafından verilen bir hükmün, AİHS veya eki protokollerin ihlali suretiyle oluşmuş olduğunun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halini iç hukuk düzeni bakımından “yargılamanın yenilenmesi” sebebi olarak düzenleyen ve HUMK ve CMUK’da bu yönde değişiklikler öngören 4771 sayılı yasanın ilgili düzenlemesinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasına bakan Anayasa Mahkemesi yargıcı; bu davada davacılar tarafından ileri sürülen ve “*dava konusu edilen yasa hükmü ile Türk Milleti adına bu konuda egemenliğin kullanımı olan yargı yetkisinin kısmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine devredildiği ve bu suretle de bağımsız Türk mahkemelerinin üzerinde bir yargı makamı ihdas edildiği ve hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararı kendi önüne gelen mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu kararı ile bağlı olup olmadığının belli olmadığı*” iddialarını reddedip; söz konusu yasa hükmünü anayasanın ilgili maddelerine¹⁵ uygun görmüştür¹⁶.

Fakat, Yüksek Mahkeme, bu uyuşmazlıkta davacıların ileri sürdüğü çok önemli noktalar hakkında hiçbir yorum ya da saptama yapmaksızın, bu konuda kendisini muhtemel tartışma ortamına atmaktan uzak tutmuştur. Yine de kanımızca, Yüksek Mahkeme, ulusal yargıç tarafından hükmolunan

¹⁵ Söz konusu uyuşmazlıkta davacılar iddialarının temelini “egemenlik yetkisinin kısmen de olsa Anayasada belirlenen organlar dışında başkaca hiçbir ulusal ya da uluslararası organa devredilemeyeceği ve hukuk güvenliği” yönündeki anayasal prensiplere dayandırmışlar ve bu kapsamda da dava konusu ettikleri yasa hükmünün anayasanın başlangıç kısmı ile 2,4,6,9 ve 138.maddelerine aykırılığını ileri sürmüşlerdir.

¹⁶ Bkz. AYM.’nin 27.12.2002 gün ve E.2002/146,K.2002/201 sayılı kararı in. RG. 11.12.2003/25313.

bir yargı kararının AİHS'nin ihlali suretiyle verilmiş olduğunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halinde, yürürlükteki usul hukuku kuralları çerçevesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin belirlemiş olduğu ihlal nedenini yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak değerlendirme yetkisinin ulusal yargıca ait olduğu tespitinde bulunmuş ve bu kapsamda da üstü kapalı biçimde Strasbourg yargıcının iradesinin ulusal yargıcın iradesi üzerinde üstün ve doğrudan etki yaratacığı bir değer taşımadığını kabul ederek; yorum suretiyle, geleneksel "ulusal egemenlikçi" tavrından ödün vermemiş olduğunu net biçimde ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesi 21.10.1993 gün ve E.1993/33;K.1993/40-2 sayılı kararında¹⁷, "...anayasa yargıcı, Anayasa'nın, yasaların, hukukun ve yargı işlevinin özünü gözardı edip, kendini yalnız yazılı kuralların sözüyle bağlı sayamaz. Kuşkusuz, kural dışılık savunulamaz; ancak, kuralların yorumu ile soruna, amaca en uygun çözümün bulunması gerekir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerinin bir "ölçü norm" özelliği taşıdığını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimleri sırasında insan yaşamının, Devlet'in ve Ulus'un yüksek çıkarlarının söz konusu olduğu durumlarda, vermiş olduğu kararlarla gerekli önlemi alma yükümlülüğündedir. Ters durumda, kişiler, toplum ve kamu düzeni, Anayasa korumasından yoksun bırakılmış olur. Çünkü, toplumsal yaşamın giderek karmaşıklaşması ve ilgililerin artan olası hukuk dışı davranışları yargının yükünü artırabilir; bu da karar sürecini uzatabilir. Bu durumun doğuracağı olumsuz sonuçların giderilmesi ise, geçici önlem alınmasını zorunlu kılmaktadır. Aslında bu zorunluluk, kararların etkinliği yönünden de geçerlidir. Gerçekten bir yandan iptal kararlarının gerekçeleri yazılmadan açıklanamaması ve geriye yürümemesi, öbür yandan da Anayasa Mahkemesi'ne uygulamayı durdurma yetkisinin bulunmadığını savunmak, önemli konularda kararların kimi zaman sonuçsuz kalmasına neden olmaktadır. Ayrıca, Yasama Organının, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşın, aynı konuyu, benzer içerikte yeniden yasalaştırması sıklıkla rastlanılan bir olgudur. Yabancıya taşınmaz mal satışı, imar affı, milletvekillerinin emekli aylığı ve KHK çıkarma yetkisinde durum böyle olmuştur. Bütün bunlar, uygulamayı durdurma önleminin önemini göstermektedir. Anayasa yargısı, Yasama Organını anayasal sınırlar içerisinde tutarak, demokrasinin sağlıklı işleyişini sağlayacak bir denetim türü olarak öngörülmüştür. Demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve bunlara dayanan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, Mahkemenin yürürlüğü durdurma yetkisiyle donatılmasını zorunlu kılmaktadır...Yürütmenin durdurulması, yargılama evrelerinde yargının denetim etkinliğini artırır-

¹⁷ Bkz. RG. 6.11.1993/21750, s.13 vd.

ci bir araç olarak yargı yetkisinin bütünlüğü içinde yer alır... Anayasa'nın üstünlüğü, yasama yetkisinin Anayasa kurallarıyla sınırlandırılmasını gerektirmiştir. **Anayasa yargısı, yasamanın “üstün gücüne” karşı “anayasal denge aracı” olarak getirilmiştir.** Bu denge işlevinin etkin biçimde yerine getirilmesi, ‘yargılama kapsamı içinde gerekli önlemleri alma’ yetkisinin kullanılmasına bağlıdır. Ters durumda Anayasa Mahkemesi, anlamsız bir denetim yapma durumuna düşer ki, bu da denetimin “özü”nde kısıntı anlamına gelir. Oysa bu **uygulamayı durdurma, yargısal denetimin etkinliğinin özünde var olan bir araçtır...** Anayasa yargısının görevi anayasal denetim süreci içinde yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunu etkin biçimde kollamaktır. Bunun da yolu yürürlüğün durdurulması kararı verebilmesinden geçer. Bu yönden “yürürlüğün durdurulması” yargısal işlev ve yargı yetkisinin bütünü içinde yer alır; yargı yetkisini kullanma araçlarından birini oluşturur... Diğer taraftan,...Ulusal Egemenlik kapsamındaki yargılama yetkisini ulus adına kullanan bağımsız mahkemelerin davaları çözümlerken durumuna göre zorunlu gördükleri önlemleri alabilmeleri, hem kurumsal yapılarının hem de **‘İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ ile ‘İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin vurguladığı hukukun genel ilkelerinin** ve adaletli yargılamayı da içeren hak arama özgürlüğünün **doğal sonucudur.** Bu olgular, Anayasa'nın ilgili maddeleriyle kurumlaştırılan hukuksal yöntemlerde dayanağını bulmaktadır. Sonuç olarak, yukarıda açıklanan gerekçelerle, Anayasa'nın özüne ve amacına uygun olarak, **hukukun üstünlüğünü, kararlarının etkinliğini korumak zorunda olan Anayasa Mahkemesi'nin** bir yasa, kanun hükmünde kararname ya da Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün yürürlüğünü durdurma kararı verebileceği kanısına varılmıştır.”

İfadelerine yer vermek suretiyle, Yasama Kudretinin üstün gücü ve ayrıcalıklı yetkileri karşısında, O'nun anayasada öngörülen sınırlar içinde hareket etmesini sağlayıcı, etkin bir yargısal koruma işlevinin tüm gerekleriyle yerine getirilmesi gereğini dile getirirken¹⁸; aynı zamanda, bu gerekliliğin İnsan

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, bu konudaki tavrını daha sonraki içtihatlarında da sürdürmüştür. Yüksek Mahkeme, 28.06.1995 gün ve E.1994/71,K.1995/23 sayılı kararında “...hukuk devleti ilkesi,yürütmenin ve yasamanın tüm işlemlerinin yargısal denetime bağlı tutulmasını gerektirir ki, idari yargı ve anayasa yargısı bunun için öngörülmüştür. Kuşkusuz düzenleme yetkisi Yasama Organınındır. Ancak bu yetkinin kullanılması anayasal ilke ve kurullarla sınırlıdır. Anayasaya uygunluk denetiminde yetkinin anayasal sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken kimi saptamalar yapmak kimi yargılara varmak gerekir. **Anayasal denetime,anayasada olmayan sınırlar getirilirse,denetim amacından uzaklaşır ve anlamsız kalır.** Bu nedenlerle, yasada kullanılan görevlendirme sözcüğü ile,...İdare ile sermaye şirketleri arasında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte olması öngörülerek,...yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay'ın ön denetiminden geçirilmesinin önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmakta-

Hakları Evrensel Bildirgesi ile AİHS'nde yer alan ilke ve kuralların da kaçınılmaz sonucu olduğunu vurgulamıştır.

İdare Yargıcı Üzerindeki Etkisi:

SEILLER, idare yargıcının benimsediği bu yargılama politikası içinde hiçbir zaman anayasanın ya da uluslararası anlaşmaların birbirlerine oranla üstünlüğü kaygısı içinde hareket etmediğini ve bu yönde bir sorunun varlığını dahi gündeme getirmediğini ifade etmektedir. Yazara göre, **idare yargıcının gözüyle ulusal hukuk düzeninde anayasa ile uluslararası anlaşma arasında bir hiyerarşi yoktur** ve Conseil d'Etat da tüm kararlarında sürekli bu temel yaklaşım içinde hareket etmektedir¹⁹.

Diğer taraftan, belirtelim ki, Türk idare yargıcı da son on yıldır Conseil d'Etat tarafından ortaya konulan bu yeni yaklaşım içinde yeni bir yargılama politikası oluşturma eğilimindedir. Ancak, hiç şüphesiz Avrupa Topluluğu Sözleşmeler bloku'nun etkisi ve önceliği sorunu Türk kamu hukukunun gündeminde bulunmadığından; AİHS, Türk idare yargıcının yargısal denetim kaynakları arasında ulusalüstü belge olarak en önemli yeri tutmaktadır. Üstelik, denilebilir ki, Türk idare yargıcı, AİHS'de düzenlenmiş birçok ilke ve kural iç hukuk düzeni bakımından anayasal pozitif norma dönüşmüş iken, yine de AİHS'ni "hukuka uygunluk bloku"nun en temel kaynakları arasına aktarmış ve bu yönüyle de Conseil d'Etat'nın benimsemiş olduğu yargılama politikasının da önüne geçmiştir.

Türk idare yargıcı bu bakış açısı içinde, günümüzde, Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinden esinlenerek uluslararası düzeyde sayıları yirmiyi aşmış olan insan hakları bildiri ve belgeleri arasında, idare yargıcı özellikle son dönemlerde AİHS'ni ayrıcalıklı bir konuma getirmiş ve "Asım Aslan" kararı²⁰ ile AİHS'ni ilk kez normatif bir hukuk kaynağı olarak, doğrudan doğruya uygulamıştır²¹. Bir başka deyişle, Türk idare

dır" (karar için bkz. RG.20.03.1996/22586, s.37 vd. ve özellikle de s.51-52) demek suretiyle, Yasama Kudretinin kullanmış olduğu yetki ile anayasal ilke ve kuralların öngördüğü amacın bağdaşması gerektiğini vurgulayarak; bu konudaki anayasa yargıcının denetiminin etkinliğinin engellenmesi yönündeki herhangi bir sınırlamanın denetimin özünü ortadan kaldıracağını açıkça ifade etmektedir.

¹⁹ **Seiller**, age., s.58-59.

²⁰ Danıştay 5. Dairesinin 22.05.1991 gün ve E. 86/1723, K. 91/933 sayılı kararı in. DD., S.84-85, s.321 vd.

²¹ Bkz. **Erkut**, Hukuka Uygunluk Bloku, s.91.

yargıcı bu yaklaşımı ile anayasal kuralların yanı sıra AİHS hükümlerini de “üstün hukuk kuralları” olarak irdelemiştir. Türk idare yargıcı bu kararında:

*“...Anayasanın 90.maddesinin son fıkrasında yer alan hükme göre, iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelere karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin iç hukukta yasal üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin... anayasal değer taşıdığını kabul etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylamakla Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, bu sözleşmede yazılı hak ve özgürlükleri kendi vatandaşlarına da tanımak ve iç hukukunda sözleşme hükümleri doğrultusunda gerekli düzenlemeleri yapmak konusunda sözleşmeye taraf diğer devletlere karşı uluslararası bir yükümlülük altına girdiğinde kuşku yoktur...15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesiyle de, Viyana toplantısına katılan Devletler, iç hukuklarını, eylemlerini ve politikalarını taraf oldukları uluslararası andlaşmalar ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı belgelerindeki kararlarla uyumlu hale sokma taahhüdünde bulunmuşlardır. Doktrinde de belirtildiği üzere, **bunun anlamı, bundan böyle, insan hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili hiçbir şeyin sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülmemeyeceğidir..”***

yönündeki değerlendirmesi ile bireylerin temel haklarının idari tasarruflar sonucunda ihlal edildiğine ilişkin iddiaların dile getirildiği uyuşmazlıklarda, sorunun çözümü bakımından yapılacak yargısal denetimde AİHS hükümlerini temel referans kabul ettiğini açıkça ortaya koymuştur.

Ancak, yukarıda belirtilen “Asım Aslan” kararı da dahil Türk idare yargıcının son dönemlerdeki bu yeni yaklaşımının temelleri Yüksek yargı organının 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının “kamu görevlilerinin görevlerine son verilmesi” hakkında getirmiş olduğu hukuki rejimi yorumlayan içtihatları birleştirme kararı ile atılmıştır. Danıştay Türk kamu hukuku bakımından son derece önem taşıyan bu kararında “*sıkıyönetim ilanını gerektiren nedenlerin ortadan kalkmış ve normal yönetim sürecine girilmiş olmasına karşın, yasaklama hükmünün sürdürülmesinin... Türkiye'nin de taraf olduğu ve onayladığı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5.ve AİHS.'nin 3.maddesinde açıklanan 'hiç kimse haysiyet kırıcı ceza ve muameleye tabi tutulamaz' kuralı ile bağdaşmayacağı açıktır”* diyerek, 1402 sayılı yasanın ilgili

hükümünü anılan ulusal üstü insan hakları bildireleri ışığında yorumlayarak²², hüküm tesis etmiştir²³.

Danıştay 10.Dairesi, ayrıca, 20.11.2002 gün ve E.2000/936, K.2002/4487 sayılı bir başka kararında²⁴ da, cezaevlerinde devletin gözetimi ve sorumluluğu altına bulunduğu sırada gerçekleştirilen açlık grevi/ölüm orucu eylemlerinde, durumu kritikleyen grevcilere yaşam hakkının korunması amacıyla doktor kararıyla müdahale edilmesini ve rızaları dışında tedavi uygulanmasını öngören bir Protokolün ilgili hükümlerinin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açılan bir iptal davası dolayısıyla önce Anayasanın herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunun hüküm altına alındığı 17 nci maddesi ile Devletin, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü olduğunun belirtildiği 56 ncı maddesinin ve daha sonra da Tokyo ve Malta Bildireleri ile AİHS'nin 2 nci maddesi hükümünün iç hukuk düzenindeki etki ve değerlerini tartışarak²⁵ sonuçta da AİHS ile buna uygun olan iç hukuktaki yasal dü-

22 Söz konusu kararında Yüksek Mahkeme 1402 sayılı yasanın uyumsuzlukla ilgili hükümünü toplumsal gelişmeye uygun olarak ve anayasal normların yanı sıra ulusal üstü sözleşmelerde belirlenen ilkeleri de aynı kapsam ve değerde addederek son derece ayrıntılı bir değerlendirmede bulunmuştur. Kurul, bu bağlamda önce Türkiye Cumhuriyeti'nin 13.12.1966 tarih ve 811 sayılı yasa ile onaylamış olduğu "İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında 111 sayılı Sözleşme" ye yollamada bulunarak, Sözleşmede "ayırıcılık" olarak nitelenen durumların altını çizmiş ve ayrıca Milletlerarası Çalışma Örgütü(ILO) tarafından konuyla ilgili olarak hazırlanmış bulunan "1989 Gözlemi" isimli rapora da referansta bulunmuştur. Ancak, bu metinlerin yanı sıra, Yüksek Mahkeme, esas itibarıyla, kararında en önemli referans norm olarak temel haklar açısından ele aldığı İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ile AİHS'nde belirtilen kuralları uygulamıştır. Yüksek Mahkeme, konuyla ilgili olarak, ayrıca, hem anayasal normlara, hem Anayasa Mahkemesi kararlarına hem de "anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü", "kanun önünde eşitlik", "savunma haklarına saygı", "idari işlemlerin geriye yürümezliği", idari işlemlerin gerekçeli olması", "bilimsel özerklik", "öğretim üyelerinin bağımsızlığı", "ölçülülük" gibi temel hukuk prensiplerine de kararında yer vererek tam anlamıyla etkin bir yargılama işlevi gerçekleştirmiştir. Bkz. **Erkut Celal**, "Danıştay'ın '1402'likler' kararı: Türk kamu hukukunun yüz akı", in Tark Zafer Tunaya'ya Armağan, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul,1992, s.71 vd.

23 Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 07.12.1989 gün ve E.1988/6, K.1989/4 sayılı kararı, in. RG. 09.02.1990/ 20428, s. 67 vd.

24 Bkz. **Bal Yakup-Karabulut Mustafa-Şahin Yahya**, "Danıştay 10.Dairesi Kararları", Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, C.II., s.728 vd.

25 Yüksek Mahkemenin bu önemli kararındaki hukuki tartışmada aynen şu ifadelere yer verilmiştir: "*Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. maddesinin (d) fıkrasında, tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamayacağı, 13. maddesinde, ötenazinin yasak olduğu, her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemeyeceği, 21. maddesinin birinci fıkrasında hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesinin esas olduğu belirtilerek (b) bendinde, mahremiyete saygı gösterilmesi hakkının, muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan temas gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini, (d) bendinde de, tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bu-*

zenlemelerin Malta ve Tokyo Bildirgelerinde yer alan önerilerin üstünde bir hukuki değer taşıdığı sonucuna varmıştır.

lunmamasını kapsadığı, 24. maddede ise, tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının gerektiği, hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınacağı, hastanın velisinin ve vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şartın aranmayacağı, 25. maddesinde, kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere, hastanın tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahip olduğu, 37. maddesinde, tutuklu ve hükümlülerin sağlık kurum ve kuruluşlarında muhafazaları ile ilgili özel mevzuat hükümlerinin saklı olduğu kuralına yer verilmiştir. **İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 2. maddesinde, herkesin yaşam hakkının yasanın korunması altında olduğu belirtilmekle yaşam hakkının korunması devletlere bir yükümlülük olarak öngörülmüştür.** Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 98/7 sayılı “Cezaevlerinde Tıbbi Bakımının Ahlaki ve Kurumsal Yönleri ile ilgili olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Ülkelere Tavsiye Kararı’nın 60-63. maddelerinde “tedavinin reddi – açlık grevi” konuları düzenlenmiş olup, 63. maddede “doktora göre, açlık grevi yapanın durumunda gözle görülür bir kötüleşme meydana geliyorsa esas itibarıyla bu durumu ilgili makama rapor edecek ve bu konudaki ulusal düzenlemeye göre hareket edecektir. (mesleki standartlar da dahil)” ibaresi yer almıştır. 1975 yılında 29. Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulunda kabul edilen Tokyo bildirgesi (Tutukluluk ve Hapis Sırasındaki İşkence ve Öteki Zalimce, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı İşlem ve Cezalara İlişkin Olarak Tıp Doktorları için Kılavuz”) nin 5. maddesinde, bir hükümlü beslenmeyi reddettiğinde, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte olduğu kanısında ise, bu kişiyi damardan beslemeyeceği, beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçların hakim tarafından hükümlüye anlatılması gerektiği belirtilmiştir... Yine 1991 yılında Malta’da toplanan 43. Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edilen 1992 yılında 44. Dünya Tıp Kongresinde düzeltilen, açlık grevcilerinin sağlığından sorumlu doktorlar için bir rehber niteliğindeki “Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi”nin “Giriş”/4 nolu maddesinde, müdahale etmek ya da etmemek konusundaki son kararın-temel çıkarları hastanın iyiliği olmayan-üçüncü taraflarının müdahalesi olmaksızın hekimine bırakılması gerektiğine yer verilmiş, “Açlık Grevcilerinin Bakımı için Ana Hatlar” bölümünde, “tıp mesleğinin temel ilkesi yaşamın kutsallığı olduğundan, açlık grevi yapanların bakımını üstlenen hekimlere aşağıdaki öneriler yapılmıştır.” ibaresinden sonra öneriler sayılmış, 4. maddede, açlık grevcisinin bilinci bozulup bu nedenle karar verme yeteneği ortadan kalktığında ya da komaya girdiğinde, hekimin hastası ile açlık grevi sürecindeki görüşmeleri ve bu dönemde oluşan karar doğrultusunda hastanın tedavisi için tedavi konusunda onun yararına olacak en doğru kararı vermekte serbest olacağı, 5. maddede de açlık grevi yapan kişinin baskı altında tutulabileceği ortamdan korunması gerektiği, bu durumun onun diğer açlık grevi yapanlardan ayrılmasını de gerektirebileceği belirtilmiştir. Protokolün iptali istenilen 19. maddesinin A-2 fıkrasında; “Açlık grevine katılanların sağlık durumları kritiklediğinde bu kişilere uzman tabip kararı ile derhal müdahale edilerek tıbbi tedavi uygulanacaktır. Bu kişiler koğuş veya odalarından alınarak ayrı bir koğuş oda, revir veya hastaneye konulacaktır. Alınmadığı takdirde jandarmadan yardım istenecektir.” kuralına yer verilmiştir. İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 2. maddesinin ve ulusal hukuk normlarının “yaşam hakkı”nın korunmasına ilişkin olarak Devlete yüklediği görev ve sorumluluk dikkate alındığında ; Malta ve Tokyo bildirgelerinde yer alan; açlık grevi eylemcisine müdahale edilerek tedavi uygulanıp uygulanmamasına ilişkin inisiyatifin, hastanın (eylemcinin) bilicinin yerinde olduğu aşamalarda belirttiği iradesi de göz önüne alınarak hastanın doktoruna bırakılması gerektiği yolundaki “önerilerin” uygun görülerek yukarıda sözü edilen protokol kuralının öngörülmesi hukuka aykırılık doğurmamaktadır. Bu itibarla, cezaevlerinde devletin gözetimi ve sorumluluğu altında bulunduğu sırada gerçekleştirilen açlık grevi / ölüm orucu

Bu bağlamda bir başka önemli karar da İstanbul 2. İdare Mahkemesinin E.2001/1788, K.2003/1612 sayılı ve 10.12.2003 tarihli “Ördekçi” kararı ve özellikle de karardaki ayrışık oyda yer verilen denetim ölçütüdür. Söz konusu karara konu uyuşmazlık kamuoyunda “hayata dönüş operasyonu” diye bilinen bastırıcı kolluk operasyonu sırasında İstanbul Bayrampaşa Ceza ve Tutukevinde tutuklu bulunan oğullarının ölümü üzerine anne ve babasının açmış oldukları tam yargı davasıdır. Mahkemece uyuşmazlık incelenirken, uyuşmazlığın esasının çözümlenmesinde “İdarenin sorumluluğu” bağlamında iç hukuk düzenimizde kabul edilen ilke ve kuralların yanı sıra uluslararası sözleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılmasının uygun olacağı irdelenmiş ve yargılama işlevi de bu kapsamda gerçekleştirilmiştir. İdare yargıcının bu kararında AİHS’nin 6 ve 13 nolu Protokollerini destek ölçüt olarak ele alıp uygulamış²⁶ ve nihayetinde de “ağır hizmet kusuru” nedeni-

eylemlerinde, durumu kritikleşen grevcilere yaşam hakkının korunması amacıyla doktor kararıyla müdahale edilmesini ve rızaları dışında tedavi uygulanmasını öngören düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Nitekim, dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinde Fransa, Almanya, Avusturya, Belçika, İsviçre, İspanya, Portekiz, ABD gibi ülkelerde de açlık grevinde bulunanlara doktor kararıyla tıbbi müdahale yapılarak zorla beslenme ve tedavi yönteminin uygulandığı anlaşılmaktadır...Açıklanan nedenlerle yasal dayanaktan yoksun davanın reddine...”

- 26 Karar metninde bu kapsamda önemli gördüğümüz kısımları aynen şu şekilde aktarabiliriz: “... Dosyada bulunan belgelerin incelenmesinden; Mahmut Murat Ördekçi'nin... yasa dışı bir siyasi örgüt üyesi olduğu iddiasıyla 7 yıldır tutuklu olduğu Bayrampaşa Ceza ve Tutukevinde... başlatılan açlık grevleri ve sonrasında ölüm oruçlarında tutuklu ve hükümlülerin hayatlarını kaybetme noktasına geldikleri için yasadışı terör örgütlerinin baskısından kurtulmak ve tedavi ettirmek amacıyla... “Hayata Dönüş” operasyonuna başladığı, sonuçta bu Cezaevinde 12 kişinin öldüğü, 77 kişinin yaralandığı, operasyonun 14 saat sonra sona erdiği, Mahmut Murat Ördekçi'nin de ölenler arasında bulunduğu... Eyüp Cumhuriyet Başsavcılığının oluşturduğu bilirkişi heyetinin hazırladığı rapora göre olay yerinin jandarma ekiplerince genel aramaya tabi tutulduğu, olay yerinin orijinalitesinin bozulduğu C-blok malatası boyunca tespit edilen tüm mermi çekirdeği deliklerini oluşturan atışların idari kısım tarafından maltanın sonu olan 19. koğuş yönüne doğru yapılmış olduğu, ters yöne doğru yapılmış atış veya atışlara ait herhangi bir bulgu saptanmadığı, koğuşlar arasındaki avlularda yapılan incelemelerde duvarlar ile pencerelerde ve koğuş içlerinde tespit edilen mermi çekirdeği deliklerini oluşturan atışların, karşı koğuş çatıları ve/veya avlu iç cephe duvarlarındaki mazgal deliklerinden yapıldığının belirtildiği anlaşılmıştır... 1721 sayılı Yasada hapisanede silah kullanma yetkisi verilmeyen ve 2803 sayılı Yasa'ya göre de ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korumasını sağlama görevi olan ve görevinin gereği olarak kanunda öngörülen silah kullanma yetkisi tanınan Jandarmaya Yönetmelikle iç yönetimce başvuru yapılması halinde kuruma girilmesi sonucu silah kullanma yetkisi tanınmıştır. Davacıların öldürülen çocukları hapisanede 7 yıldır tutuklu olarak bulunmaktadır. Tutukluluk süresinin uzunluğu nedeniyle uğradığı zarar bakımında olan davanın konusunu oluşturmadığından tutukluluk sırasında sahip olduğu hakların neler olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Geniş anlamıyla; özgürlükten yoksun bırakılan her yer olarak, dar anlamıyla tutuklu kalmaları istenenlerin kapatıldığı yer olarak tanımlanabilecek hapisaneler; tutuklu olarak yargılanmayı bekleyen kişiler ile hüküm giymiş kişilerin buldukları yerler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 9. maddesi hiç kimsenin keyfi olarak tutuklanamayacağı hükmünü, 11/1. maddesi ise kendisine bir suç isnat edilen herkesin, suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılacağı ve kendisine savunması için zorunlu olan bütün güvencelerin verileceği hükmünü taşımaktadır. 1966 da kabul edilip 1976 da yürürlüğe giren ve Tür-

le İdare'yi tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Söz konusu tazminatın miktarı bakımından karara ayrışık oy yazan yargıç ise, muhalefet gerekçesini tamamıyla AİHM içtihatlarına dayandırmış bu içtihatları doğrudan bir yargısal denetim ölçütü olarak vurgulamıştır²⁷.

kiye'nin da onayladığı Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin İkinci Sözleşme özellikle yaşama hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı gibi konuları içermekte olup;... Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince kabul edilen ve zorlayıcı niteliği olmayan (1973) 5 sayılı kararı "Tutuklulara Uygulanacak Asgari Kuralları" saymakta olup Genel Kurallar başlıklı 5.3 maddesinde özgürlükten yoksun bırakmanın insan onuruna saygılı olmanın gerektirdiği maddi ve manevi koşullara uygun olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir.

*Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, üye devletlerin mevzuatlarında ve uygulamalarında 5 sayılı Karardaki ilkelerden esinlenmelerini önermektedir. **Bağlayıcı nitelikteki İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin** 5. maddesinde, herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu, özgürlükten yoksun bırakmanın sayılı hallerde mümkün olduğu belirtilmekte olup Komisyon ve Divan'ın çeşitli kararlarında bu hakkın devredilemez ve mutlak nitelikte hak olduğu vurgulanmıştır. Hapsedilmiş kişiler için hak ve özgürlüklerden yararlanma hakkına getirilebilen kısıtlamalar (Sözleşme mad. 17 ve mad. 18) demokratik bir toplumda kamu güvenliğini, kamu düzenini koruma bakımından "yasal" – "zorunlu" – "güdülen yasal amaçla orantılı" bulunmalıdır.*

Görüldüğü gibi, bireylerin hapisanede tutuklu veya hükümlü oldukları dikkate alınmaksızın sahip oldukları temel haklar evrensel boyutta ortaya konulmuş, taraf devletlerce bölgesel veya evrensel ölçekteki sözleşmelerle güvence altına alınmış, hakların kullanımının kısıtlanması da belirli şartlara bağlanmıştır. Korunmaya çalışan tüm bu hakların temelinde ise "yaşama hakkı" vardır..

Yaşam hakkına saygı nedeniyle ölüm cezaları karşıtı insan iradesini İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 6 ve 13 nolu Protokollerde görmekteyiz. Türkiye henüz sadece 6 nolu Protokolü onaylamıştır. Öte yandan Türkiye'nin aday olduğu Avrupa Birliği 18.12.2000 tarihli Temel Haklar Şartında hiç kimsenin ölüm cezasına çarptırılmayacağı ya da bu cezanın infaz edilemeyeceğini öngörmektedir. AB Anayasasının girişine Temel Haklar Şartı entegre edilmeye çalışılmıştır. Birleşmiş Milletlerde de bu doğrultudaki çalışmalar sürdürülmektedir. Ülkemizde ölüm cezasının hangi hallerde verilebileceğine ilişkin yasal düzenlemelerin bulunmasına rağmen ölüm cezası verilmiş olan hükümlülerin cezalarının fiilen infazı yapılmamaktadır.

Bu durumda ölüm cezasının verilmesi halinde dahi yaşama hakkının yokedilmediği bir sürecin içinde iken kamu gücünü kullanan otoritenin yaşam hakkının ihlali sonucuna yol açacak uygulamalarının ulusal hukuk ve uluslararası insan hakları belgelerine göre tartışmaksızın kabul edilecek nedenlerinin olması gerekir. Çünkü demokratik bir toplum için zorunlu koşul demek hakları tanımak, uygulamak ve uygulatmaktır.

Görüldüğü üzere, Uluslararası hukuki belgelerde temel hakların sınırlandırılması orantılılık, ölçülük koşullarına bağlanmış olup bu koşullar ölümü içermemektedir. Kısacası yaşama hakkı ölümle sınırlandırılmaz.

Davacıların çocukları 7 yıllık tutukluluk süresini geçirmiş, davalı Adalet Bakanlığının Mahkememize sunduğu belgelere göre savunmada ileri sürülenin aksine açlık grevine, ölüm orucuna katılmamış, ancak Hayata Dönüş operasyonu sırasında ateşli silahla yaralanarak hayatını kaybetmiştir.

Davalı İçişleri Bakanlığının on yıldır cezaevlerinde arama ve denetim yapılamadığı iddiasının kamu gücü dikkate alındığında inandırıcılığı bir yana gerçek olması hali dahi başlı başına ağır hizmet kusurudur..."

²⁷ Karardaki ayrışık oy aynen şu ifadeleri içermektedir. "Mahkemenin maddi ve manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin kararına ve maddi tazminatın bilirkişi raporunda öngörülen nitelikte olmasına katılmaktayım. Manevi tazminat miktarına gelince; bilindiği gibi İHAS (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi)'nde hakların korunmasında esas görevin ulusal yargı yerleri ve makamlara ait olduğu İHAM (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi)'in rolü-

İdare yargıcının günden güne artan bir biçimde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini destek ölçü norm olarak temel hakları ilgilendiren uyuşmazlıklarda bir denetim ölçütü olarak benimsemesi hiç şüphesiz AIHM'nin "idare yargıcının etkin bir yargılama işlevi içinde hareket etmesi gereği"ni vurgulamasının etkisiyle ortaya çıkmıştır. Ancak, yine de idare yargıcının **yürürlükteki hukukun ne olduğunu söylemekten ibaret bir yargılama yetkisi**

nün ikincil (subsidiary) nitelikte olduğu açıktır. Bu nedenle ulusal yargı yerlerinin insan haklarının korunmasına yönelik kararlarının evrensel, çağdaş boyutta olması ve bölgesel düzeydeki uluslararası hukuk kurumlarına duyulan gereksinimi verdikleri verecekleri kararlarla en alt seviyede tutma yükümlülükleri bulunduğu artık kabul edilmesi gereken bir olgudur. Zaten Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine 28.09.2001 tarihinde sunulan Değerlendirme Grubu Raporu da aynı yükümlülüğü vurgulamaktadır.

Öte yandan bu yükümlülüğün ulusal hukuk bağlamı içerisinde davanın taraflarını tatmin edici şekilde yerine getirilmesi, İHAM'ni de önüne gelen davalarda ulusal hukukta içi hukuk yollarının tüketilmesini aramama dolayısıyla ikincil yargı yeri olmaktan çıkıp ilk derece yargı yerine dönüşmesi sıkıntısını da giderecektir.

İHAS ile güvence altına alınan haklar İHAM kararlarıyla içtihat hukukunu oluşturmakta olup Mahkeme bir kararında sözleşmenin insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi olduğunu belirtmiştir.

Yine İHAM, sözleşmenin "işbu sözleşmede tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen her kişi, ihlal fiili, resmi görevlerini ifa eden kimseler tarafından bu görevlerin ifası sırasında yapılmış da olsa, ulusal makama fiilen (etkin) başvuru hakkında sahiptir" şeklindeki 13 maddenin değerlendirmesi **Türk İdari Yargı Sisteminin etkin bir iç hukuk yolu olup olmadığını** tartışarak yapmış; ve bir İdare Mahkemesince iltica talebinin süresinde yapılmadığı sebebiyle reddedilmesine ilişkin idari işlem hakkında yürütmenin durdurulması isteminin reddi ve işlemin iç hukuk kurallarına tümüyle uygun bulunarak iddianın esasına yönelmenin gereksiz olduğu şeklinde gerçekleşen yargısal sürecin 13. maddedeki yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlayamadığına karar vermiştir. (**Jabari v. Türkiye 2001**, www.adalet.gov.tr)

İHAM 31137/96 kayıt nolu Adalı v. Türkiye davasında 12.12.2002 tarihinde başvuruçunun oğlunun yakalama esnasında açılan karşılıklı ateş sonucunda polis tarafından öldürülmesi nedeniyle yaşam hakkının ihlali ve ölçüsüz güç kullanımından dolayı dostça çözüm sonucu tazminat ve yargılama giderleri olarak 55.000 İngiliz sterlini, yine aynı nedenden kaynaklanan 31152/96 nolu aynı karar tarihli **Yalçın v. Türkiye** davası ile 31153/96 nolu aynı karar tarihli **Soğukpınar v. Türkiye** davasında dostça çözüm sonucu tazminat ve yargılama giderleri olarak 55.000'er İngiliz sterlini ödenmesine aynı karar tarihli **Sen v. Türkiye** davasında ise (No:31154/96) 70.000 İngiliz sterlini ödenmesine karar vermiştir.

Yukarıda yer alan tüm bilgilerin ışığı altında ve artan orandaki davalara hızlı bakılamaması nedeniyle İHAM'nin görünür gelecekte yeniden yapılanacağı anlaşılmakta olup İHAM'nin kararlarının belirleyiciliğinin yanı sıra ulusal yargı yerlerinin verdikleri kararlarında İHAM için kolaylaştırıcı, yol gösterici, dolayısıyla evrensel kamu hukukuna uygun olması gerekliliği ulusal yargıçların karar kriterlerinin sınırlarını çizmektedir.

Bakılan davada, davacıların manevi tazminat istemleri takdiren kısmen kabul edilmiş olup davacıların çocuklarını Devlet gözetim ve denetimindeki bir cezaevinde kamu kolluk gücü kullanılarak gerçekleştirilen operasyonda ölçüsüz güç kullanımı sonucu kaybetmelerini nedeniyle duydukları manevi acının, kaygının ve psikolojik çöküntünün kısmen karşılanması mümkün değildir. Bu nedenle, davacıların manevi tazminatın istemleri doğrultusunda takdiren 100'er milyar lira olarak ödenmesine karar verilmesi gerektiği görüşüyle manevi tazminatın 50'er milyar lira olarak takdir edilmesine ilişkin çoğunluk tarafından verilen karara katılmıyorum.

içinde hareket etmesi ile Strasbourg yargıcının **gelecekteki insan hakları hukukunu yaratmak misyonu** ile hareket etmesi arasındaki büyük bakış açısı farklılığı, Sözleşmedeki temel hak ve özgürlüklerin hukuki değerlendirilmesinde bu ikisi arasında önemli yaklaşım ve görüş ayrılıklarının doğmasının kaçınılmaz olduğunu ortaya koymaktadır.

Nitekim, bu durumun en somut örneği AİHM'nin 30.05.1991 tarihli "Soc. Sténuit c./France" kararında kendisini göstermektedir. Karara konu olan olay şu şekilde gelişmiştir. Fransa'da Rekabet Kurulu tarafından "Soc.Sténait" isimli şirket hakkında "hakim durumun kötüye kullanılması suretiyle rekabetin ihlali" gerekçesiyle tesis edilen yaptırımın Conseil d'Etat tarafından hukuka uygun görülmesi sonucunda, anılan şirket konuyu Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önüne götürmüştür. Komisyon, başvuruyu inceledikten sonra, başvuru sahibi şirketin, iç hukuk düzeninde uyuşmazlığın niteliği itibarıyla dile getirmiş olduğu iddiaların Conseil d'Etat tarafından tam anlamıyla ve eksiksiz biçimde değerlendirilmemiş olduğu; kaldı ki, uygulanan yaptırımın ceza hukuku alanına yönelik neticeler de içerdiği dikkate alındığında Conseil d'Etat'nın böyle bir uyuşmazlık bakımından gerekli yargılama yetkileri ile donatılmamış olduğu; nihayet, bu kapsamda söz konusu uyuşmazlık bakımından, Conseil d'Etat'nın, AİHS'nin 6. maddesinin birinci paragrafının ilk cümlesinin öngördüğü "tam yargılama yetkisi"ni haiz olmadığı, hususlarını açıkça ortaya koymuştur²⁸. Bu karar Fransız iç hukuk düzeninde, AİHM'nin ihlal yönündeki kararı daha telaffuz edilmemişken etkilerini göstermiş ve 6 Temmuz 1987 tarihli yasa ile rekabet hukuku ihlalleri nedeniyle verilen cezalara karşı açılacak davaları çözümleme yetkisi Paris İstinaf Mahkemesine aktarılmış ve benzer nitelikte bir uyuşmazlık Conseil d'Etat önüne bir daha gelmemiştir.

İç hukuk düzenimizde ise bu durum kamuoyunda "başörtüsü" diye bilinen uyuşmazlıklarda AİHM'nin koyduğu net tavır bakımından idare yargıcının konuya yeni bir yaklaşım içinde bakmasını sağlamıştır. İstanbul 2.İdare Mahkemesi, E.2000/74,K.2001/1161 sayılı ve 28.09.2001 günlü "Meryem Altıntaş" kararında, tarih öğretmeni olan ve görevi sırasında türban takan davacının hakkında tesisi edilen devlet memurluğundan çıkarma disiplin cezasına karşı açtığı davada ileri sürdüğü iddialar karşısında AİHM kararlarını "**doğrudan referans norm**" olarak uygulamıştır. Mahkeme, yayınlanmamış olan bu kararında aynen şu ifadelere yer vermiştir:

"...Dava, Öğretmen olan davacının, kılık-kıyafet mevzuatına aykırı davranışındaki ısrarından dolayı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125-E/a maddesi uyarınca "Devlet Memurluğundan Çı-

28 ibid.

*karma” cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Milli Eğitim Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu’nun 27.09.2000 günlü, 2000/371 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır. Dava ve Soruşturma dosyasının incelenmesinden, İstanbul Gaziosmanpaşa İlköğretim Okulu Tarih Öğretmeni olan davacının Kılık-Kıyafet Yönetmeliğine aykırı olarak görev mahallinde başını türbanla kapattığı ve bu konuda İstanbul Valiliğinin 04.02.1999 günlü 23.410/730 sayılı emri kendisine tebliğ edildiği halde davranışını sürdürdüğü, okul yönetimi tarafından sözlü olarak uyarıldığı, ancak yazılı olarak alınan ifadesinde kılık kıyafet yönetmeliğine aykırılığın dışında kendisinin hiçbirşeyle suçlanamayacağını ve kılık kıyafetinin farklılığının anayasal hakkı olduğunu belirttiği, bu davranışıyla kurumun çalışma düzenini bozduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, Devletin memuru olan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 2670 sayılı Kanununun 42. maddesiyle getirilen kıyafet mecburiyetine uymak ve Devlet Memurlarının Kılık-Kıyafetlerinin ne şekilde olacağı konusunu düzenleyen Yönetmeliğe göre giyinmek zorunda olduğunu bilmesine rağmen hala kılık kıyafet mevzuatına aykırı olarak görev mahallinde başını örtmeye devam ederek okulun çalışma düzenini bozmasından dolayı hakkında Devlet Memurluğundan çıkarma cezası verilmesi işleminde yasaya aykırılık yoktur....Öte yandan Davacı, İdare Mahkemelerinin ve Danıştay’ın “başörtüsü kullanma nedenine dayalı” davalar yönünden düşünce ve kanaat belirttiğini ve davanın reddedileceğini ihsas ettirdiğini böylelikle sözleşmenin 6. maddesinde yer alan “adil yargılama” hakkına aykırı davranıldığını ileri sürmektedir...Yargı yerinin belli bir konuda sürekli aynı nitelikte karar vermesi kararın ihsası anlamını değil konunun içtihadının oluşturulduğu anlamını taşımaktadır. Örneğin Türkiye’de Devlet Güvenlik Mahkemelerinin heyetinde asker üyenin görev yapmasının adil yargılanma hakkına aykırı olduğu şeklinde 9 Haziran 1998 tarihli Incal-Türkiye kararı ve 28 Ekim 1998 tarihli Çıraklar-Türkiye kararı sonrasında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesince aynı nitelikte çeşitli sayıda karar verilmiştir. (Gerger Türkiye Davası Başvuru No:24919/94 Karar Tarihi 08.07.1999, Başkaya ve Okçuoğlu- Türkiye Davası Başvuru No:23536/94 ve 24408/94 Karar Tarihi 08.07.1999 Sürek- Türkiye Davası, Başvuru No:24762/94 Karar Tarihi 08.07.1999) Sözleşmenin 9. maddesinde ortaya konulan din ve vicdan özgürlüğü hakkında 01.07.1997 tarihli 781 karar sıra nolu **Kalaç-Türkiye** kararında din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruda Mahkeme din özgürlüğünün öncelikle bir kişisel vicdan sorunu olduğunu, ama ayrıca bir kimsenin dinini yalnızca toplum içinde, halk arasında ve aynı inancı paylaşanlar arasında değil ve fakat tek başına ve özel olarak*

da açığa vurma özgürlüğünü ifade ettiğini hatırlatmıştır... İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun 03.05.1993 tarihli 16278/90 başvuru nolu **Karaduman-Türkiye Kabul Edilebilirlik Kararında** başörtülü olarak çekilmiş fotoğrafını mezuniyetini gösteren geçici belgeye yapıştırılması için Üniversiteye veren davacının geçici mezuniyet belgelerinin verilmesi isteminin reddedilmesi işleminin reddedilmesine ilişkin Mahkeme Kararı ile din ve inancı açığa vurma özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını incelerken Kalaç-Türkiye kararında olduğu gibi Sözleşmenin 9. maddesinin bir din veya inancın gereği olan ibadet etme, öğrenme, uygulama ve gereklerine uyma hakkının açıkça korunduğunu hatırlatmış ve 9. maddenin her zaman bir inanç tarafından emredildiği şeklinde kamusal alanda hareket etme hakkını güvence altına almadığını daha önce söylediğini özellikle 9. maddedeki “uygulama” sözcüğünün bir din veya inancın motive ettiği veya etkilediği her türlü eylemi kapsamadığını belirtmiştir...”

Mahkeme, söz konusu kararlara ve kararların özüne referans vererek dava konusu işlemin AİHM kararlarına uygunluğunu da denetlemek suretiyle netice olarak davayı da aşağıdaki sonuçlara ulaşarak reddetmiştir:

“...Davacı, “başı açık” olmadığı gerekçesiyle karşılaştığı uygulamanın ayrımcılığı yasaklayan 14. maddeye aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Ancak başını inancı nedeniyle kapatarak ve laik bir alan olan kamusal yapıda bu ayrımcılığının-çünkü kendisi ile diğerleri arasında giysilerini kullanarak fark koymaktadır-onaylanmasını talep etmektedir. Yine davacı Ek Protokol’in 1. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Ancak dava konusu olay ile mülkiyet hakkının ihlali arasında doğrudan ilişki kurulamamıştır. Davacı dava konusu karar ile çalışma hakkının ortadan kaldırıldığını ileri sürmektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve ek protokollerde çalışma hakkı düzenlenmemiştir. Zaten Sözleşmeye getirilen temel eleştiri sosyal hakları düzenlemeyi olup bu konudaki eksiklik 26 Şubat 1965’te yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı ile giderilmeye çalışılmıştır. Ancak Avrupa Sosyal Şartında da, sözleşmenin denetim mekanizmasını oluşturan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarzında ve işlerliğinde bir mahkeme veya benzeri kuruluş bulunmamaktadır. Dolayısıyla davacının çalışma hakkının ihlali iddiasının Mahkemece incelenmesi mümkün gözükmemektedir. Kuşkusuz bu dava İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin önüne götürüldüğünde Mahkeme; ihlal edildiği öne sürülen ve sözleşme ile tanınan haklara yönelik olarak müdahale var mıdır, müdahalenin haklı sebepleri var mıdır, bu müdahale iç hu-

*kukta öngörölmüş müdür, bu konuda bağlayıcı yargı kararı var mıdır, müdahalenin meşrutşiyeti nedir ve bu müdahale demokratik bir toplumda gerekli midir kriterlerini kullanarak dava hakkında karar verecektir. **Ancak, Sözleşme ile tanınan hakların davacı yönünden ihlal edildiği iddiası Mahkemece gerek iç hukukumuz gerekse içselleştirdiğimiz uluslararası hukuk yönünden yukarıdaki açıklamaların ışığı altında dayanaksız bulunmuştur.** Açıklanan nedenlerle davanın reddine...”*

Göröldüğü üzere, idare yargıcı, bu kararı ile AIHM yargıcının bakış açısını doğrudan bir denetim ölçütü olarak uyguladığını ifade etmiş ve iç hukuk düzenimizdeki Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarını değil, AIHM kararlarını öncelikli tutmuştur. Mahkemenin bu tutumu kanımızca eleştiriye çok açıktır. Ancak, idare yargıcı, bu kararında, davacının AIHS bağlamında iç hukuk düzeninde yargıç tarafından korunması gerekli haklarının varlığını ortaya koyduğu iddiaları AIHM kararları ile karşılama anlayışı içinde hareket etmiştir. İdare yargıcının bu yaklaşımı iç hukuk sistemimizde bulabildiğimiz yegane örneği teşkil etmektedir.

Strasbourg yargıcının uyguladığı etkin ve adil yargılama ölçütlerini günden güne artan biçimde “birey” lehine geliştirdiği yorum teknikleri çerçevesinde belirlediği dikkate alındığında; idare yargıcının da giderek, bu kararların etkisi altında kalacağı ve mevcut yaklaşımını Strasbourg yargıcının etkisiyle daha da geliştireceği düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, Türk idari yargılama hukukunda idare yargıcının etkin bir yargılama işlevini gerçekleştirmesine engel olarak gördüğü iç hukuk düzenlemelerini giderek ihmal edici bir tavır içinde hareket edeceğini ve özellikle de işlemleri üzerinde yargısal denetim istemeyen İdarenin ve Yürütme organının yargılama hukukunun kendi lehine öngördüğü atıl, edilgen ve tutuk yargılama modelinden yararlanmasının önüne geçmeye çalışacağı kamısındayız.

AVRUPA BİRLİĞİ ANAYASASI

*Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ**

Anayasal düzen olarak Avrupa Birliği kurulduğu günden beri, tüm dinamik yapıların bir özelliği olarak, sürekli gelişerek uluslarüstü bir anayasal düzene doğru ilerledi. Kömür-çelik Topluluğu'ndan Tek Pazar'a (mal, hizmet, sermaye kişilerin serbest dolaşımı ve ortak politikalar), Tek Pazar'dan Maastricht anlaşması ile ortak güvenlik ve dış politika, tek para, adalet ve iç işlerinde işbirliğine, Amsterdam anlaşması ile insan hakları ihlallerinin yaptırımılandırılması, Nice anlaşması ile genişlemenin hazmedilmesi söz konusu oldu ve nihayet 29 Ekim'de imzalanan Avrupa için bir Anayasa oluşturan anlaşma ile bir Anayasa'ya ve bağlayıcı bir temel haklar şartına doğru yola çıkıyor. Bu aşamalar sonunda Avrupa Birliği artık anayasal bir sistem olarak genişleyip, derinleşecek.

Bugün Avrupa'da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulamasının esaslı katkıları ile oluşmuş bir ortak anayasa sahası söz konusudur. Bu anayasal saha Avrupa hukuk kültürünün ifadesi olarak bir ortak anayasal düzen, bir yeni *jus commune* oluşturmaktadır.

Anayasayı bir ulus-kurucu iktidar birlikteliği olarak ele alırsak Avrupa'da kurucu iktidarı oluşturabilecek ne tarihsel olgu ne de hukuki varlık düzeyinde bir Avrupa ulusu söz konusu değildir. Avrupa Birliği de devlet ya da uluslararası örgüt niteliği taşımamaktadır. Bu doğrultuda daha farklı yaklaşımlar geliştirmek durumundayız.

Altının çizilmesi gereken, anayasanın, D.Rousseau'nun ifade ettiği üzere, artık sadece kurumlar arası ilişkileri, kuvvetler ayrılığını belirleyen bir belge olmadığıdır. Anayasa artık Vatandaş-Devlet arasındaki ilişkilerin tanımı, yaptırım mekanizmaları ile güvenceye bağlanmış bir hak ve özgürlükler şartıdır. Diğer bir ifade ile sadece iktidarı kuran ve dağıtan bir belge olmaktan

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

çıkıştır. Bu açıdan en önemli değişim anayasa'nın üstünlüğünün yargısal güvenceye alınması, yani anayasa mahkemelerinin sahneye çıkmasıdır.

Devlet – Ulus (Asli kurucu iktidar) – Anayasa üçgeni Avrupa Birliği'nde Anayasa problematiğine cevap oluşturmuyor. Zaten anayasa da artık Burdeau'nun ifade ettiği gibi sadece bir fikir değil, siyasal, toplumsal, kurumsal yaşamı bir hukuk korsesi içine alan, hak ve özgürlükleri pozitif hukuk çerçevesinde koruyarak sürekli değişim içeren dinamik bir yapıdır.

Avrupa'da ortak bir anayasa hukukunun ortaya çıktığını görüyoruz. Bu olgunun esas nedeni, Avrupa anayasalarının temel hak ve özgürlükleri benzer şekilde ifade etmeleri ve koruma altına almaları dışında, yargıçların hak ve özgürlüklerin yorumunu benzer şekilde yapmalarıdır.

Ulusalüstü alanda ise, bu ortak anayasa kültürü farklı hukuk sistemlerinde farklı ilkeler bütününden oluşmakla birlikte, Avrupa alanında bu ortak birikim birleştirici bir özellik olarak paylaşılan değerlerden ve farklılıklara saygılı ilkelerden oluşmaktadır. Dolayısı ile burada söz konusu olan ulusal olmayan, anayasal bir Avrupa kimliğidir. Avrupa kimliği ise ulus kimliği gibi birleştirici değil ancak ortak anayasa kültürü doğrultusunda uyumlaştırıcıdır.

Bu olgu Avrupa'da anayasal yurtseverlik (patriotisme constitutionnel) kavramı ile ifade edilmektedir. Bu kavram çerçevesinde siyasal birlik ulusal değil, rasyonel bir unsur üzerine kurulmaktadır. Post-ulusal bir kimlik olarak nitelendirilebileceğimiz bu yeni aidiyet etnik köken, din, dil ve kültürel özellikler gibi öğelerden bağımsız olarak şekillenmekte; yurttaşlar kimliklerini anayasada bulmaktadırlar.

Demokrasi, insan hakları üzerinde yükselen Avrupa, ulusal farklılıklarla uyum içinde bütünleşmeye çalışmaktadır. Avrupa'da tek bir *demos* değil, ortak değerler etrafında bütünleşmiş Avrupa halkları vardır. Bu halklar, Avrupa kimliğini oluşturan Avrupa anayasal birikimi uyarınca ortak bir hukuk düzeni çerçevesinde bütünleşmektedir. Bu doğrultuda Avrupa teknik bir bütünleşme hareketini olduğu ölçüde bir değerler topluluğudur. Aradaki bağlar etnik, dinsel, dilsel, kültürel değil, demokrasi, hukuk devleti, insan hakları gibi etik kriterler temelindedir.

Avrupa Birliği Anayasası Avrupa halklarının temsilcilerinden oluşan çok taraflı bir kurucu iktidar mahiyetindeki bir Kurultay (Convention) tarafından consensus temelinde şekillendirildi.

Avrupa Anayasası'nın ilk maddesinde belirtildiği gibi, yurttaşların ve devletlerin ortak bir gelecek kurma iradeleri doğrultusunda, ortak amaçlar için, yetkiler devrettikleri Avrupa Birliği kurulmakta, Birlik insan onuru, özgürlük, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı değerlerine dayanmaktadır. Bu değerler çoğulcu bir toplumda hoşgörü, adalet, eşitlik, dayanışma ve ayrımcılık yasağı üzerinde temellenen üye devletlerde ortak değerlerdir. Bu maddede Avrupa anayasal birikiminin esası görülmektedir.

Ancak, belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği şekli bir anayasaya sahip olmadan önce de anayasal bir düzen kurmuştur. Diğer bir ifade ile açık yargı kanalları ile hukuk devletinin ve yurttaşların hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı bir sistem söz konusudur.

Bu doğrultuda, Avrupa Toplulukları'nı kuran andlaşmanın bir anayasalaşma sürecinden geçtiğini ifade edebiliriz. Bu niteliğe sahip olmayan bir normun anayasal değere kavuşması ve söz konusu hukuk düzeninde diğer normların üzerinde yer alması olgusu öncelikle bu değere ulaşacak normun tartişmasız yorumunu yapacak bir kurumun da varlığını gerektirir. Bu kurum ise Avrupa Adalet Divanı'dır. Bu süreç boyunca Divan'ın Van Gend en Loos, Costa, Yeşiller, Simmenthal kararları ile anayasal düzeni temellendiğini görüyoruz. Bu süreç sonunda Andlaşma bir "Hukuk Topluluğu"nun Anayasası haline dönüşmüştür.

Avrupa Birliği'nin bu anayasalaşma sürecinin yazılı hukuktaki yansıması tek bir metin haline gelerek Avrupa Anayasası'na dönüşmüştür. Bu sürecin kökeninde temel haklar ve özgürlüklerin bağlayıcı ve ulusalüstü bir belgede yer alması düşünceyi de önemli bir yer tutmaktadır. 2000 Nice zirvesinde deklarasyon olarak kabul edilen Temel Haklar Şartı, Anayasa'nın içine yerleştirilmesi ile bu düşünce hayat bulmuştur.

Önemli olan nokta Avrupa Birliği'nin konfederal-federal yapılanma tartişmalarının ötesinde Avrupa Birliği hukuk düzeninin süreç içinde oluşturduğu anayasal *corpus*'unu yazılı bir anayasa haline getirmesidir. Yeni anayasa Avrupa anayasal birikimini ulusalüstü alana taşımakta, üye devletlerin son egemenlik çekirdekleri olan temel hak ve özgürlükler meselesini de Birliğe devretmektedir.

Avrupa Birliği'nin anayasalaşma süreci içinde topluluk hukuku-anayasa hukuku ilişkileri zaman zaman çok gerilmiştir (özellikle Almanya, İtalya, Fransa'da). Avrupa Anayasası ile ulusal anayasalar artan oranda Avrupa Anayasası'nın etkisi altında kalacak ve üye devletler artık Avrupa Birliği

hukukunun mutlak üstünlüğünü tanımak zorunda kalacaklardır. Avrupa Anayasası'nın altında yatan temel amaç ise bireylerin bir özgürlük, güven ve adalet alanı içinde yaşamalarının güvenceye alınmasıdır.

Ancak Avrupa Anayasası'nın bir uluslararası andlaşma olduğu unutulmamalıdır. Sonuçları ve uygulaması bakımından uluslararası andlaşmaya benzemiyorsa da (tüm Topluluk andlaşmaları bu niteliktedir) kabul edilme prosedürü uluslararası andlaşma usulleri çerçevesindedir.. Hükümetlerarası konferansın üzerinde uzlaştığı metni 29 Ekim'de Roma'da imzalaması ile onay süreci başlamıştır.

25 üye devlet Avrupa Anayasası'nı kendi anayasal usulleriyle onaylayacaktır. Bu durumda Avrupa Anayasası ancak tüm üye devletler onayladıktan yürürlüğe girebilecektir.

Avrupa Birliği sistemine Anayasa'nın esasta ne gibi değişiklikler getireceğine kısaca göz atacak olursak:

1. Bugün üç sütunlu yapı diye bilinen; Birinci sütun Avrupa Toplulukları, İkinci sütun Ortak Güvenlik ve Dış Politika, Üçüncü sütun Adalet ve İçişlerinde İşbirliği, yapı kalkmakta, tüm sütunlar tek bir çatı altında, Avrupa Birliği adı altında birleşmektedir. Avrupa Birliği'nin hukuki kişiliği de sağlanmaktadır. (Mevcut sistemde Avrupa Topluluğu'nun hukuki kişiliği vardır, Avrupa Birliği'nin ise yoktur).
2. Konsey başkanının görev süresi iki buçuk yıl olarak belirlenmektedir. Başkan nitelikli çoğunlukla seçilecek ve görev süresi bir defaya mahsus uzatılabilecektir. Birliğin bir başkanı ve üye devletlerce nitelikli çoğunlukla seçilecek bir Dışişleri bakanı olacaktır. Dışişleri bakanı ortak güvenlik ve dış politikadan sorumlu olacaktır. Ancak unutulmaması gereken dış politika ve ortak güvenlik konularında oy birliği ilkesi devam ettiğiidir. Bu durumda bu konularda henüz Avrupa Birliği'ne bir yetki devri söz konusu değildir.
3. Karar alma sayısında nitelikli çoğunluk sistemi kaldırılmaktadır. Nice sistemine göre Almanya'nın 29, İspanya ve Polonya'nın 27 ağırlıklı oyu vardı ve bu durum bir siyasi pazarlık konusu haline gelmişti. Hükümetlerarası konferans bu sistemi kaldırarak "çifte çoğunluk" (en az on beş devlet, % 55'i) + nüfusun % 65'ini kapsayan sistemini getirdi. Ancak, üç büyük devletin hayır oyu karar alınmasını engellediğinden, karar almada blokaj sayısı dört devlet olarak belirlendi.

4. 2014'e kadar Komisyon'da her üyenin bir komiseri olmaya devam edecek. Bu tarihten sonra rotasyon sistemi ile üye devletlerin 2/3'ü temsil edilecektir. Ancak bu sayı Konsey tarafından oybirliği ile değiştirilebilir.
5. Parlamento'nun karar alma sürecine katılım alanları arttırıldı. Kararlar %95 oranında Parlamento ve Konsey'in birlikte ortak karar alma süreci ile alınacaktır. Parlamento'da koltuk sayısı 750 olacak, üye devletlerden en fazla 96 en az 6 parlamenter seçilecektir. Bu düzenlemenin de siyasi pazarlıkları engellemek doğrultusunda yapıldığı açıktır. Her devletten seçilecek parlamenter sayısı 2009 seçimlerinden önce belli olacaktır.
6. Birlikten ayrılmak isteyenlere olanak sağlanarak, Konsey'in nitelikli çoğunlukla karar vereceği öngörölmüştür.
7. Anayasa'da Hıristiyanlığa atıf olmadığımız sadece kültürel, dini, insanlık mirası ifadesinin yeraldığını görüyoruz.
8. Avrupa Birliği'nin temel değerlerinin ciddi ve sürekli ihlali halinde, üyelik haklarının askıya alınması hükmü yeralmaktadır.
9. Avrupa Birliği'nin yetkileri bakımından önemli bir yenilik olmadığı görölmektedir. Adalet ve içişlerinde işbirliği geniş oranda nitelikli çoğunluğa geçmiştir (Polis ve ceza yargılamasında işbirliği hariç olmak üzere). Oybirliğinin saklı tutulduğu hassas alanlar varlığını devam ettirmektedir: Vergilendirme, sosyal politikalar, dış politika ve güvenlik, öz kaynaklar, mali düzenlemeler, Anayasa'nın değiştirilmesi bunlar arasındadır.
10. Ulusal parlamentolar Komisyon'un karar önerilerinden haberdar olacaktır. Parlamentoların 1/3'ünün *subsidiarite* ilkesinin engellendiğini doğrultusunda başvurması halinde Komisyon öneriyi tekrar gözden geçirecektir. Vatandaşlar da bir milyon imza toplayarak karar önerisi verebilmektedirler.
11. Avrupa Birliği'nde yeraşan hukuki işlemlerin de isimleri değişmekte, tüzük Avrupa yasası, yönerge ise Avrupa çerçeve yasası adını almaktadır.

Kurumsal düzeydeki ufak tefek değişiklikler, sistemin daha kolay işletilir hale getirilmesi yanında Anayasa'nın somut olarak getirdiği en önemli konu Anayasa'ya yerleştireilmiş Temel Haklar Şartı'dır.

Avrupa Birliği vatandaşlarının Birlik iktidarı ile ilişkilerinde doğrudan da-

yanacakları bağlayıcı bir metin söz konusudur. Bu metin ekonomik birliğin ötesinde değerler topluluğunun somut yüzünü oluşturmaktadır.

Liberal demokratik haklarla, sosyal ve ekonomik hakların aynı metinde yer alması ile modern anayasalara benzeyen bir düzenleme yapılmıştır. Anayasa Avrupa Birliği'nde temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yeni bir normatif temel getirmektedir.

Anayasa'da Temel Haklar Şartı'nın anayasa hükmü olması, sütunların birleştirilmesi gibi bütünleşmeye yönelik düzenlemeler yanında, dış politika ve ortak güvenlik gibi konularında gösterdiği gibi hükümetlerarası unsurlar varlığını sürdürmektedir.

Bu doğrultuda Anayasa'nın ikili yapıyı sürdürdüğünü tesbit etmekle birlikte, Avrupa anayasal birikim çerçevesinde, bireyin eksen olduğu bir hukuk anlayışının Avrupa Anayasası ile netleştiğidir.

LE STATUT DES SERVICES PUBLICS DANS L'UNION EUROPÉENNE

*Prof. Dr. Pierre Le MIRE**

- La question du statut des services publics au regard du droit de l'Union européenne est un thème central, tant au niveau de chaque Etat-membre qu'au niveau européen.

En effet, il s'agit d'une question-clé pour l'orientation générale de nos sociétés, au carrefour du libéralisme et de ce qu'on appelle « l'économie sociale de marché » qui, au terme d'un processus historique, se retrouvent au centre des débats concernant l'Union européenne.

Il suffit de constater l'effondrement du système éducatif ou du système de santé dans certains Etats, par exemple en Amérique latine (au Chili ou au Brésil), après des périodes de dictatures, pour comprendre combien les services publics sont essentiels pour une société en développement et pour l'équilibre des sociétés développées. L'exemple du délabrement de certaines infrastructures routières (comme à Madagascar) ne font que confirmer cette importance des équipements et des services publics.

Dans l'Union européenne, selon que la majorité des gouvernements en place penche à gauche ou à droite, vers plus de sociale-démocratie ou plus de libéralisme, la question des services publics connaît un regain d'intérêt ou au contraire une phase d'endormissement.

En tout cas, ce thème fait partie des trois ou quatre questions centrales dès lors que l'on souhaite, ou non, maintenir un « modèle européen de société » dans lequel les effets négatifs du libéralisme sont tempérés par des politiques sociales d'accompagnement (éducation, santé, transports publics...) dont les services publics constituent un élément essentiel.

* Professeur en droit administratif à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et à la Faculté Droit de l'Université Galatasaray.

- Jusqu'ici, j'ai employé le terme de « services publics » (terme très français, mais aussi italien, belge, espagnol, turc, allemand...), alors même que l'Union européenne possède son propre vocable, employé à plusieurs reprises dans les traités: les « services d'intérêt économique général » (SIEG), c'est-à-dire des services à caractère « économique », faisant donc l'objet d'échanges économiques, et qui sont institués dans l'intérêt général. On peut dire, à ce stade du raisonnement, qu'ils correspondent de très près à la notion traditionnelle de « service public » de nos droits nationaux, et plus précisément à nos services publics « économiques » ou « services publics industriels et commerciaux » (SPIC), seuls services publics susceptibles de réellement poser problème quant à l'application du droit européen de la concurrence.

Cette quasi-similitude est illustrée par la notion, plus récemment dégagée par le droit européen pour nommer le « noyau dur » de ces SIEG: le « service universel », qui correspond au minimum de service « essentiel » qui doit être offert à tous, dans des conditions égales, à un prix abordable, et dont la continuité et la modernité doivent être assurées par une « qualité donnée » (directive n° 2002/22/CE, JOCE du 24 avril 2002). Il s'agit bien du cœur du « service public » de notre droit continental, garanti par les trois grands principes (ou « lois ») du service public dégagés dès la fin du XIXème siècle: « l'égalité » de tous devant le service public, « la continuité » du service public, et sa « mutabilité » ou adaptabilité au progrès (c'est-à-dire sa modernité).

- Voilà donc située cette notion centrale dans sa perspective historique et géographique.

Mais alors, pourquoi l'aborder spécifiquement si elle correspond justement à une tradition européenne et que le droit de l'Union (traités, règlements, directives, jurisprudence...) la consacrent précisément à travers les termes de « service d'intérêt économique général » et de « service universel »?

Tout simplement parce qu'elle fait débat, non pas quant à son existence, ni même quant à son essence, mais quant à ses limites. Il convient, en effet, de la situer par rapport au grand principe du droit communautaire au regard duquel les « SIEG » bénéficient d'un statut d'exception: la « libre concurrence ».

- Pour fixer clairement les choses rappelons quelques caractéristiques fondamentales du droit de l'Union européenne, dans sa composante « économique », telles qu'elles ressortent du traité de « la Communauté

européenne » (originellement « Communauté économique européenne » du Traité de Rome).

D'abord, il faut souligner qu'il s'agit d'un droit « économique », ce qui justifie toujours une grande marge dans son interprétation et son application.

Ensuite, il est essentiel de rappeler que celui-ci est fondé sur deux grands principes:

- la « libre circulation » (des marchandises, des personnes, des services et des capitaux);

- et la « libre concurrence » qui s'applique tant aux personnes privées (interdictions des « ententes » et des « abus de position dominante »...) qu'aux personnes publiques (stricte limitation des aides publiques, strict encadrement des marchés publics...), et qui implique une lutte systématique contre les monopoles, sauf précisément, ce qui nous intéresse particulièrement, lorsqu'un intérêt public les justifie.

Bien évidemment, au delà de ces deux grands principes de libre circulation et de libre concurrence, la Communauté européenne travaille de manière permanente au « rapprochement » (ou à l'harmonisation) des législations nationales, dans les domaines où la compétence demeure nationale (par exemple en matière de propriété intellectuelle ou de droit de l'audiovisuel...) et développe des « politiques communes » dans les domaines où la compétence est européenne (comme par exemple, en matière agricole, dans le secteur des transports ou de la « politique de cohésion économique et sociale », version européenne de l'aménagement du territoire...).

- Dans ce contexte général, comment s'est donc présentée, lors de la rédaction des traités fondateurs, puis de l'établissement des premières directives, la problématique des services publics, et plus généralement celle des « prestations publiques »?

Ici, il faut bien distinguer deux questions (sous peine de tomber dans de multiples confusions qui viendraient obscurcir le débat): celle des « entreprises publiques », *stricto sensu* (au sens strict) et celle des « services publics », *lato sensu* (largement entendus), quelles que soient leurs modalités de gestion.

I/ Les entreprises publiques

La première question à clarifier est celle des entreprises publiques, c'est-à-dire des entreprises contrôlées majoritairement ou effectivement (de quelque manière que ce soit: majorité des actions, des droits de vote...) par une ou plusieurs personnes publiques.

Ces entreprises peuvent être classées en deux catégories:

- soit, elles développent une activité purement marchande, sans lien avec un service public (ou SIEG), comme, par exemple, la production de voitures, d'acier, ou de produits chimiques...

- soit, elles assurent un service public (SIEG), comme, par exemple, la distribution d'électricité, d'eau... ou l'établissement et l'exploitation d'un réseau téléphonique, autoroutier, de chemin de fer...

On doit avoir à l'esprit que ce secteur des entreprises publiques représentait dans les Etats fondateurs de la Communauté économique européenne une part de la production nationale variant entre 15 et 30 % du produit intérieur brut de leurs économies.

Et c'est encore le cas aujourd'hui à hauteur de 5 à 15%!

Le traité de Rome a donc dû prendre acte de cette situation, défendue par les Etats fondateurs, et préciser dans l'actuel article 295 CE (ex-art. 222): « Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ».

Cela signifie que le droit européen est indifférent à la forme, publique ou privée, des entreprises. En revanche, il se soucie au plus haut point du respect par celle-ci du droit de la libre concurrence!

C'est pourquoi un autre article du Traité, l'actuel article 31 CE (ex-art. 37), prévoit, quant à lui, « l'aménagement » des monopoles nationaux à caractère commercial. Ce qui a abouti à la quasi-disparition ou à la transformation profonde de certaines entreprises publiques « monopolistiques » (par exemple de production ou de vente de « tabacs et allumettes », d'alcools, de produits pétroliers ...) qui, ne gérant pas un service d'intérêt économique général, ne pouvaient être maintenues en situation de monopole.

Bien évidemment, au terme de l'article 86, paragraphe 1 (ex-art. 90) du

Traité CE, les entreprises publiques, comme leurs homologues privées, doivent respecter les règles européennes de libre concurrence, notamment en matière d'ententes, d'abus de position dominante..., avec un souci particulier de l'Union pour les distorsions à la libre concurrence qui pourraient résulter des aides que les Etats membres sont susceptibles d'apporter à leurs entreprises publiques (comme privées, d'ailleurs...), soit sous forme de financements directs (dotations budgétaires ou subventions directement issues des budgets publics...), soit sous forme de divers appuis indirects, comme par exemple des garanties d'emprunts, ou des bonifications d'intérêts (comme en bénéficiait Electricité de France / EDF, jusqu'à la loi du 9 août 2004).

C'est ce qui a justifié l'adoption de la directive du 25 juin 1980 (modifiée en juillet 2000 / JOCE L. 193 du 29 juillet) relative à « la transparence des relations financières entre les Etats et leurs entreprises publiques ».

Mais tout ceci ne revêt pas de difficultés particulières, au regard du droit européen, si ce n'est que:

- d'une part, comme toujours, les Etats membres mènent des combats d'arrière-garde pour résister et tenter de retarder l'application des règles communautaires;
- et que, d'autre part, les entreprises publiques se plaignent parfois d'être traitées de manière inégale par le droit européen qui leur impose souvent des obligations particulières, comme les longues et coûteuses procédures de marchés publics ou l'obligation de communiquer certains renseignements et données financières, économiques et commerciales, ce qui n'est pas exigé des entreprises privées concurrentes....

Mais ces problèmes tendent aujourd'hui à se régler, petit à petit, à travers le droit dérivé (règlements et directives...) et les décisions de la jurisprudence européenne (CJCE et TPI).

En fait, et c'est ce qui nous intéresse ici, l'essentiel du débat, théorique et pratique, concerne les entreprises publiques assurant un service d'intérêt économique général.

En effet, dès lors qu'il y a SIEG, le Traité admet des dérogations au principe de libre concurrence et tolère même des situations de monopole, du fait de l'intérêt majeur, pour la société, à voir fonctionner ce service dans de bonnes conditions.

C'est pourquoi l'article 86, paragraphe 2, du Traité (ex-art. 90) a prévu, pour les SIEG, une dérogation aux règles de concurrence rédigée de la manière suivante: « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (...) sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ».

Dès lors, il importe peu que l'activité de service public soit assurée directement, « en régie », par une personne publique (Etat, collectivité territoriale) ou indirectement, par un établissement public (forme de décentralisation « par service »), ou par une entreprise publique, ou même par une entreprise privée à laquelle on a confié la gestion de ce service... Dans l'ensemble de ces hypothèses, la question se pose de la même manière dès lors qu'il s'agit d'appliquer concrètement la dérogation au droit de la concurrence prévue par l'article 86, paragraphe 2, au profit des « services d'intérêt économique général ».

II/ Les SIEG et la libre concurrence.

On peut dire que, pour le droit européen de la concurrence, la dérogation prévue au profit des SIEG résulte de l'existence de contraintes particulières pesant sur le gestionnaire du service, c'est-à-dire de ce qu'on appelle traditionnellement des « obligations de service public ».

Selon un règlement européen du 26 juin 1969 relatif aux transports publics (n° 1191/69, article 2), il s'agit d'obligations que, « si elle considérait son propre intérêt commercial, l'entreprise n'assumerait pas ou pas dans la même mesure, ni dans les mêmes conditions », ce que les économistes nomment pour leur part des « charges indues » (non dues).

Il s'agit, par exemple, de l'obligation qui pèse sur les services publics postaux de livrer le courrier, au tarif habituel et de manière régulière (c'est-à-dire, en principe, tous les jours), même dans les villages de montagne et les hameaux les plus isolés. Il est évident que ni DHL, ni Federal express ne seraient intéressés par la gestion d'un tel service, si ce n'est à un tarif très élevé.

C'est pourquoi est parfois développée la thèse selon laquelle il serait infiniment plus simple de confier au secteur privé les activités les plus rentables (comme, par exemple, le téléphone ou les lettres et paquets recommandés ou à forte valeur) et de laisser à la charge du secteur public les activités les moins rentables (comme les lettres ordinaires...). Comme

l'expriment certains polémistes: on « privatiserait » les profits et on « publiciserait » (ou « socialiserait ») les coûts!

Or, l'existence des services publics est souvent liée au maintien en leur sein des deux types d'activités, les bénéfiques des secteurs rentables permettant de financer le fonctionnement « à perte » des services à caractère « social ».

Voilà donc un bon exemple des problèmes qui se posent dans notre domaine!

Essayons donc d'analyser de manière structurée les réponses que le droit communautaire propose en cette matière à la fois essentielle et fort complexe.

Historiquement, nous pouvons nettement distinguer deux périodes que nous analyserons successivement. Alors que, au cours de ses trente-cinq premières années d'application, le droit communautaire semble avoir tout simplement ignoré la question, à partir des années 1990 (notamment sous l'impulsion donnée par les arrêts Corbeau et Commune d'Almelo, rendus par la CJCE en 1993 et 1994) les choses ont commencé à évoluer jusqu'à l'adoption, au sommet d'Amsterdam, en 1997, du nouvel article 16 CE (ex-art. 7 D) du Traité et la réaffirmation, au sommet de Nice de décembre 2000, du « rôle irremplaçable » des services publics.

Nous allons donc commencer par analyser successivement ces deux périodes.

Nous serons ensuite amenés à constater, ce qui n'est pas étonnant, que demeure en ces domaines une certaine « résistance au changement ».

A/ D'abord, en ce qui concerne la période courant des années soixante aux années quatre-vingt-dix, on ne peut pas aller jusqu'à dire que les institutions communautaires sont restées totalement inactives.

Elles ont notamment traité le cas des entreprises publiques à activités purement commerciales et, plus généralement, comme nous l'avons constaté, celui des monopoles du secteur public. Mais peu de progrès avaient été faits concernant directement l'interprétation de la dérogation au droit de la concurrence consacrée par l'article 86, paragraphe 2, au profit des SIEG.

Cependant, la Commission avait, petit à petit, renforcé ses compétences et ses pressions dans ce domaine, notamment sur la base du paragraphe 3 du même article 86 qui la charge de veiller à l'application des dispositions des

paragraphe 1 et 2 et lui donne le pouvoir d'adresser « en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux Etats membres ».

C'est ainsi, par exemple, que celle-ci avait élaboré, en 1992, deux projets de directives concernant les secteurs du gaz et de l'électricité, destinés à abolir les droits « exclusifs » des opérateurs nationaux traditionnels (EDF-GDF en France, l'ENEL en Italie...) et à permettre l'accès des tiers, nationaux ou non-nationaux, aux réseaux de distribution d'énergie. La Cour de justice a, en effet, admis que la Commission peut, non seulement, remédier à un comportement précis portant violation des règles de concurrence mais, également, fixer des règles à portée générale concernant l'ensemble d'un secteur, même en l'absence de toute situation litigieuse. Celle-ci pouvait donc procéder de la même manière en établissant des systèmes généraux d'encadrement dans de nouveaux secteurs tels que les services postaux...

Il s'agissait là de questions d'autant plus sensibles qu'elles touchaient les entreprises « de réseaux », c'est-à-dire des secteurs dans lesquels la gestion du service nécessite la mise en place et l'entretien permanent d'infrastructures lourdes qui justifient souvent l'institution de « privilèges » ou de « droits exclusifs » au profit de l'exploitant.

Ces secteurs font d'ailleurs, parallèlement, l'objet de régimes particuliers, notamment au regard des règles de passation des marchés publics (on parle de secteurs « spéciaux » ou « exclus » du régime normal) et de désignation des concessionnaires (de travail ou de service public) en vertu de la règle de « l'intuitu personae » qui autorise (en droit communautaire comme en droit interne) le libre choix de son partenaire par l'administration.

En d'autres termes, au fur et à mesure que le droit de l'Union européenne se construisait à travers le droit dérivé (règlements et directives) et la jurisprudence de la Cour de justice, la politique « de l'autruche » (consistant à mettre sa tête dans un trou pour ne pas voir le danger) ne pouvait perdurer très longtemps. Il fallait bien, à un moment, se décider à aborder les questions de fond.

B/ C'est ce qui devait se produire, au début des années quatre-vingt-dix, notamment avec les jurisprudences *Corbeau* et *Commune d'Almelo*.

1/ Rendu 19 mai 1993, l'arrêt *Corbeau* (n° C 320/91, R I, p. 2533) a d'abord apporté un certain nombre de précisions concernant la qualification des SIEG.

A propos du monopole postal belge relatif à certains courriers, que voulait entamer Monsieur Corbeau, un entrepreneur privé, la Cour indiquait en effet « qu'il ne saurait être contesté que la régie des postes est chargée d'un service d'intérêt économique général consistant dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier sur l'ensemble du territoire de l'Etat membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle ».

Ce caractère « social » du service et ces exigences de continuité, d'égalité et de qualité devaient être confirmées mot pour mot, le 27 avril 1994, par l'arrêt Commune d'Almelo (n° C 393/92, R I, p. 1477), à propos d'un service de distribution d'électricité, appliqué à une commune des Pays-bas, dont le monopole était également dénoncé par un importateur étranger d'électricité.

A cette occasion, la Cour indiquait par ailleurs que le caractère de SIEG (et donc le besoin de déroger aux règles ordinaires de la concurrence) pouvait être renforcé par des contraintes subies par le service du fait d'objectifs de politique nationale ou communautaire, tels que la protection de l'environnement ou l'aménagement du territoire (la politique européenne de « cohésion économique et sociale »), qui sont donc assimilables, du moins quant à leurs effets, à des « obligations de service public » (ou « charges indues »).

C'est dans ce contexte que la Cour et la Commission ont reconnu successivement le caractère de SIEG à de très nombreuses activités, notamment en matière:- de postes et télécommunications, de distribution d'électricité, de transports par chemins de fer, de transports aériens et de distribution d'eau; mais aussi aux services des pompes funèbres (enterrement des personnes), aux services de la main d'œuvre (placement des chômeurs), à des activités liées à la gestion des ports publics...

Par ailleurs, étaient affirmées deux règles importantes:

- D'abord, le principe selon lequel chaque Etat-membre est seul habilité à décider si un service revêt, ou non, à ses yeux, un intérêt tel qu'il décide de le qualifier de SIEG. C'est par exemple le cas pour la distribution de l'eau, considérée comme un service public dans la plupart des Etats membres mais pas dans tous...
- Ensuite, le fait que lorsqu'elle confie la gestion du service public à une entité autonome (établissement public, entreprise publique ou société

privée), la puissance publique doit le faire de manière expresse ou explicite. C'est la condition pour que cette entité autonome puisse invoquer le bénéfice de la dérogation aux règles de concurrence prévue par le Traité (c'est d'ailleurs, on le notera, une transposition de la jurisprudence nationale, notamment consacrée par le droit administratif français, selon laquelle il n'y a pas de service public « virtuel » ou « par nature », ce qui implique l'existence d'un acte « fondateur » du service public, c'est-à-dire une loi, un règlement ou, au minimum, un contrat de concession ou de dévolution).

2/ La jurisprudence a cependant apporté une autre série de précisions concernant le régime juridique des SIEG, notamment quant à l'extension de la dérogation aux règles de concurrence et, de ce fait, quant à l'équilibre financier du service public.

En effet, l'analyse des conditions dans lesquelles il s'avère possible de restreindre la concurrence pour éviter que ne soit remise en cause la mission particulière des SIEG a amené le juge à affirmer qu'il n'est pas nécessaire pour cela que la concurrence mette le service dans l'impossibilité absolue de fonctionner. Il suffit qu'elle l'empêche de fonctionner « dans les conditions économiques rentables » qui lui sont nécessaires pour assurer pleinement sa mission d'intérêt économique général dans le cadre de son équilibre financier global. Et cela présuppose, c'est essentiel, « la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activité rentables et les secteurs non-rentables » du fait des obligations de service public ou des « charges indues » qu'il supporte.

Le SIEG bénéficie même d'une présomption en sa faveur puisqu'il n'est nullement exigé que soit apportée la preuve qu'aucune autre mesure permettrait d'aboutir au même résultat sans gêne pour la concurrence. Si celle-ci était en mesure de le faire, c'est à la Commission qu'incomberait la charge d'apporter la preuve contraire (CJCE, Commission c/ France, 23 octobre 1997, n° C 159/94, R I, p. 5815).

La conséquence essentielle de cette jurisprudence réside dans le fait qu'elle valide les limitations de la concurrence susceptibles d'être développées par les acteurs privés dans les secteurs économiques les plus rentables. Ce qui peut justifier l'établissement ou le maintien d'un monopole pour la partie rentable de l'exploitation du service public, de manière que soit assuré le financement de sa partie qui est non-rentable du fait des obligations de service public qui lui sont imposées.

Cela rappelle d'ailleurs, à nouveau, le droit administratif de la « concession », puisque « l'équilibre financier du contrat » y est toujours garanti aux

concessionnaires de service public (notamment avec les théories jurisprudentielles de « la force majeure » et, dans une moindre mesure, de « l'imprévision ») et que, parallèlement, cet équilibre peut justifier l'attribution d'un quasi-monopole pour le concessionnaire, comme le Conseil d'Etat français l'avait reconnu dès le début du XXème siècle à propos des concessions municipales de transport public (CE, Section, 29 janvier 1932, Société des autobus antibois, R. Lebon, p.117).

Cette jurisprudence européenne représente donc incontestablement un coup d'arrêt très important à la politique de « privatisation des profits » et de « socialisation des pertes ». La concurrence n'est en effet autorisée à se développer qu'à la condition de proposer un produit « spécifique », apportant un « plus » (en qualité, ou en rapidité d'exécution, ..., comme une livraison du courrier plus souple dans l'affaire Corbeau...), sous réserve que cela ne mette pas en cause l'équilibre financier, c'est -à-dire, l'existence ou même la qualité du « service universel ».

Cela a, par exemple, été confirmé par un jugement du 27 février 1997 du Tribunal de première instance de la Communauté européenne (TPI, Fédération française des assurances, n° T 106/95), refusant de qualifier « d'aides d'Etat » (donc contraires au droit européen de la concurrence) les avantages fiscaux accordés par la France à La Poste, en ce qui concerne ses activités financières. En effet, le surcoût des « obligations de service public » supportées par La Poste était jugé largement supérieur aux avantages en question, alors même que ces avantages s'avéraient nécessaires à l'équilibre financier général de ses activités.

De même, dans son arrêt Chronopost, du 3 juillet 2003 n° C 83/01), la Cour de justice souligne que le comportement de La Poste ne saurait être comparé à celui d'une société ou d'un groupe privé hypothétique, sans situation de monopole de service public, celui-ci n'ayant pas eu à constituer, comme La Poste, une infrastructure de base semblable à la sienne.

Par ailleurs, par ses arrêts Ferring, du 22 novembre 2001 (n°C 53/00, R I, p.9067), et Altmark, du 24 juillet 2003 (n° C 28/00), la Cour affirme que les modalités de financement du service public ne sont pas assimilables à des aides d'Etat (ce qui impliquerait des obligations de notification ou de demande préalable auprès de la Commission), dans la mesure où elles correspondent à la contrepartie d'une obligation de service public et dès lors qu'elles respectent un certain nombre de conditions, notamment quant à la transparence et au caractère objectif du calcul de la compensation.

C'est donc à un subtil bilan « coût-avantages » que se livre, au cas par cas, le droit de l'Union européenne pour apprécier l'étendue des dérogations au principe de concurrence qui peuvent être admises au profit des SIEG.

Pour sa part, la Commission a tenté de clarifier ou d'ordonner un peu cette question par une « communication » du 11 septembre 1996 sur les services d'intérêt général en Europe (Com. 96/443, JOCE C-281 du 26 septembre) qui affirme que ceux-ci figurent « au cœur du modèle européen de société ». Il en ressort notamment que les obligations de service public et les recours à la dérogation de l'article 86, paragraphe 2, doivent être traités secteur par secteur, en tenant compte de la situation spécifique de chacun d'entre eux.

La question a également été abordée solennellement par le Traité d'Amsterdam qui a introduit un nouvel article 16 dans le Traité CE, ainsi rédigé: « Sans préjudice des articles 73, 86 et 87 et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent Traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans les conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».

Dans cette même ligne, au sommet de Nice, en décembre 2000, était encore souligné « le rôle irremplaçable » des SIEG, et, à Barcelone, en 2002, la Commission s'était engagée à élaborer une « directive-cadre » en la matière, futur statut européen des services publics.

Cependant, celle-ci, contestée ensuite par la majorité des gouvernements libéraux des Etats membres, mais soutenue par une majorité au Parlement européen, n'a toujours pas vu le jour. La Commission s'est contentée, en mai 2004, de publier un « livre blanc » sur la question, qui fait la synthèse de la jurisprudence que nous venons d'exposer, qualifiée de « combinaison harmonieuse des mécanismes de marché et des missions de service public ».

Enfin, le texte portant « Constitution » de l'Union européenne, en cours de ratification, affirme à son tour le « rôle éminent » des SIEG, alors que l'article II-3 b de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose: « L'Union européenne reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général, tel qu'il est prévu par les législations et les pratiques nationales, conformément à la Constitution, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ».

Tout cela reflète donc l'importance que revêt la question, mais aussi la résistance au changement qui se manifeste parfois, tant de la part des partisans du service public, que de la part des fermes tenants du libéralisme.

C/ la résistance au changement se constate incontestablement au regard de l'ouverture à la concurrence, telle qu'elle est programmée pour les grands réseaux, comme pour le service postal ou la distribution d'électricité ou de gaz.

- En ce qui concerne le service postal, la question est avant tout sociale: comment conserver un service de qualité assuré à tous et abordable pour les moins riches des citoyens, alors même qu'il s'agit, pour l'essentiel, d'une activité non-rentable (mais qui représente quand même près de 1,5 % du PIB de l'Union, avec un chiffre d'affaire de l'ordre de 80 Milliards d'euros)?

Le 1^{er} décembre 1997, avait été adoptée une directive ayant pour objectif d'assurer l'ouverture progressive du marché aux acteurs privés ainsi qu'aux entreprises publiques des autres Etats membres, tout en garantissant l'existence du service public (n° 97/87/CE, JOCE n° L 15 du 21 janvier 1998)..

La bataille pour sa mise en œuvre et une ouverture plus rapide n'a, dès lors, cessé de faire rage (les syndicats de postiers, hostiles à la libéralisation, y engouffrant leurs gros bataillons). Il devrait en résulter, au 1^{er} janvier 2006, une ouverture du marché pour toutes les lettres dont le poids est supérieur à 50 grammes, c'est-à-dire une libéralisation totale pour environ 25% du trafic postal.

- En ce qui concerne le gaz et l'électricité, la question revêt un caractère plus économique que social, dans la mesure où il s'agit de secteurs absolument essentiels à la vie économique des entreprises et des Etats, et dont la libéralisation devrait, a priori, entraîner une baisse des coûts pour les consommateurs. Elle pose cependant des problèmes au regard de la sécurité et de la continuité des approvisionnements, comme l'ont récemment montré, notamment aux Etats-Unis, plusieurs gigantesques « pannes » de courant, affectant des millions de personnes, du fait de manque d'interconnexion entre les différents exploitants privés.

Deux directives du 19 décembre 1996, pour l'électricité, et du 22 juin 1998, pour le gaz, ont donc également prévu l'ouverture progressive des deux marchés, d'abord limitée aux plus gros consommateurs (c'est-à-dire aux entreprises industrielles), puis étendue petit à petit au plus grand nombre, avec une libéralisation programmée de l'ordre de 20 à 35 %, selon les cas.

Par la suite, une nouvelle directive relative au marché électrique était adoptée au Conseil européen de l'énergie du 25 novembre 2002, imposant notamment, dans chaque Etat membre, la séparation juridique des entités productrices et des entreprises de distribution, sous la surveillance d'une autorité indépendante chargée de garantir l'égal accès de tous les opérateurs aux infrastructures de distribution.

Le texte s'en remet cependant, très largement, aux Etats membres (qui, de ce fait, l'ont adopté à l'unanimité). Ceux-ci sont, en effet, chargés, lors de la transposition nationale, de fixer les modalités de l'équilibre entre ouverture à la concurrence et protection du « service universel », notamment « pour préserver les obligations de service public, la sécurité d'approvisionnement et, en partie, la protection des régions reculées et des groupes les plus vulnérables de la population ».

C'est donc dans ce panorama général concernant le statut des services publics dans l'Union européenne et le rôle qu'ils jouent et doivent toujours être assurés de pouvoir jouer dans le cadre du « modèle européen de société », donc dans cette « économie sociale de marché », que la Turquie devra s'inscrire au terme du processus d'adhésion à l'Union européenne qu'elle entame aujourd'hui.

Or, le sujet doit particulièrement intéresser les responsables turcs, dans la mesure où la société turque se trouve désormais à la croisée des chemins: entre une tradition très forte de présence des structures étatiques et la nécessaire libéralisation à mener en vue de débrider l'économie nationale.

Nul doute que, en la matière, la nécessaire convergence avec le droit européen ne pourra que contribuer à la clarification des enjeux et des données politique, économiques, juridiques et sociales.

CEMAAT VAKIFLARININ TAŞINMAZ MÜLKİYETİ İLE İLGİLİ SORUNLAR

*Prof. Dr. Ata SAKMAR**

Günümüzde “cemaat vakıfları” olarak anılan gayrimüslim hayır kurumlarının taşınmaz mal edinme ve kullanma hakları, Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne üyelik süreci içinde yeniden gündeme gelmiş ve Avrupa hukukuna uyum çalışmaları içinde ele alınmaya başlamıştır. Bu konudaki başlıca düzenlemeler, 9 Ağustos 2002 ve 11 Ocak 2003 tarihli ve 4771 ve 4778 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunlarda (Uyum Yasaları) ve Vakıflar Kanunu Tasarısında yer almaktadır.

1. Tarihçe

1.1. Osmanlı Dönemi

Gayrimüslim Türk vatandaşlarından oluşan cemaatler, kilise, sinagog, manastır, ayazma, okul, yetimhane, hastahane, mezarlık gibi dini veya sosyal nitelikteki taşınmazlar üzerindeki haklarını, Osmanlı padişahlarının kanun hükmünde olan fermanlarıyla kazanmışlardır. Osmanlı Devletinin İslam hukukuna dayanan yapısı ve azınlıklara uygulanan millet sistemi içinde, gayrimüslim tebaa kendilerine tahsis edilen yerlerde inşa ettikleri dini nitelikteki yapıları sorunsuz olarak kullanmış ve bunlara diledikleri gibi tasarruf etmişlerdir.

Ondokuzuncu Yüzyıl’ın ikinci yarısında, modern anlamda taşınmaz mülkiyeti kavramının Osmanlı hukukuna girmesi ve ilk resmi tapu kayıtları olan Defteri Hakani Emaneti’nin tesisinden sonra ise, cemaat kurumları bazı yasal sorunlarla karşılaşmışlardır. Şöyle ki, Padişah fermanlarıyla oluştukları

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

için müslüman vakıflarından çok farklı bir konuma sahip olan cemaat kurumlarının, kurucuları (vakfedeni) ve işleyişlerini düzenleyen bir tüzükleri (vakıf senedi) mevcut değildir. Bu nedenle, varlıklarını *de facto* sürdüren bu kurumların yasal statülerindeki belirsizlik ve tüzel kişi kavramının Osmanlı hukukunda henüz yerleşmemiş olması nedeniyle, cemaatlere ait taşınmazlar tapuda güvenilir gerçek kişiler (nam-ı müstear) veya Hazreti İsa, Meryem Ana gibi dini kişiler (nam-ı mevhum) adına kaydedilmişlerdir.

1328 (1912) yılında Eşhas-ı Hükmiyenin Emval-i Gayrimenkuleye Tasarrufuna Dair Kanunu Muvakkat ile taşınmazların doğrudan doğruya tüzel kişiler adına kaydı kabul edilmiş ve böylece, Kanunun “Osmanlı Müessesat-ı Hayriyesi” olarak adlandırdığı cemaat kurumlarına ait olup, Defteri Hakani Emaneti’ne verilen cetvellerde gösterilen taşınmazların bu kurumlar adına tescili teorik olarak mümkün hale gelmiştir.

1.2. 2762 sayılı Vakıflar Kanunu, 1936 Beyannamesi ve Yargıtay’ın 1942 İçtihadı

1926 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun vakıflar konusunu düzenlememiş ve İsviçre hukukundan alınan “tesis” kavramını benimsemiştir. Bu nedenle, Kanunu Medeninın Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkındaki Kanunun 8. maddesinde, 1926 yılından önce kurulan vakıflar hakkında ayrıca bir tatbikat kanunu çıkarılması öngörülmüştür. 1936 yılında yürürlüğe giren 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ise, Osmanlı Cemaat ve Müessesatı Hayriyesi olarak adlandırılan kurumları “vakıf” kapsamına almak suretiyle bunlara tüzel kişilik tanımış ve Vakıflar Genel Müdürlüğünün denetim ve gözetimi altına almıştır.

Vakıflar Kanununun 44. maddesinde cemaat vakıflarının yöneticilerine 3 ay süre tanınarak, 1912 yılında düzenledikleri cetvellerde yer alan veya 15 yıldan beri sürekli vakıf hayratı olarak kullandıkları taşınmazları gösteren bir beyanname vermeleri öngörülmüştür. Beyan edilen taşınmazlar Vakıflar Genel Müdürlüğünce vakıf kütüğüne kaydolunacak ve vakıflar idaresinin isteği üzerine yapılacak ilana iki yıl içinde bir itiraz olmadığı takdirde ait oldukları vakıflar adına tapuya tescil edilecektir.

Bu hükmün uygulanması sonucunda bir kısım taşınmazın vakıfları adına tescili sağlanmış ise de, o dönemde kadastro tespiti yapılan yerlerde tescil taleplerinin çoğu reddedilmiş veya kilise, manastır, ayazma gibi dini nitelikte taşınmazlar cemaatlerin tasarrufunda olarak tespit edilmelerine rağmen, tapu kayıtları malik hanesi boş bırakılarak düzenlenmiştir. Cemaat vakıfla-

rının taşınmazlarını tapuya kaydettirmek için açmak zorunda kaldıkları davalar ise, ilk derece mahkemelerinin değişik kararlar vermesi üzerine alınan Yargıtay'ın 2 Aralık 1942 tarihli İçtihadı Birleştirme kararı ile sonuçsuz bırakılmıştır.

Yargıtay'ın bu ünlü (!) kararına göre, cemaatlerin 1912 yılından önce taşınmazların tüzel kişiler adına kaydedilmesi mümkün olmaması nedeniyle, güvenilir gerçek kişiler veya dini kişiler adına kaydettirmek zorunda kaldıkları kilise, manastır, ayazma gibi taşınmazların vakıfları adına tescil edilebilmesi için, tapuda malik olarak gözüken kişinin muvafakatının alınması gerekmektedir. Yargıtay'ın, tapu sicilinde yer alan malik adı Hazreti İsa, Hazreti Meryem veya Azizler gibi bir nam-ı mevhum olsa bile, muvafakat arayan bu zorlama ve mantık dışı kararının uygulamasına, Türkiye Büyük Millet Meclisinin 2 Temmuz 1956 tarihli tefsir kararı ile son verilmiştir.

1.3. Yargıtay'ın 1974 İçtihadı

1960'lı yılların sonuna doğru cemaat vakıflarının yeni taşınmaz edinmelerini önleyen bir diğer uygulama başlamıştır. Şöyle ki, önce taşınmazların tapuya tescili için Tapu Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen belgenin verilmesinden kaçınılmış, sonra cemaat vakıflarının tüzel kişiliği olmadığı veya tüzel kişilikleri olsa bile yeni taşınmaz iktisap edemeyecekleri iddiası ile yeni tescil talepleri reddedilmiştir.

Bu fiili uygulama mahkeme kararlarıyla da desteklenmiş ve önce Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından oluşturulan, sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da benimsenerek emsal haline getirilen, 1974 içtihadı ile cemaat vakıflarının satın alma, hibe veya vasiyet yoluyla taşınmaz edinmelerine engel olunmuştur.

Yargıtay'ın önceleri azınlık vakıflarını "yabancı" sayan ve bu tür tüzel kişilerin taşınmaz edinmesini kamu güvenliği açısından bir tehdit olarak gören bu içtihadına göre, cemaat vakıflarının Vakıflar Kanunu gereğince vermek zorunda kaldıkları 1936 Beyannamelerinin "vakıfname" olarak kabul edilmesi ve bu beyannamelerde mal iktisabı için açıklık bulunmaması nedeniyle bağış ve vasiyet yoluyla dahi yeni mal iktisap edemeyecekleri sonucuna varılması gerekir.

Oysa cemaat vakıflarının tasarrufları altındaki taşınmazların kendi adlarına tapuya tescili için yapmış oldukları açıklayıcı bir bildirimden ibaret olan 1936 Beyannamelerini, vakfın kuruluş belgesi olarak kabul etmenin huku-

kun temel ilkelerine tümüyle aykırı olduğu açıktır. Aynı şekilde, Medeni Kanunun eski 46. yeni 48. maddesi hükmü gereğince, “Tüzel kişiler cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler”. Bu hüküm uyarınca, tüzel kişilerin kanun gereği genel hak edinme ehliyetine sahip oldukları, her türlü malvarlığı haklarını edinebilecekleri ve mansup mirasçı veya vasiyet edilen olabilecekleri kuşkusuzdur.

1.4. Vakıflar Genel Müdürlüğünün Mazbutlaştırma Uygulaması

2672 sayılı Vakıflar Kanunu, 4 Ekim 1926 tarihinden önce vücut bulmuş vakıfların idaresinin belirli durumlarda zaptedilmesini ve “Mazbut Vakıf” olarak anılarak Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından idare olunmasını öngörmüştür.

Vakıflar Kanununun 1 (D) maddesinde yer alan, “kanunen ve fiilen hayri bir hizmeti kalmamış vakıflar Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetilir” hükmüne dayanan bu çözüm, esas itibariyle, Osmanlı döneminde kurulmuş, mütevellileri çoktan ölmüş ve hayır işlerine tahsis edilen malları sahihsiz kalmış eski vakıflar için düşünülmüştür. Vakıflar Genel Müdürlüğü ise, cemaat vakıflarının 1936 yılında verdikleri beyanname ile tüzel kişilik kazandığını bizzat kabul etmesine rağmen, sadece 1926 yılından önce kurulan vakıfları kapsayan Vakıflar Kanunu’nun 1 (D) maddesi hükmünü, kanunun ayrı bir grup olarak ele aldığı ve kendileri tarafından seçilen kişi ve heyetlerce idare edileceğini kabul etmiş olduğu cemaat vakıflarına da teşmil etmiştir.

Bu uygulama sonucunda dini nitelikteki kilise, manastır, ayazma gibi kutsal binalara sahip vakıfların yönetimine ve mallarına el konulması, daha çok, Türkiye ile Yunanistan arasındaki siyasi ilişkilerden doğrudan etkilenen Rum Ortodoks azınlığa ait vakıflar için söz konusu olmuştur.

Rum Ortodoks inancına göre, *“bir Kilisenin veya Manastırın hayri bir hizmetinin kalmamış olduğu, terkedilmiş ve sahihsiz bırakıldığını düşünmek mümkün değildir. Ortodoks Kilisesi, kutsal kanunları çerçevesinde piramit şeklinde oluşan bir organizasyona sahiptir. Cemaatler Episkoposa, Episkoposlar Metropolitler, Metropolitler ise Patriğe ve onun başkanlığındaki Sen Sinod meclisine tabidirler. İbadet yerleri, her halükarda, Episkopos ve ilgili silesile uyarınca Patrik ve Sen Sinod tarafından idare edilmeye devam ederler. Bu nedenle bir kilisenin belli dönemlerde cemaatinin bulunmayışı onun sahihsiz olduğu anlamına gelmez”*.

Vakıflar Genel Müdürlüğünün mazbut statüye alma uygulaması bu açıdan, Anayasamız ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile teminat altına alınmış olan, din ve vicdan özgürlüğünü zedelemekte ve günümüzdeki demokrasi anlayışına ters düşmektedir.

2. Uyum Yasaları ve Yeni Vakıflar Kanunu Tasarısı

2.1. Uyum Yasaları

Türkiye Cumhuriyetinin Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde gündeme gelen cemaat vakıflarının taşınmaz edinmeleri konusunda ilk düzenleme, 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 4. maddesinin (A) fıkrası ile, 5 Haziran 1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1 inci maddesinin sonuna aşağıdaki fıkraların eklenmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir:

“Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Bu vakıfların dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere, her ne suretle olursa olsun, tasarrufları altında bulunduğu, vergi kayıtları, kira sözleşmeleri ve diğer belgelerle belirlenen taşınmaz mallar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde başvurulması hâlinde vakıf adına tescil olunur. Cemaat vakıfları adına bağışlanan veya vasiyet olunan taşınmaz mallar da bu madde hükümlerine tâbidir.”

Daha sonra, 11 Ocak 2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 4778 sayılı Kanunun 3. maddesi ile Vakıflar Kanununun değişik 1. maddesinde yeniden değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden ilki, Vakıflar Kanununun 1. maddesinin 6. fıkrası ile, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinişi ve malları üzerinde tasarrufu için izin verme yetkisinin Bakanlar Kurulundan alınarak Vakıflar Genel Müdürlüğüne verilmiş olmasıdır. İkinci değişiklik ise, Vakıflar Kanununun 1. maddesine yeni bir fıkra eklenerek, maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Vakıflar Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikte düzenleneceğinin belirtilmesidir.

Sözü edilen Yönetmelik 24 Ocak 2003 tarih ve 25003 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin Geçici 1 maddesine göre

başvurular vakfın bağlı olduğu Vakıflar Bölge Müdürlüğü'ne yazılı olarak yapılacak ve başvuruya aşağıda belirtilen belgeler eklenecektir:

“Taşınmaz malın vakfın tasarrufuna ilişkin 09/08/2002 tarihinden önceki bir tarihi taşıyan, aşağıdaki belgelerden bir veya makbul sayılabilecek eş değer bir belge; vergi kaydı, emlak vergi beyanamesi, kira kontratı, elektrik, su, doğal gaz faturası, tasdikli irade suretleri ile fermanlar, muteber müteveli, sipahi, mültezim temesül veya senetleri, kayıtları bulunmayan tapu veya mülga hazinei hassa senetleri veya muvakkat tasarruf ilmühaberleri, tasdiksiz tapu yoklama kayıtları, mülkname, vasiyetname ve vasiyet tenfiz kararları, muhasebatı atika kalemi kayıtları, mubayaa, istihkam ve ihbar hüccetleri, evkaf idarelerinden tapuya devredilmemiş tasarruf kayıtları”

Cemaat vakıflarının Yönetmeliğe uygun olarak tasarrufları altında bulunan taşınmazların adlarına tescili için yaptıkları başvuruların önemli bir bölümü taşınmazların üçüncü kişiler adına kayıtlı olduğu, diğer bir bölümü ise yeterli bilgi ve belge verilmediği gerekçeleriyle reddedilmiştir. Buna karşılık, malik haneleri boş olan belirli sayıda taşınmazın vakıfları adına tescili sağlanmıştır.

2.2. Yeni Vakıflar Kanunu Tasarısı

Cemaat vakıflarının sorunlarına çözüm getireceği umulan Yeni Vakıflar Kanunu Tasarısı'nın da Avrupa müktesebatına uyum sağlayacak nitelikte olduğunu söyleyebilmek güçtür. Gerçi, cemaat vakıflarının mal edinmelerinin izne tabi olmaktan çıkarılması; tapuda nam-ı müstear veya nam-ı mevhumlar adına kayıtlı taşınmazlarla, vasiyet edilmiş veya bağışlanmış olup da halen hazine veya bağışlayan veya vasiyet edenler adına kayıtlı taşınmazların vakıflar adına tesciline imkan verilmesi; iç denetim ve bağımsız denetim imkanının tanınması; Vakıflar Meclisinin daha demokratik bir yapıya oturtulması ve bu oluşumda cemaat vakıflarınca seçilecek bir üyenin mevcudiyetinin öngörülmesi gibi bazı olumlu gelişmeler sağlanmıştır.

Ancak, Tasarı cemaat vakıflarının temel üç sorunu olan: (1) Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün, “kanunen ve fiilen hayri bir hizmeti kalmamıştır” gerekçesiyle, cemaat vakıflarının yönetimine ve taşınmaz mallarına el koymasını sağlayan “mazbut vakıf statüsüne alma” uygulaması, (11) bu yolla el konmuş olan kilise, manastır, mezarlık gibi dini nitelikteki taşınmazların için-

cü kişilere satılması ve (11) cemaat vakıflarının yasal statülerinin açık olarak düzenlenmemiş olması ile ilgili hiçbir çözüm getirmemiş ve Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği ile cemaat hukukçularının birlikte yaptıkları çalışmalar sonucunda oluşturulan raporda yer alan önerilerin hiçbirine itibar etmemiştir.

3. Değerlendirme

Türk Hukuku ile Avrupa Birliği mevzuatı arasında uyum sağlamaya yönelik 4771 ve 4778 sayılı Kanunlar'da ve Vakıflar Kanunu Tasarısı'nda yer alan hükümler, ilk bakışta cemaat vakıflarına eskiden olmayan "yeni" haklar tanıyan ve yasalardaki kısıtlamaları "kısmen" de olsa kaldıran düzenlemeler izlenimini vermektedir. Oysa, yapılan, Türkiye Cumhuriyeti'nin halen yürürlükte olan yasalarının anti-demokratik hükümlerinin yürürlükten kaldırılması veya cemaat vakıflarına bu güne kadar tanınmayan hakların verilmesi değil, mevcut yasa hükümlerinin gerek idare, gerek yargı tarafından, siyasi olayların ve/veya ilişkilerin etkisi altında, yanlış ve yersiz yorumlanması ve uygulanması sonucunda ortaya çıkan haksız durumların "kısmen" düzeltilmesinden ibarettir.

Nitekim, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, pozitif hukukumuzda; cemaat vakıflarının yeni mal iktisabını önleyen, 1936 Beyannameleri'nin vakıfnâme sayılmasını doğrulayan veya mazbut vakıf statüsünün cemaat vakıflarına teşmil edilmesini gerektiren bir hüküm mevcut değildir.

Diğer taraftan, Türkiye Cumhuriyeti, Lozan Antlaşması ile gayrimüslim azınlıkların vakıflarına, din ve hayır kurumlarına her türlü kolaylık ve izin sağlanacağını, gayrimüslim azınlıkların harcamaları kendilerince yapılmak üzere, her türlü yardım, dini ya da sosyal kurumları, her türlü okul ve benzeri öğretim ve eğitim kurumları kurma, yönetme ve denetleme ve buralarda kendi dillerini özgürce kullanma ve dini ayinlerini serbestçe yapma bakımından eşit bir hakka sahip bulunacaklarını açıkça kabul etmiş ve Lozan Antlaşması'nın 37. maddesi ile, 38'den 44' e kadar olan maddelerde belirtilen hükümlerin temel yasalar olarak tanınmasını, hiçbir yasa, hiçbir yönetmelik ve hiçbir resmi işleminin bu hükümlerle çelişkili ya da onlara aykırı olmamasını ve söz konusu hükümlere üstün sayılmamasını yükümlenmiştir.

Türk Hukuku, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesini benimsemekte ve uluslararası antlaşmalarla kabul edilmiş olan hükümlerin, farklı düzenlemeler getiren kanunlara göre öncelikle uygulanacağını kabul etmektedir.

5170 sayılı kanun ile 7 Mayıs 2004 tarihinde 1982 Anayasa'sının 90. maddesine eklenen "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların, aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek olan uyuşmazlıklarda, milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmü, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü konusundaki tüm tereddütleri ortadan kaldırmıştır.

Esasen, bir devletin iç hukukuna dayanarak uluslararası yükümlerinden kaçınamayışı, uluslararası hukukun temelinde yer alan "pacta sunt servanda" (ahde vefa) ilkesinin doğal bir uzantısı olup, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27.maddesinde ifadesini bulmuştur: "Taraflardan biri, antlaşmanın icra edilmemesini haklı göstermek amacı ile iç hukukun hükümlerini ileri süremez."

Lozan Antlaşması'nın 45. maddesinde yer alan, "İşbu fasıl ahkamı ile Türkiye'nin Müslüman olmayan azınlıkları için tanınan haklar, Yunanistan tarafından da, kendi topraklarında bulunan Müslüman azınlığa tanınmıştır" şeklindeki hüküm, Türk uygulamasında mütekabiliyet ilkesinin ifadesi olarak kabul edilmiş ve bunun sonucu olarak Batı Trakya'da yaşayan Türk asıllı Müslüman Yunan vatandaşları ile Türkiye'de yaşayan Rum asıllı Ortodoks Türk vatandaşlarının hukuki durumu birbiriyle ilişkilendirilmiştir.

Oysa, "mütekabiliyet ilkesi", uluslararası hukukta tartışmasız kabul edilen anlamıyla, en az iki Devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde bulunan diğerinin vatandaşına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı olarak tanımalarını ifade eder. Başka bir deyişle, Devlet, mütekabiliyet ilkesini ancak başka bir Devlet vatandaşı olan kişilere uygulayabilir. Kaldı ki, insan hakları kapsamında olan hakların mütekabiliyet şartına bağlanması söz konusu olamaz.

Lozan Antlaşması, özellikle azınlık rejimini oluşturan hükümleri bakımından bir barış antlaşmasıdır ve burada antlaşma metninin hazırlayıcıları, Türkiye bakımından geçerli olan yükümlülükleri, Yunanistan için bir kez daha saymak yerine sadece atıf yapmakla yetinmişlerdir.

Taraf devletlerden birinin, diğer devletin belirli davranışlarına veya uygulamalarına karşılık verme amacıyla, etnik veya dini kökeni farklı olsa bile "kendi vatandaşı olan kişilerin" haklarını kısıtlaması mümkün değildir. Anayasa'mızın 66. maddesine göre, "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür" ve 10. madde uyarınca hiçbir ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Sonuç

Sonuç itibariyle yapabileceğimiz ilk tespit, cemaat vakıflarının gayrimüslim azınlıklara karşı duyulan kuşkulardan ve uluslararası ilişkilerdeki gerginliklerden doğrudan etkilendikleri ve sorunlarının temelinde bu nedenlerin bulunduğudür. Yirminci Yüzyılın başında yaşanan Ermeni tehciri ve Türkiye ile Yunanistan arasındaki nüfus mübadelesi sonucunda, milyonlarla ifade edilen Türkiye’de yaşayan gayrimüslim sayısının, önce yüzbinlere, sonra onbinlere inmiş olmasına rağmen, tarihten ve siyasi görüşlerden kaynaklanan nedenlerle, azınlıklara karşı olan tepkilerin sürdüğü ve zaman içinde Varlık Vergisi, 6/7 Eylül olayları, 1964 Kararnamesi gibi üzücü uygulamalar ve olaylarla karşılaşıldığı bir gerçektir.

Batı Trakya’daki Türk asıllı Müslüman azınlığın durumu, Kıbrıs, Asala terörü ve Türkiye ile Yunanistan arasındaki siyasi sorunlar, başta Rum Ortodoks vatandaşlarımız olmak üzere, Türkiye’de yaşayan tüm hristiyanları etkilemiştir. Buna karşılık, İkinci Dünya Savaşı yılları dışında, Musevi vatandaşlarımızın çok önemli sorunlar yaşamadıkları ve genelde durumlarından memnun oldukları söylenebilir.

İkinci tespitimiz, değerlendirme bölümünde açıklamaya çalıştığımız gibi, cemaat vakıflarının yasal sorunlarının Türk Kanunları’ndaki anti demokratik hükümlerden veya yetersiz düzenlemelerden çok, idare ve yargının başta Lozan Antlaşması olmak üzere, Medeni Kanun ve Vakıflar Kanunu gibi temel hükümleri yanlış ve taraflı yorumlayarak yaptıkları uygulamalardan kaynaklanmış olmasıdır.

Üzerinde durmak istediğimiz bir diğer önemli tespit ise, Uyum Yasaları’nda ve Vakıflar Yasası Tasarısı’nda hakim olan temel yaklaşımın, cemaat vakıflarının yasalarımıza göre sahip oldukları halde, uygulamayla ellerinden alınmış olan taşınmaz edinme ve tasarruf hakkını geri vermek; buna karşılık İdarenin eline, gerektiğinde cemaat vakfının yönetimine ve dolayısıyla taşınmaz mallarına el koyma hakkı veren “mazbut statüye alma” uygulamasını sürdürmek ve cemaat vakıflarının yasal statüsüne açıklık kazandıracak genel bir düzenlemeden kaçınmak olduğudur.

Bu yaklaşımla yapılan düzenlemelerin cemaat vakıflarının temel sorunlarını çözmekten ve gerek Lozan Antlaşması’na, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne uyum sağlamaktan hayli uzak olduğunu düşünüyoruz. Göstermelik olarak yapılacak ve kağıt üstünde kalacak reformların ne Avrupa Birliğini, ne de Türkiye’deki demokratik çevreleri tatmin etmeyeceğini söylemek, sanırız, yanlış olmayacaktır.

Bizce, cemaat vakıfları konusunda hakkaniyete ve insan haklarına uygun çözümlerin bulunabilmesi, herşeyden önce vermek durumunda olduğumuz bir karara bağlıdır: Türkiye, bugüne kadar olduğu gibi, cemaat vakıflarını ve gayrimüslim vatandaşlarımızı “*yabancı*”, hatta “*içimizdeki düşmanlar*” olarak görmeye yönelik anlayışlara itibar etmeye devam edecek midir; yoksa birtakım korkulardan, endişelerden ve sabit fikir haline gelmiş olan bazı düşüncelerden vazgeçerek, daha demokratik, daha adil ve barışa yönelik bir dünya görüşünü mü benimseyecektir?

Ülkemizin demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları açısından amaçlanan hedeflere ulaşması için, böyle bir görüşün yerleşmesinin şart olduğunu düşünüyor ve tüm vatandaşlarımız için geçerli olacak özgürlüklerin gerçekleşeceği günleri sabırsızlıkla bekliyoruz.

LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Les droits garantis, la garantie des droits *

*Françoise TULKENS***

PLAN*

Introduction

I. Les droits et libertés garantis ou la Convention comme un instrument vivant

A. Les principes directeurs

- « Les États »: une garantie collective
Danemark c. Turquie, arrêt du 5 avril 2001 (GC)

- « reconnaissent »
Marckx c. Belgique, arrêt du 13 juin 1979 (obligation positive)
M.C. c. Bulgarie, arrêt du 4 décembre 2003 (application horizontale)
McMichael c. Royaume-Uni, arrêt du 24 février 1995 (garantie procédurale)

- « à toute personne »

* Les arrêts et décisions de la Cour mentionnés dans le texte sont disponibles sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la base de données « Hudoc », à l'adresse suivante : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case+Law/Hudoc/Hudoc+database/>

** Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Professeur extraordinaire à l'Université de Louvain (Belgique)

* Le texte des arrêts et décisions mentionnés ci-dessus est disponible sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la base de données « Hudoc », à l'adresse suivante : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case+Law/Hudoc/Hudoc+database/>

- « relevant de leur juridiction »

Amuur c. France, arrêt du 25 juin 1996

Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres États contractants,
décision du 12 décembre 2001

B. Les contours des droits et libertés

Article 2. Le droit à la vie

Pretty c. Royaume Uni, arrêt du 29 avril 2002 (suicide)

Vo c. France, arrêt du 8 juillet 2004 (GC) (fœtus)

Makaratzis c. Grèce, arrêt du 20 décembre 2004 (GC) (usage de la force par la police)

Öneryildiz c. Turquie, arrêt du 30 novembre 2004 (GC)

Natchova et autres c. Bulgarie, arrêt du 6 juillet 2005 (GC)

- o *Protocole n° 13 à la CEDH relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances* (adopté à Vilnius, le 3 mai 2002; entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003)

Article 3. L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants

Selmouni c. France, arrêt du 28 juillet 1999 (GC)

Z. et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 10 mai 2001 (GC)

Kudla c. Pologne, arrêt du 26 octobre 2000 (GC)

Mouisel c. France, arrêt du 14 novembre 2002

Farbtuhs c. Lettonie, arrêt du 2 décembre 2004

- o *La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants* du 26 novembre 1987 (entrée en vigueur le 1^{er} février 1989)

Article 4. L'interdiction de l'esclavage et du travail forcé

Article 5. Le droit à la liberté et à la sûreté

Timurtas c. Turquie, arrêt du 13 juin 2000

Cicek c. Turquie, arrêt du 27 février 2001

Ahmed Özkan et autres c. Turquie, arrêt du 6 avril 2004

Labita c. Italie, arrêt du 6 avril 2000 (GC)

Dikme c. Turquie, arrêt du 11 juillet 2000

Article 6. Le droit à un procès équitable

Pérez c. France, arrêt du 12 février 2004 (GC) (partie civile)

Steel et Morris c. Royaume-Uni, arrêt du 15 février 2005 (aide légale)

S.C. c. Royaume-Uni, arrêt du 15 juin 2004 (procès pénal)

Elsholz c. Allemagne, arrêt du 13 juillet 2000 (placement d'enfants)

Article 7. Pas de peine sans loi

Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne, arrêt du 22 mars 2001 (GC)

Article 8. Le droit à la vie privée et familiale

- La vie privée personnelle

Le droit à l'intimité

Rotaru c. Roumanie, arrêt du 4 mai 2000 (GC) (données à caractère personnel)

P.G. et J.H. c. Royaume-Uni, arrêt du 25 septembre 2001 (échantillonnage de voix)

Le droit à l'intégrité physique et morale

Y.F. c. Royaume-Uni, arrêt du 22 juillet 2003 (examen gynécologique pendant la garde à vue)

Glass c. Royaume-Uni, arrêt du 9 mars 2004 (objection des parents à un traitement)

Le droit à l'identité

Mikulic c. Croatie, arrêt du 7 février 2002 (test ADN)

Odièvre c. France, arrêt du 13 février 2003 (GC) (accouchement sous X)

- La vie privée sociale

Chapman c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 2001 (GC) (mode de vie minoritaire)

Taskin et autres c. Turquie, arrêt du 10 novembre 2004 (environnement)

Moreno Gomez c. Espagne, arrêt du 16 novembre 2004 (pollution sonore)

- La vie familiale

Radovanovic c. Autriche, arrêt du 22 avril 2004

Article 9. Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion

- Foulard islamique

Dahlab c. Suisse, décision du 15 février 2001

Leyla Sahin c. Turquie, arrêt du 29 juin 2004 (requête pendante devant la Grande chambre)

Article 10. Le droit à la liberté d'expression

Özgür Gündem c. Turquie, arrêt du 16 mars 2000

Roemen et Schmit c. Luxembourg, arrêt du 25 février 2003

Article 11. Le droit à la liberté de réunion et d'association

Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie, arrêt du 13 février 2003 (GC)

Article 12. Le droit au mariage

Christine Goodwin c. Royaume-Uni et *I c. Royaume-Uni*, arrêts du 11 juillet 2002 (GC)

Article 13. Le droit à un recours effectif

Article 14. L'interdiction de la discrimination

Ünal Tekeli c. Turquie, arrêt du 16 novembre 2004 (port du nom de jeune fille)

Article 17. L'interdiction de l'abus de droit

Garaudy c. France, décision du 24 juin 2003 (liberté d'expression et révisionnisme)

Norwood c. Royaume-Uni, décision du 16 novembre 2004 (haine raciale)

C. La nature des droits et libertés

Airey c. Irlande, arrêt du 9 octobre 1979

James et autres c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1986

Chypre c. Turquie, arrêt du 10 mai 2001 (GC) (langue; enseignement)

Öneryildiz c. Turquie, arrêt du 30 novembre 2004 (GC)

II. La garantie des droits ou de l'effectivité et les différentes voies qu'elle emprunte

• ***La dimension nationale***

Arrêt de la Cour de Cassation belge du 9 novembre 2004

Décision de la Chambre des Lords du 16 décembre 2004 (House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for judgment in the cause A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), [2004]UKHL 56 on appeal from: [2002] EWCA Civ 1502)

Recommandation Rec(2004)5 du 12 mai 2004 du Comité des ministres aux États membres sur la vérification de la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les normes fixées par la Convention européenne des droits de l'homme

- ***La dimension internationale***

- La compétence de la Cour (art. 32)
- La saisine de la Cour (art. 34)

Scozzari et Giunta c. Italie, arrêt du 13 juillet 2000

- Les conditions de recevabilité (art. 35)

Civet c. France, arrêt du 28 mars 1999 (GC)

Hamäidi c. France, décision du 6 mars 2001

La *Recommandation Rec(2004)6* du 12 mai 2004 du Comité des ministres aux États membres sur l'amélioration des recours internes

Le Protocole n° 14: une nouvelle condition de recevabilité

- L'exécution des arrêts (art. 46)
 - o La *résolution Res(2004)3* du 12 mai 2004 du Comité des ministres sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent
 - * *Assanidze c. Géorgie*, arrêt du 8 avril 2004 (GC)
 - Broniowski c. Pologne*, arrêt du 22 juin 2004 (GC)
 - * Le Protocole n° 14: nouvelle version de l'article 46

Conclusion

Je vous remercie sincèrement de votre invitation et de votre accueil dans cette merveilleuse ville d'Istanbul, point de rencontre entre le Nord et le Sud, l'Est et l'Ouest, riche de différentes civilisations et de différentes cultures. Je suis donc très honorée et surtout heureuse d'être avec vous ici pour parler de cette question d'intérêt commun et qui nous concerne tous, les droits de l'homme. Il est aussi particulièrement significatif d'avoir cette rencontre aujourd'hui, le 10 décembre, la journée anniversaire de la Déclaration des droits de l'homme des Nations Unies du 10 décembre 1948 et qui est devenue en quelque sorte la journée anniversaire des droits de l'homme.

« Si vous voulez construire un bateau, il est inutile de réunir des hommes, de leur donner des ordres et de répartir les tâches. Donnez-leur simplement l'envie de partir à la découverte des mers lointaines ». Cette belle phrase d'un auteur anonyme m'a servi de repère et d'inspiration pour cette brève intervention. Les droits de l'homme, les droits de la Convention européenne des droits de l'homme, ne sont pas des ordres ni des tâches mais des horizons à la fois proches et lointains. Mon objectif serait atteint si je pouvais simplement vous donner l'envie et le désir de partir à la découverte de ces horizons.

Dans un premier temps, j'évoquerai certains aspects des **droits et libertés** garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Je le ferai sous le thème de la **Convention comme un instrument vivant**. Dans un second temps, j'évoquerai l'autre versant de la problématique, celui de la **garantie des droits**, tant il est vrai que les droits fondamentaux n'ont de sens que s'ils sont assortis d'un mécanisme de protection, de contrôle. Ici, mon fil conducteur sera celui de l'**effectivité des droits** et des voies qu'elle emprunte: une voie nationale, une voie supranationale, celle de la Cour européenne des droits de l'homme que j'ai l'honneur de servir. Enfin, ma conclusion portera sur la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans ce que l'on peut appeler l'**architecture constitutionnelle européenne**.

I. Les droits et libertés garantis ou la Convention comme un instrument vivant

Les droits inscrits dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 sont les semences de la paix comme l'évoquait René Cassin. Ils sont aussi des « passerelles indispensables pour penser l'avenir » comme le soulignait le président Wildhaber lors de l'installation de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme le 1^{er} novembre 1998. Aujourd'hui, ces droits de la Convention européenne sont ceux de la grande Europe, celle du Conseil de l'Europe, riche et forte de 46 pays et de 800 millions d'européens, cette « maison commune Europe » qu'il importe d'attacher, d'arrimer fermement aux « principes de pluralisme, de tolérance et d'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique ». En fait, la quasi-totalité des États européens participent au système de la Convention européenne et font donc de celle-ci une véritable composante de *l'identité européenne contemporaine*.

A. Les principes directeurs

Le préambule

Le **préambule** de la Convention établit les principes directeurs d'un **ordre public européen**. Si le but du Conseil de l'Europe créé en 1949 « est de réaliser une union plus étroite entre ses membres », un des moyens de l'atteindre est « la *sauvegarde* et le *développement* des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Ces droits et libertés « constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde » et leur maintien « repose sur un régime politique véritablement démocratique ». La *société démocratique* est le lieu de convergence des droits de l'homme, le concept rassembleur de l'espace européen des droits de l'homme dont la Convention est en quelque sorte la loi fondamentale. La démocratie est la valeur centrale de l'ordre public européen. Elle est cependant loin d'être acquise car, comme le dit Lefort, la démocratie est « ce régime inouï qui fait l'expérience historique de l'indétermination de ses repères »¹.

L'article 1

Si les droits de l'homme constituent un « gisement de principes » sur lesquels reposent les régimes politiques démocratiques, l'article 1 de la Convention va signer, sceller la responsabilité des États: ensemble, ils « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la ... Convention » (art. 1).

Les États: la Convention européenne des droits de l'homme « déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants ... elle crée des *obligations objectives* qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une *garantie collective* »², celle des 46 États européens qui y ont adhéré à ce jour. L'arrêt *Danemark c. Turquie* du 5 avril 2001³, qui est un arrêt de règlement amiable, est un excellent exemple de garantie collective mise en action par une requête interétatique et qui résulte dans des mesures concrètes qui visent à améliorer le respect des droits de l'homme sur le terrain en mettant notamment en place des programmes de formation pour les officiers de police, en introduisant des mesures permettant de poursuivre ceux qui se livreraient à des actes contraires aux droits garantis par la Convention et en soulignant l'engagement des autorités à poursuivre la coopération avec les

¹ Cl. LEFORT, *Essai sur la politique*, Paris, Seuil, 1986, p. 29.

² Cour eur.D.H., arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, § 239.

³ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Danemark c. Turquie* du 5 avril 2000.

mécanismes qui sont contenus dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels la Turquie est partie.

Reconnaissance: et non pas seulement, comme dans la plupart des traités internationaux, « s'engagent à reconnaître »: ce verbe « reconnaissent » fait toute la différence. Il s'agit d'une véritable obligation qui pèse sur les États et qui servira de fondement à l'interprétation des droits et libertés de la Convention par notre Cour, une interprétation qui doit donner aux droits garantis leur pleine effectivité, une interprétation ouverte, évolutive, dynamique pour faire de la *Convention un instrument vivant*, adapté aux réalités actuelles. Il est d'ailleurs significatif de constater que toutes les dispositions de la Convention sont rédigées au présent. De nombreuses conséquences en résultent.

- Dans les arrêts *Wemhoff c. Allemagne* du 27 juin 1968 et *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, la Cour développe la méthodologie interprétative de la Convention en se référant aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités: « S'agissant d'un traité normatif, il y a lieu ... de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des États parties »⁴. La prise en considération de l'objet et du but de la Convention conduit naturellement le juge européen à donner son **effet utile** aux dispositions de celle-ci. La Cour va donc s'engager dans la voie d'une interprétation **finaliste** ou **téléologique**. Comme le dit P. Ricoeur, « le sens d'un texte n'est pas derrière le texte, mais devant lui »⁵.
- La Cour va procéder à différentes **constructions** comme celles des « notions autonomes », de la « protection par ricochet », des éléments « nécessairement inhérents à un droit » dont on aura l'occasion de rencontrer des exemples significatifs.
- La Cour va aussi progressivement étendre le champ des **obligations des États**. Ainsi, si les obligations de l'État sont bien sûr **négatives** — ne pas s'immiscer dans les droits et libertés garantis — à cette exigence de passivité de l'État s'ajoute aujourd'hui de plus en plus une exigence d'activité, sous la forme **d'obligations positives**, voire

⁴ Cour eur.D.H., arrêt *Wemhoff c. Allemagne* du 27 juin 1968, § 8 ; Cour eur.D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, § 34.

⁵ P. RICOEUR, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutiques II*, Paris, Seuil, 1986, p. 116.

même d'obligations de prévention. Plus précisément, depuis l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979⁶, en effet, la Cour européenne des droits de l'homme est portée à admettre que les engagements conventionnels des États, d'essence plutôt négative, peuvent se doubler d'une obligation positive visant à garantir le respect effectif des droits et libertés reconnus. Dans cette perspective, la jurisprudence de la Cour fut amenée à déduire l'obligation pour les États de veiller, au moyen des encadrements législatifs, administratifs et judiciaires adéquats, à ce que des violations de la Convention européenne des droits de l'homme ne soient pas commises⁷.

- Jusque et y compris **dans des rapports interindividuels** — c'est l'application **horizontale** de la Convention⁸ qui s'exerce dans différentes directions⁹. Ainsi, la Cour a été amenée à constater que l'État avait une obligation positive de prendre des mesures pour s'assurer que les enfants, comme groupe vulnérable, ne soient pas sujets à des mauvais traitements, en ce inclus des mauvais traitements administrés par des personnes privées. Dans l'arrêt *A. c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998¹⁰, il s'agissait d'abus sexuels commis contre un enfant de neuf ans par son beau-père. Dans l'arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003¹¹, il s'agissait de faits de viol commis sur une jeune fille de 14 ans.

⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979.

⁷ Cour eur.D.H., arrêt *Mahmut Kaya c. Turquie* du 28 mars 2000 ; Cour eur.D.H., arrêt *Berktaç c. Turquie* du 1^{er} mars 2001 ; Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004.

⁸ Voy. D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133 et s.

⁹ Ainsi, au niveau de l'article 8 : Cour eur. D.H., arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 28 mars 1985, §§ 21-27 ; Cour eur. D.H., arrêt *Stubbings c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1996, §§ 61-64 (à propos de délits sexuels commis sur des mineurs) ; au niveau de l'article 9 : Cour eur. D.H., arrêt *Otto-Preminger c. Autriche* du 20 septembre 1994, § 47 et Comm. eur. D.H., req. n°34614/97, décision *Scientology Kirche Deutschlands c. Allemagne* du 7 avril 1997 (protection du groupe religieux contre les attaques dont il fait l'objet) ; au niveau de l'article 10 : Cour eur. D.H., arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, §§ 42-43 (protection de journalistes contre le harcèlement) et Cour eur. D.H., arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000, § 38 (protection de la liberté d'expression face aux pressions d'un employeur) ; au niveau de l'article 11 : Cour eur. D.H., arrêt *Plattform « Artze für das Leben » c. Autriche* du 21 juin 1988, § 34. Au niveau de l'article 5, voy., quoique très implicitement, Cour eur. D.H., arrêt *Riera Blume c. Espagne* du 14 octobre 1999, § 65 (protection contre la séquestration arbitraire) ; au niveau de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel : Cour eur. D.H., arrêt *Gustafsson c. Suède* du 25 avril 1996, § 60.

¹⁰ Cour eur.D.H., arrêt *A. c. Royaume-Uni* du 23 septembre 1998.

¹¹ Cour eur.D.H., arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003.

- Enfin, pour donner un effet utile aux droits garantis, la Cour a développé la matière des **garanties procédurales**. On en voit de nombreux exemples en matière de placement d'enfants: « il échet ... de déterminer, en fonction des circonstances de chaque cause et notamment de la gravité des mesures à prendre, si les parents ont joué dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise par leurs intérêts »¹². La Cour, aujourd'hui plus que jamais, se trouve saisie de questions particulièrement délicates que son « éloignement » la rend sans doute peu apte à résoudre. L'opportunité du placement d'un enfant hors de son milieu familial ou encore l'arbitrage entre économie et environnement dans la problématique des vols de nuit sont des questions dont la résolution suppose une proximité avec les faits et les réalités sociales. Dans cette perspective, le mouvement de procéduralisation est susceptible de donner sens au renvoi à la marge d'appréciation en l'assortissant d'une condition préliminaire: avant de s'en remettre sur le fond aux appréciations des États, encore vérifierait-on que ceux-ci ont, sur un plan méthodologique et formel, multiplié les chances d'aboutir à la « bonne décision », en se mettant à l'écoute, de manière équitable et impartiale, de l'ensemble des intérêts pertinents. D'une certaine manière, le développement des garanties procédurales et le contrôle exercé sur celles-ci peuvent paraître comme le corollaire naturel et fécond de la doctrine de la marge d'appréciation des États, et, au travers de celle-ci, de la subsidiarité du rôle assumé par la Cour européenne des droits de l'homme.

A toute personne: les droits sont reconnus à toute personne, homme ou femme, national ou étranger, légal ou illégal, enfant, jeune ou personne âgée, malade ou handicapé mental, délinquant ou honnête citoyen, personne détenue ou en liberté.

Relevant de leur juridiction: les obligations de l'État existent non seulement sur le territoire national¹³ mais aussi sur **les lieux où il exerce son contrôle** comme la zone internationale d'un aéroport¹⁴.

Comme le soulignait le juge Evrigenis, la responsabilité de l'État devient écologique: elle s'élargit en profondeur, en espace et en temps.

¹² Cour eur. D.H., arrêt *McMichael c. Royaume-Uni* du 24 février 1995, § 87.

¹³ Cour eur.D.H. (GC), décision *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres États contractants* du 12 décembre 2001 ; Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* du 30 juin 2005.

¹⁴ Cour eur.D.H., arrêt *Amuur c. France* du 25 juin 1996.

B. Les contours des droits et libertés

Quels sont les contours de ces droits et libertés? Je les évoquerai en les illustrant avec la jurisprudence *récente* de la Cour et à travers laquelle on peut saisir les questions critiques, sensibles auxquelles les justiciables, les requérants sont confrontés *aujourd'hui*. Je privilégierai les arrêts concernant la Turquie.

Le droit à la vie inscrit à l'**article 2** de la Convention est un droit absolu, indérogeable.

Dans la *jurisprudence* de la Cour, aujourd'hui, ce sont souvent les limites de la vie qui sont interrogées, la fin de la vie et le début de celle-ci.

- Dans l'arrêt *Pretty c. Royaume Uni* du 29 avril 2002, où une jeune femme totalement handicapée, suite à une maladie dégénérative, demandait que son mari soit autorisé à la « suicider », la Cour a jugé que « l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir »¹⁵.
- Dans l'arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, il s'agit de l'application du droit à la vie au fœtus. Dans cette décision, la requérante qui, suite à une erreur médicale avait perdu le bébé qu'elle portait, estimait que l'obligation positive de l'État de protéger le droit à la vie de l'enfant à naître impliquait le recours à la voie pénale. La Cour ne s'est pas prononcée sur l'applicabilité de l'article 2 au fœtus car elle a estimé, en l'espèce, qu'en tout état de cause une voie administrative et civile en réparation du dommage était ouverte à la requérante et qu'elle ne l'a pas utilisée¹⁶.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Makaratzis c. Grèce* du 20 décembre 2004, la Cour étend la protection de l'article 2 à l'*usage de la force par la police* lorsque la personne n'est pas décédée¹⁷.

Enfin, l'obligation de protéger le droit à la vie garanti par l'article 2 requiert aussi qu'une *enquête officielle* soit menée lorsque des personnes ont perdu la vie. Des obligations procédurales complètent ici les obligations substantielles

¹⁵ Cour eur.D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 39.

¹⁶ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004.

¹⁷ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Makaratzis c. Grèce* du 20 décembre 2004.

et nous en trouvons de nombreux exemples dans la jurisprudence récente¹⁸. Dans l'arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004, la Cour conclut à la violation de l'article 2 de la Convention sous son volet procédural « à raison de l'absence, face à un accident provoqué du fait d'une activité dangereuse, d'une protection adéquate par la loi, propre à sauvegarder le droit à la vie, ainsi qu'à prévenir, à l'avenir, de tels agissements mettant la vie en danger »¹⁹. Le dernier exemple en date est sans doute l'arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005 où pour la première fois la Cour a conjugué l'article 2 sous son versant procédural avec l'article 14 de la Convention: elle estime que les autorités ont manqué à l'obligation qui leur incombait d'enquêter sur l'hypothèse d'un mobile raciste dans le chef de l'auteur d'une fusillade mortelle et, partant, de déterminer si un comportement discriminatoire avait pu ou non jouer un rôle dans les événements litigieux²⁰.

Sur le plan des *textes*, le Protocole n° 6 à la Convention adopté en 1983 a aboli la peine de mort en temps de paix et la Turquie l'a ratifié le 12 novembre 2003. Le Protocole n° 13 du 3 mai 2002 abolit la peine de mort en toutes circonstances, donc aussi en temps de guerre; il a été signé par la Turquie le 9 janvier 2004. Il semble dès lors qu'aujourd'hui toutes les références constitutionnelles à la peine de mort aient disparu. Sans pouvoir évoquer des chiffres précis, il m'apparaît que si, dans le passé récent, beaucoup d'affaires concernant la Turquie impliquaient l'article 2 de la Convention, aujourd'hui elles paraissent en diminution.

L'interdit de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants (art. 3) est également un droit absolu, indérogeable qui peut être utilisé par ricochet pour atteindre des situations comme par exemple celles des personnes privées de liberté (en garde à vue ou en prison), dont les conditions de détention portent atteinte à la dignité humaine. En outre, adossée à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention de 1987 pour la prévention de la torture est un exemple d'articulation de la répression et de la prévention, de la condamnation et du dialogue. Il est intéressant de constater que lors de ses visites, le Comité pour la prévention de la torture (CPT) effectue des visites des institutions pour mineurs.

La Cour a plusieurs fois répété que l'article 3 de la Convention exprime une

¹⁸ Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Sabuktekin c. Turquie* du 19 mars 2002.

¹⁹ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004, § 118.

²⁰ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Natchova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, § 168.

des valeurs les plus fondamentales de la société démocratique et requiert une vigilance extrême. Il ne peut subir ni dérogation, ni restriction car il contient une garantie absolue, intangible « même dans les circonstances les plus difficiles telles la lutte contre le terrorisme et le crime organisé »²¹. Dans l'arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999 où la Cour a, pour la première fois, qualifié de torture les sévices infligés au requérant pendant la garde à vue, elle a également estimé « compte tenu de ce que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles ... que certains actes autrefois qualifiés de traitements inhumains et dégradants, et non de torture, pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir » car, en effet, « le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »²².

Dans l'affaire *Z. et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001, quatre frères et sœurs avaient subis des négligences et des abus graves de la part de *leurs parents* pendant une longue période, alors même que les traitements avaient été portés à l'attention des services sociaux compétents depuis déjà longtemps. Après avoir noté que les traitements infligés aux enfants avaient atteint le seuil requis pour être qualifiés de traitement inhumain et dégradant, la Cour « reconnaît que les services sociaux doivent faire face à des décisions difficiles et sensibles et admet l'importance du principe selon lequel il y a lieu de respecter et préserver la vie familiale. En l'espèce, toutefois, il ne fait aucun doute que le système a failli à protéger les enfants requérants de la négligence et des abus graves qu'ils ont subis sur une longue période »²³. Voilà un exemple significatif d'obligation positive.

Dans l'arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000, la Cour affirme pour la première fois le droit de tout prisonnier à des conditions de détention conformes à la dignité humaine. Un tel droit implique que les modalités d'exécution de la peine de prison « ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate »²⁴. A partir de là, la jurisprudence de la Cour a appliqué l'article 3 de la Convention aux traitements *objectivement* inhumains et

²¹ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999, § 95.

²² *Ibid.*, § 101.

²³ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Z. et autres c. Royaume-Uni* du 10 mai 2001, § 74.

²⁴ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000, § 94.

dégradants et liés aux conditions générales (surpopulation, hygiène) ou particulières (détenu malade, âgé²⁵) de détention.

Enfin, sur la question toujours délicate de l'établissement des faits et de la preuve, dans des arrêts récents, la Cour a aménagé la charge de la preuve à la fois par le substitut de la violation procédurale²⁶ et par l'application au contexte carcéral de la présomption utilisée dans l'arrêt *Tomasi c. France* du 27 août 1992²⁷. En ce qui concerne plus particulièrement le renversement de la charge de la preuve, l'évolution amorcée se produit dans l'arrêt *Satik et autres c. Turquie* du 10 octobre 2000 où la Cour conclut à une violation substantielle de l'article 3 de la Convention. En décidant que le principe selon lequel il incombe à l'État de fournir une explication plausible des blessures que présente une personne qui était en bonne santé au moment de son arrestation s'applique également dans le domaine carcéral. *A contrario*, il revient donc à l'État concerné d'apporter la preuve qu'il n'est pas responsable des blessures constatées, comme la Cour le rappelle, et avec un haut degré d'exigence, dans l'arrêt *Caloc c. France* du 20 juillet 2000²⁸.

Aujourd'hui, en Turquie, l'ensemble de cette question doit être vue à la lumière de la politique de tolérance zéro adoptée par les autorités en matière de torture.

L'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4). Une requête est actuellement pendante qui concerne l'exploitation de domestiques, souvent des jeunes filles immigrées, dans une situation sociale et légale de grande vulnérabilité. Il s'agit de la requête *Siliadin c. France* qui porte sur une situation relevant de l'esclavage moderne et qui pose essentiellement des problèmes sous l'angle de l'article 4. Une jeune fille togolaise d'une quinzaine d'années, arrivée en France avec un visa touristique en compagnie d'une ressortissante française pour qui elle devait travailler jusqu'au remboursement de son billet d'avion mais qui devait par la suite régulariser sa situation administrative et la faire scolariser. La requérante a travaillé en fait sans rémunération pour diverses familles pendant plusieurs années et elle ne fut jamais scolarisée. La Cour a déclaré la requête recevable²⁹ et a tenu une audience sur le bien-fondé de celle-ci le 3 mai 2005.

²⁵ Cour eur.D.H., arrêt *Mouisel c. France* du 14 novembre 2002 ; Cour eur.D.H., arrêt *Farbtuhs c. Lettonie* du 2 décembre 2004.

²⁶ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Labita c. Italie* du 4 avril 2000.

²⁷ Cour eur.D.H., arrêt *Tomasi c. France* du 27 août 1992.

²⁸ Cour eur.D.H., arrêt *Caloc c. France* du 20 juillet 2002, § 92.

²⁹ Cour eur.D.H., décision *Siliadin c. France* du 1^{er} février 2005.

Le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5). Ici, il s'agit de protéger les personnes privées de liberté, pour quelque raison que ce soit — l'exécution d'une condamnation, une détention en attente d'expulsion, un internement psychiatrique, etc. — contre toute forme d'*arbitraire*. Il y a déjà plus de trente ans, la Cour européenne des droits de l'homme soulignait l'importance du droit à la liberté dans une société démocratique, estimant que cette matière relève de l'ordre public européen³⁰.

La notion de privation de liberté est une *notion autonome* au sens de la Convention européenne des droits de l'homme mais elle implique fondamentalement un élément de contrainte. A cet égard, le droit à la liberté et à la sûreté doit également être compris comme une garantie contre les *disparitions* de détenus qui constituent des « violations particulièrement graves » de ce droit³¹. Comme la Commission des droits de l'homme des Nations Unies ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour européenne met l'accent sur l'obligation qui pèse sur les États de prendre des mesures effectives pour éviter le risque de disparition, de fournir une explication plausible quant au sort des disparus et de mener une enquête rapide dans le cas d'une plainte sérieuse de disparition³². Inversement, « l'absence de toute trace officielle des détentions et du sort ultérieur des détenus constitue une lacune grave car elle permet au responsable de brouiller les pistes et d'échapper à toute responsabilité. Le fait de ne consigner aucune donnée est dès lors incompatible avec l'objectif même de l'article 5 de la Convention »³³.

Si le droit à la liberté et à la sûreté est reconnu, il est en même temps assorti de *limitations* qui sont expressément déterminées dans le texte de l'article 5 § 1 lui-même. L'énumération est limitative et doit faire l'objet d'une interprétation stricte, ce qui laisse une faible marge d'appréciation quelles que soient les circonstances, notamment celles liées à la lutte contre la criminalité organisée³⁴. Par ailleurs, dans chacun de ces cas, la Convention ajoute l'exigence de la « régularité » de la détention, ce qui signifie que celle-ci doit être conforme au but des restrictions autorisées par l'article 5 § 1 car dans une société démocratique adhérant à la prééminence du droit, une

³⁰ Cour eur.D.H., arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971, § 65.

³¹ Cour eur.D.H., arrêt *Kurt c. Turquie* du 25 mai 1998, § 129 ; Cour eur.D.H., arrêt *Timurtas c. Turquie* du 13 juin 2000, § 106.

³² Cour eur.D.H., arrêt *Tas c. Turquie* du 14 novembre 2000, § 84 ; Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, § 147 ; Cour eur.D.H., arrêt *Akdeniz et autres c. Turquie* du 31 mai 2001, § 106.

³³ Cour eur.D.H., arrêt *Cicek c. Turquie* du 27 février 2001, § 165.

³⁴ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Labita c. Italie* du 6 avril 2000, § 170.

détention arbitraire ne peut jamais passer pour régulière. L'article 18 de la Convention se tient en sentinelle pour rappeler que les restrictions qui sont apportées aux droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues³⁵. Enfin, la privation de liberté, pour être conforme à la Convention, doit avoir respecté les « voies légales ». La Convention renvoie donc à la législation nationale et implique la conformité de la détention aux normes internes de fond et de procédure³⁶. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Ahmed Özkan et autres c. Turquie* du 6 avril 2004, le dossier ne comportait pas la preuve que la détention des habitants du village avait été dûment autorisée par les autorités judiciaires³⁷. La référence à la loi suppose, en outre, la qualité de la loi, ce qui signifie accessibilité et précision, afin d'éviter tout risque d'arbitraire. Il faut donc que les hypothèses de privation de liberté soient clairement définies et que la loi soit prévisible dans son application. Cette exigence est l'expression du principe général de sécurité juridique.

Dans la mise en œuvre de l'article 5 § 1 c) relatif à la *détention provisoire*, dont le seul objectif doit être de conduire la personne devant l'autorité judiciaire compétente, la Cour a souligné à de nombreuses reprises que les enquêtes dans le domaine de la criminalité organisée et terroriste confrontent les autorités à des problèmes spécifiques³⁸. En ce qui concerne la révélation des sources, dans le prolongement de l'arrêt *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni* du 30 août 1990, qui est significatif de l'équilibre qui doit être recherché entre la nécessité de combattre le terrorisme et le respect de la substance des droits garantis³⁹, l'arrêt *Murray c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1994 rappelle que l'utilisation d'informations confidentielles peut être primordiale pour combattre la violence terroriste et la menace que le terrorisme organisé constitue pour la vie des citoyens et pour la société démocratique dans son ensemble; cela ne signifie toutefois pas « que les autorités d'enquête aient carte blanche, au regard de l'article 5, pour arrêter des suspects afin de les interroger, à l'abri de tout contrôle effectif par les tribunaux internes ou par les organes de contrôle de la Convention »⁴⁰. Enfin, dans l'arrêt *Labita c. Italie* du 6 avril 2000, la Cour a abordé pour la première fois la question de la détention provisoire décidée sur la base de déclarations d'un repentir. Elle est consciente que la collaboration des

³⁵ Cour eur.D.H., arrêt *Gusinskiy c. Russie* du 19 mai 2004, § 77.

³⁶ Cour eur.D.H., arrêt *Pantea c. Roumanie* du 3 juin 2003, § 222.

³⁷ Cour eur.D.H., arrêt *Ahmed Özkan et autres c. Turquie* du 6 avril 2004, § 378.

³⁸ Cour eur.D.H., arrêt *Ahmed Özkan et autres c. Turquie* du 6 avril 2004, § 367.

³⁹ Cour eur.D.H., arrêt *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni* du 30 août 1990, § 32.

⁴⁰ Cour eur.D.H., arrêt *Murray c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1994, § 58.

repentis représente un instrument important dans la lutte que les autorités italiennes mènent contre la mafia mais néanmoins l'utilisation de leurs déclarations pose des problèmes délicats car, de par leur nature, pareilles déclarations sont susceptibles d'être le résultat de manipulations, de poursuivre le but d'obtenir les bénéfices que la loi accorde aux repentis ou encore de viser des vengeances personnelles. La nature parfois ambiguë de ces déclarations et le risque qu'une personne puisse être mise en accusation et arrêtée sur la base d'allégations non contrôlées ne doivent dès lors pas être sous-estimés. Ces déclarations doivent être corroborées par d'autres éléments objectifs⁴¹.

Enfin, la privation de liberté doit être entourée d'une série de *garanties* qui ont un dénominateur commun: permettre à l'individu de se défendre contre une arrestation ou une détention injustifiée afin de recouvrer la liberté. Il s'agit du droit à l'information (art. 5 § 2) et du droit au juge (art. 5 § 3). Dans l'hypothèse d'une arrestation opérée par la police pour mener une enquête, la personne arrêtée doit être aussitôt traduite devant un juge habilité à exercer des fonctions judiciaires. Ainsi, s'agissant par exemple d'infractions à caractère terroriste, il appartient aux autorités de développer des formes de contrôle juridictionnel adaptées à de telles circonstances mais respectueuses de la Convention, seules des circonstances exceptionnelles pouvant justifier un délai plus long avant que l'intéressé ne soit traduit devant l'autorité judiciaire⁴². Le droit de recours ouvert devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de la détention (art. 5 § 4) et le droit à réparation pour une détention subie en violation de la Convention (art. 5 § 5) complètent la protection du droit à la liberté et à la sûreté.

Le droit à la justice, le « droit au droit », est le **droit à un procès équitable (art. 6)**, dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, qui implique aussi en matière pénale le droit à la présomption d'innocence et les droits de la défense.

En ce qui concerne le *champ d'application* de l'article 6, dans un arrêt *Pérez c. France* du 12 février 2004, la Cour l'a étendu à la partie civile, sous la seule réserve que celle-ci ne soit pas à des fins uniquement répressives⁴³. En amont, le droit à un procès équitable implique le droit d'accès à un tribunal car, en effet, les garanties prévues par le texte ne seraient d'aucune utilité s'il n'y avait un tribunal appelé à se prononcer⁴⁴. En aval, il implique le droit

⁴¹ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Labita c. Italie* du 6 avril 2000, §§ 157 et 158.

⁴² Cour eur.D.H., arrêt *Dikme c. Turquie* du 11 juillet 2000, §§ 65 et 66.

⁴³ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Pérez c. France* du 12 février 2004, §§ 70 et 71.

⁴⁴ Sur l'aide légale, voy. Cour eur.D.H., arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005.

à l'exécution des décisions de justice: ici aussi, le droit d'accès serait illusoire si les jugements n'étaient pas fidèlement et entièrement exécutés.

Dans les affaires *T. c. Royaume-Uni* et *V. c. Royaume-Uni*, c'est en fait la première fois que la Cour appliquait la Convention à la *justice pénale des mineurs*. La Cour s'est donc penchée sur la justice des mineurs en Angleterre en s'appuyant sur la Convention mais également sur d'autres instruments internationaux, tels que la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, le Pacte du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques ainsi que les Règles de Beijing. Elle estime que les exigences d'un procès équitable n'ont pas été remplies dans la mesure où l'article 6 « lu comme un tout » garantit à l'accusé le droit de participation effective au procès. Alors que la majorité pénale en Angleterre, situation à peu près isolée et unique en Europe, est de 10 ans, la Cour considère qu'« on ne saurait affirmer que le procès d'un enfant, même s'il est âgé de 11 ans, constitue en soi une violation de l'article 6 »; néanmoins, dans la mesure où les expertises psychologiques avaient montré que le formalisme d'un procès pour adultes était inadapté au degré de maturité des enfants, alors âgés de 10 et 11 ans, la Cour constate « qu'il est essentiel de traiter un enfant accusé d'une infraction d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan intellectuel et émotionnel, et de prendre des mesures de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à celle-ci »⁴⁵. Le formalisme de la procédure ayant pu sembler incompréhensible et paralysant pour l'accusé, la Cour conclut que le requérant n'a pas pu *participer effectivement* au procès intenté contre lui et il n'a donc pas pu bénéficier du « droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ». Il est intéressant de noter que suite à ces arrêts, le Lord Chief Justice a pris le 16 février 2000 une directive de procédure (*Practice Direction*) sur les procès d'enfants et d'adolescents devant la *Crown Court*.

L'arrêt *S.C. c. Royaume-Uni* du 15 juin 2004 concerne l'aptitude d'un jeune enfant de 11 ans à prendre part à son procès en raison non seulement de son jeune âge mais surtout de ses faibles aptitudes intellectuelles. Ici encore, nous sommes confrontés au fait que la loi anglaise de 1933 sur les enfants et adolescents (*Children and Young Persons Act*), telle qu'amendée par une autre loi de 1963, fixe à 10 ans l'âge de la responsabilité pénale en Angleterre et au Pays de Galles. En l'espèce, l'enfant avait certes 11 ans mais était doté d'un âge mental de huit ans au mieux et de six ans au pire. La Cour rappelle, en règle générale, que le droit d'un accusé à participer réellement à son procès inclut, entre autres, le droit non seulement d'y assister mais aussi

⁴⁵ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *T. c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, § 84 ; Cour eur.D.H. (GC), arrêt *V. c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, § 86.

d'entendre et de suivre les débats. Dès lors, la participation réelle, dans ce contexte, suppose que l'accusé comprenne globalement la nature et l'enjeu pour lui du procès, notamment la portée de toute peine pouvant lui être infligée. Cela signifie que l'intéressé — si nécessaire avec l'assistance d'un interprète, d'un avocat, d'un travailleur social ou encore d'un ami — doit être en mesure de comprendre dans les grandes lignes ce qui se dit au tribunal. Il doit être à même de suivre les propos des témoins à charge et, s'il est représenté, d'exposer à ses avocats sa version des faits, de leur signaler toute déposition avec laquelle il n'est pas d'accord et de les informer de tout fait méritant d'être présenté pour sa défense »⁴⁶.

Par ailleurs, en matière *de placement d'enfant*, la Cour a été amenée à considérer à plusieurs reprises l'insuffisance ou l'inexistence du rôle des requérants dans le processus décisionnel. Par exemple, dans le cas d'une procédure relative au droit de visite à l'égard d'un enfant, le refus d'ordonner une expertise psychologique indépendante, aux fins de confirmer que les contacts de l'enfant avec son père auraient des conséquences négatives, joint au fait que le tribunal n'a pas tenu d'audience publique, a été considéré par la Cour comme ne satisfaisant pas aux exigences d'équité et de publicité énoncées dans l'article 6 § 1, dans la mesure où le requérant n'a pas joué un rôle suffisamment important dans le processus décisionnel, les autorités nationales ayant de ce fait outrepassé leur marge d'appréciation⁴⁷.

Pas de crime, pas de peine sans loi qui définit l'infraction et fixe la sanction: le principe de la légalité en matière pénale est garanti par l'**article 7** et ne souffre lui non plus ni exception, ni dérogation.

L'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* du 22 mars 2001 rappelle avec force l'exigence substantielle de la démocratie qui ne peut s'accommoder d'une légalité purement formelle. « La Cour considère qu'une pratique étatique telle que celle de la RDA relative à la surveillance de la frontière, qui méconnaît de façon flagrante les droits fondamentaux et surtout le droit à la vie, valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international, ne saurait être protégée par l'article 7 § 1 de la Convention. Cette pratique, qui a vidé de sa substance la législation sur laquelle elle était censée se fonder, et qui était imposée à tous les organes de l'État y compris ses organes judiciaires, ne saurait être qualifiée de droit au sens de l'article 7 »⁴⁸. La Cour ajoute encore « que les requérants qui ... avaient créé

⁴⁶ Cour eur.D.H., arrêt *S.C. c. Royaume-Uni* du 15 juin 2004, § 29.

⁴⁷ Cour eur.D.H., arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000.

⁴⁸ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* du 22 mars 2001, § 87.

l'apparence de légalité émanant de l'ordre juridique de la RDA, puis ont mis en place ou poursuivi une pratique méconnaissant de manière flagrante les principes mêmes de cet ordre, ne sauraient se prévaloir de la protection ... de la Convention »⁴⁹.

Le droit à la vie privée et familiale (art. 8). Tout comme pour les articles 9, 10 et 11, nous sommes en présence d'un droit à protection relative. D'un côté, le droit à la vie privée et familiale est *reconnu, garanti. C'est le principe* qui figure dans l'article 8 § 1 de la Convention: « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ». Mais, d'un autre côté, ce droit est aussi affecté de certaines *limitations ou restrictions* prévues par le texte lui-même (art. 8 § 2). Conformément à l'article 1^{er} de la Convention (« les États reconnaissent ») et aux principes généraux d'interprétation des traités (Convention de Vienne), *le principe doit être interprété largement et les exceptions de manière étroite.*

Le droit au respect de la **vie privée** couvre un double aspect, la vie privée personnelle et la vie privée sociale.

Le droit au respect de la **vie privée personnelle** se décline aujourd'hui dans une triple direction: intimité — intégrité — identité.

Le **droit à l'intimité**, notamment dans le domaine le plus intime qui soit, celui des relations sexuelles, est clairement affirmé. Les arrêts *L. et V. c. Autriche* et *S.L. c. Autriche* du 9 janvier 2003 clôturent en quelque sorte le débat sur l'âge différent pour les relations hétéro- et homosexuelles. Il s'étend aussi à la protection des données. La Cour a même admis, dans l'arrêt *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000, que « des données de *nature publique* peuvent relever de la vie privée lorsqu'elles sont, d'une manière systématique, recueillies et mémorisées dans des fichiers tenus par les pouvoirs publics. »⁵⁰. Dans l'arrêt *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* du 25 septembre 2001, la Cour estime que la notion de vie privée va jusqu'à englober les échantillonnages de voix enregistrées dans un commissariat de police à l'insu des requérants et ultérieurement utilisés dans un procès pénal mené contre eux⁵¹.

Le droit à l'intégrité physique et morale se retrouve au cœur de l'arrêt *Y.F. c. Turquie* du 22 juillet 2003 où le requérant alléguait que l'examen gynécologique auquel sa femme avait été contrainte de se soumettre,

⁴⁹ *Ibid.*, § 88.

⁵⁰ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000, § 43.

⁵¹ Cour eur.D.H., arrêt *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* du 25 septembre 2001, § 56.

pendant sa garde à vue emportait violation de l'article 8 de la Convention. La Cour relève d'emblée la possibilité pour le requérant de se plaindre au nom de sa femme. Elle rappelle qu'il lui est en effet loisible, « en tant que proche de la victime, de soulever un grief concernant les violations alléguées de la Convention formulées par son épouse, compte tenu en particulier de la situation vulnérable dans laquelle elle s'est trouvée dans les circonstances particulières de l'espèce »⁵². Ici on voit donc que la Cour donne à la notion de victime une acception extrêmement large. Quant au fond, la Cour rappelle que le corps d'une personne représente l'aspect le plus intime de la vie privée. Ainsi, une intervention médicale forcée, même mineure, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée. Constatant qu'il y eut donc ici en l'espèce une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice par la femme du requérant de son droit au respect de sa vie privée, la Cour doit examiner si cette ingérence est prévue par la loi et si elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 de cette disposition et est nécessaire dans une société démocratique pour les atteindre. « [T]out en acceptant l'argument ... selon lequel l'examen des détenus par un médecin légiste peut constituer une garantie importante contre les fausses accusations de violences sexuelles ou de mauvais traitements, la Cour considère que tout atteinte à l'intégrité physique d'une personne doit être prévue par la loi et requiert le consentement de l'intéressé. Sinon, une personne en situation de vulnérabilité, telle qu'un détenu, serait privée des garanties légales contre les actes arbitraires. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que l'ingérence litigieuse n'était pas prévue par la loi »⁵³.

Dans l'arrêt *Glass c. Royaume-Uni* du 9 mars 2004⁵⁴, les requérants dénonçaient l'inadéquation du dispositif législatif et de la pratique interne avec les exigences de l'article 8 en cas d'objection parentale aux traitements médicaux administrés dans l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, leur enfant souffrait de graves problèmes respiratoires qui avaient nécessité son hospitalisation. A la suite d'une opération, son état se détériora et les médecins suggérèrent de lui administrer de la diamorphine afin d'atténuer ses souffrances. La mère avait déjà fait savoir auparavant qu'elle était opposée à l'administration de la morphine. Cette fois, elle se déclara préoccupée par l'administration de ce médicament, craignant que cela compromette les chances de rétablissement de son enfant. Suite à de nouvelles complications, les médecins proposèrent d'arrêter le traitement à condition que la famille accepte de ne pas réanimer l'enfant, sachant qu'un ordre de non

⁵² Cour eur.D.H., arrêt *Y.F. c. Turquie* du 22 juillet 2003, § 31.

⁵³ *Ibid.*, § 43.

⁵⁴ Cour eur.D.H., arrêt *Glass c. Royaume-Uni* du 9 mars 2004.

réanimation avait déjà été inséré dans le dossier médical. La mère refusa et réanima elle-même l'enfant pendant que les médecins subissaient les assauts des membres de sa famille. L'état de santé de l'enfant s'améliora et il rentra pour finir chez lui. La requérante demanda en vain un contrôle juridictionnel et l'autorisation de saisir la cour d'appel, ce qui lui fut refusé. Le parquet ne retient aucune charge contre les médecins faute de preuves suffisantes, étant donné que le conseil médical général avait approuvé le traitement incriminé ainsi que le comportement des médecins. La Cour estime que les médecins auraient dû saisir la *High Court* dès les premières objections de la mère afin de prévenir les conflits ultérieurs. La décision de passer outre l'opposition de sa mère, sans l'autorisation d'un tribunal, n'a pas permis d'assurer une protection effective du droit de l'intéressé au respect de sa vie privée, en particulier de son droit à l'intégrité physique au titre de l'article 8. De même, le pouvoir discrétionnaire laissé aux médecins quant à l'opportunité de saisir les tribunaux en cas de conflit avec les parents ne permettait pas une protection effective des droits des patients vulnérables.

Enfin, le **droit à l'identité** est clairement reconnu et il s'étend aujourd'hui au droit de connaître sa filiation, comme élément du droit à l'épanouissement et au développement personnel. Dans l'arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, la Cour a été confrontée pour la première fois à la compatibilité d'une procédure en recherche de paternité qui impose des tests ADN avec le droit au respect de la vie privée. Statuant à l'unanimité, la Cour relève d'abord que le droit croate ne prévoit ni la possibilité de contraindre une partie à se soumettre à des tests ADN, ni de dispositions régissant les conséquences d'un tel refus de les accepter, même si le juge est libre d'en tirer les conséquences qu'il veut. Cela étant, la Cour considère que toute personne a un intérêt vital protégé par l'article 8 de la Convention à obtenir les informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle. Un système tel que celui qui est en vigueur en Croatie, qui ne prévoit aucun moyen d'obliger le père à se conformer à une ordonnance judiciaire lui intimant de se soumettre à des tests ADN, est compatible avec le respect dû à la vie privée pour autant que le système prévoie d'autres moyens permettant à une autorité indépendante de trancher, à bref délai, la question de la paternité litigieuse⁵⁵. La Cour rappelle que l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel. A cet épanouissement contribuent l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle⁵⁶.

⁵⁵ Cour eur.D.H., arrêt *Mikulic c. Croatie* du 7 février 2002, §§ 54 et s.

⁵⁶ *Ibid.*, §§ 54 et 64.

Cette jurisprudence sera confirmée dans l'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003 qui concerne la question de l'accouchement sous X⁵⁷. « La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention qui trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce »⁵⁸. Touchant à l'identité fondamentale de la personne, *la question de l'accès à ses origines constitue un élément essentiel de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention* qui trouve donc, comme la Cour le reconnaît, à s'appliquer en l'espèce. Même en cas d'adoption, la possibilité d'avoir accès à ses origines et de pouvoir ainsi retracer les éléments de son histoire personnelle relèvent de la liberté, et donc de la dignité humaine qui est au coeur des droits garantis par la Convention.

L'autre aspect du droit à la vie privée est le droit à la **vie privée sociale**. La Cour estime qu'il existe une zone d'interaction entre une personne et ses semblables qui peut être rattachée à la vie privée, même dans un contexte public. C'est dans l'arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992 que la Cour européenne a fait franchir un saut qualitatif à la notion de vie privée au sens de l'article 8 de la Convention, en estimant que « le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »⁵⁹. Le droit au respect de la vie privée ce n'est donc pas seulement le droit de rester chez soi; c'est également le droit de sortir de chez soi pour aller vers les autres. Au droit à la vie privée personnelle vient donc désormais s'ajouter le droit à la vie privée sociale.

Sous cet aspect, les *prolongements* actuellement les plus identifiables sont le droit *de conserver le mode de vie en tant que groupe minoritaire* ou la protection contre les atteintes à *l'environnement*.

De manière explicite, la Cour a affirmé que le droit au respect de la vie privée pouvait constituer le siège des *droits culturels d'une minorité*⁶⁰. Dans cette affaire, les requérants, membres de la minorité sorabe se plaignaient que la destruction de leur village décidée par les autorités afin d'exploiter une mine de lignite mettait en péril leur droit de pratiquer leur langue et leur culture. Dans l'arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, la question se posait de la compatibilité avec l'article 8 du refus opposé à la requérante

⁵⁷ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, § 29.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cour eur.D.H., arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, § 29.

⁶⁰ Cour eur.D.H., décision *Noack et autres c. Allemagne* du 25 mai 2000.

tsigane d'installer ses caravanes sur un terrain dont elle était propriétaire. Il est intéressant d'observer que c'est une femme qui a introduit la requête et qu'elle faisait valoir son grief au regard notamment de sa volonté de donner à ses enfants une éducation suivie, tout en poursuivant son mode de vie propre. Tout en estimant qu'il n'y avait pas en l'espèce violation de l'article 8 de la Convention, la Cour a estimé que cette disposition pouvait imposer aux États une obligation positive de permettre aux membres d'une minorité de poursuivre leur mode de vie⁶¹.

Dans l'arrêt *Taskin et autres c. Turquie* du 10 novembre 2004, la Cour rappelle « que l'article 8 s'applique aux atteintes graves à l'environnement pouvant affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale ... Il en va de même lorsque les effets dangereux d'une activité auxquels les individus concernés risquent d'être exposés ont été déterminés dans le cadre d'une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement, de manière à établir un lien suffisamment étroit avec la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention. S'il n'en allait pas ainsi, l'obligation positive de l'État — adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits des individus en vertu du paragraphe 1 de l'article 8 — serait réduite à néant »⁶². Il est en outre intéressant d'observer dans cet arrêt le développement de l'application de l'article 8 de la Convention à la fois sous son aspect matériel et sous son aspect procédural.

Enfin, le *droit au nom* s'inscrit également dans ce développement du droit à la vie privée sociale mais nous examinerons plus loin, au regard de l'article 14 de la Convention, l'arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004.

La vie familiale

Dans l'arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, la Cour se prononce pour la première fois sur la question de **l'adoption**. L'apport de l'arrêt est de faire entrer dans le champ de la vie familiale les relations entre un enfant adopté et un parent adoptif. Ces relations, précise la Cour, « sont de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8 de la Convention »⁶³ alors même que « le droit

⁶¹ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Chapman c. Royaume-Uni* du 18 janvier 2001, § 96.

⁶² Cour eur.D.H., arrêt *Taskin et autres c. Turquie* du 10 novembre 2004, § 113. Voy. aussi Cour eur.D.H., arrêt *Moreno Gomez c. Espagne* du 16 novembre 2004 (pollution sonore).

⁶³ Cour eur.D.H., arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, § 140.

d'adopter ne figure pas en tant que tel parmi les droits garantis par la Convention »⁶⁴.

La vie familiale est souvent évoquée dans le **contentieux des étrangers**. Nous avons un cas qui concerne un mineur. Dans l'affaire *Radovanovic c. Autriche* du 22 avril 2004, le requérant avait été frappé par une interdiction de séjour illimitée à la suite d'une condamnation pénale. La Cour relève que le requérant était mineur à l'époque des faits, qu'il n'avait pas de casier judiciaire et que la majeure partie de la peine était assortie d'un sursis. Elle constate également que, depuis la mort de ses grands-parents en Serbie-Monténégro, l'ensemble de ses attaches familiales se trouve en Autriche. Au vu de ces éléments, la Cour estime qu'un juste équilibre aurait été ménagé par une mesure de moindre importance, comme par exemple une interdiction de séjour limitée. A défaut d'une telle mesure, la Cour conclut à une violation de l'article⁶⁵.

Enfin, dans le domaine des **droits parentaux**, des ingérences peuvent être justifiées mais dans le but ultime de restaurer la vie familiale. Dans l'arrêt *Schaal c. Luxembourg* du 18 février 2003 relatif à la suspension du droit de visite d'un des parents le temps de la procédure pénale suivie contre lui en raison d'allégations de viol sur l'enfant, la Cour a admis qu'en attendant l'issue du procès pénal, l'intérêt de l'enfant légitimait la suspension du droit de visite et justifiait l'ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie familiale. Toutefois, l'intérêt de l'enfant justifiait aussi de permettre au lien familial de se développer à nouveau dès que les mesures n'apparaissaient plus nécessaires. Or, en raison des carences de la procédure, la Cour considère que les autorités n'ont pas pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles afin de restaurer la vie familiale du requérant avec son jeune enfant. Dès lors elle conclut à la violation de l'article⁶⁶.

Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9).

Ce droit implique aussi bien le droit d'adhérer que de ne pas adhérer à une religion⁶⁷ et il soulève aujourd'hui des questions sensibles comme celle du foulard qui a fait l'objet de l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 29 juin 2004, arrêt qui a été renvoyé devant la Grande Chambre où la requête est actuellement pendante.

⁶⁴ Cour eur.D.H., arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, § 29.

⁶⁵ Cour eur.D.H., arrêt *Radovanovic c. Autriche* du 22 avril 2004, § 35 et s.

⁶⁶ Cour eur.D.H., arrêt *Schaal c. Luxembourg* du 18 février 2003, §§ 47-49.

⁶⁷ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Buscarini et autres c. Saint-Marin* du 18 février 1999.

Dans l'arrêt de la chambre, la Cour se prononce en faveur de la compatibilité avec l'article 9 de la Convention de l'interdiction faite aux étudiantes de l'Université d'Istanbul, par une circulaire du recteur, de porter le foulard islamique. En l'espèce, la requérante s'était vue refuser l'inscription à des cours et l'accès à des examens au motif qu'elle portait le foulard. Considérant que le port du foulard est un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction, la Cour analyse la réglementation comme une ingérence dans l'exercice du droit de la requérante de manifester sa religion et s'interroger à titre principal sur la question de la nécessité de cette ingérence. En premier lieu, la Cour insiste sur le rôle fondamentalement subsidiaire de la Convention et l'emploi de la marge d'appréciation dont doivent disposer les États dans la réglementation du port des symboles religieux dans les établissements d'enseignement, en l'absence, notamment, d'une conception uniforme des pays européens en la matière⁶⁸. En second lieu, sur l'attention particulière accordée au principe de laïcité, dont la sauvegarde est jugée nécessaire à la protection du système démocratique en Turquie et qui apparaît comme le garant du pluralisme, du respect des droits d'autrui et de l'égalité entre hommes et femmes. Fondée sur le principe de laïcité et s'inscrivant dans le contexte particulier d'un pays dont la majorité de la population est de religion musulmane et qui est confronté à des mouvements extrémistes religieux, la réglementation litigieuse répond, selon la Cour, à un besoin social impérieux — protéger le pluralisme dans un établissement universitaire — et, compte tenu de la marge d'appréciation laissée à l'État partie, s'avère proportionné au but légitime poursuivi — le maintien de l'ordre public dans les universités et la protection des droits et libertés d'autrui. Toute transposition de la solution retenue à la situation dans d'autres pays européens me semble hasardeuse tant la décision de la Cour est soigneusement circonscrite au contexte turc⁶⁹.

Le droit à la liberté d'expression (art. 10). Ce qui fait la légitimité d'un droit ce n'est pas que la majorité l'ait accepté mais qu'une minorité puisse le contester. Le propre d'un espace démocratique est de permettre à chacun d'exprimer sa différence. « Je déteste vos idées », disait Voltaire, « mais je mourrai pour que vous puissiez les exprimer ». Par ailleurs, le droit à la liberté de parole est-il, comme l'ont dit Brecht et la tradition marxiste, un simple droit bourgeois? Non, répond le Prix Nobel d'économie Amartya Sen. Il pourrait bien être la condition *sine qua non* pour jouir de tous les autres droits, et peut-être même de la possibilité de survivre. Les droits civils, s'ils sont garantis, donnent aux hommes le pouvoir de défendre bien d'autres

⁶⁸ Cour eur.D.H., arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 29 juin 2004, §§ 100-102. Voy. aussi Cour eur.D.H., décision *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001.

⁶⁹ *Ibid.*, § 108.

revendications. « Aucune famine grave ne s'est jamais produite », écrit-il, « dans un pays possédant un gouvernement démocratique et respectant la liberté de la presse. Enfin, si la liberté d'expression est un droit fondateur « qui débouche sur le droit à la communication dans un espace public issu d'un long combat en faveur de la tolérance »⁷⁰, elle est également assortie de limites et celles-ci posent des questions situées aux limites de l'ordre social.

La liberté d'expression comme **fondement d'une société démocratique** est rappelée par exemple dans l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998 lorsque la Cour énonce que l'une des caractéristiques principales de la démocratie est d'offrir des programmes politiques différents et des discussions sur ceux-ci⁷¹. Elle l'est encore dans l'arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000 où la Cour rappelle « l'importance cruciale de la liberté d'expression qui constitue l'une des conditions préalables au bon fonctionnement de la démocratie »⁷². La liberté d'expression est donc la condition *sine qua non* d'une véritable démocratie pluraliste. Comme le dit si bien P. Ricoeur, « est démocratique une société qui se reconnaît divisée ». Cette affirmation de la fonction sociale de la liberté d'expression constitue la philosophie de base de toute la jurisprudence de la Cour relative à l'article 10. Il en résulte deux choses: d'une part, la liberté d'expression n'est pas seulement une garantie contre les ingérences de l'état (droit subjectif) mais elle est aussi un principe fondamental objectif pour la vie en démocratie; d'autre part, la liberté d'expression n'est pas une fin en soi mais un moyen pour l'établissement d'une société démocratique. C'est cette fonction sociale de la liberté d'expression qui a conduit la Cour à interpréter le champ d'application de l'article 10 de manière large: l'État n'est pas seulement soumis à une obligation d'abstention — ne pas entraver la liberté d'expression — mais il est aussi soumis à une obligation d'action — assurer la libre-circulation des informations. Inversement, les limitations, restrictions, sont quant à elles interprétées de manière étroite.

La liberté d'expression a une **double composante**. Elle concerne, tout d'abord, la liberté d'*opinion* qui est non seulement le dénominateur commun des différents aspects de la liberté d'expression mais surtout la raison d'être et la justification de cette liberté. Dans l'arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* du 13 février 2003, la Cour rappelle aussi que la protection des opinions et la liberté de les exprimer, au sens de l'article 10

⁷⁰ M. CANTO-SPERBER (éd.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 1996, p. 446.

⁷¹ Cour eur.D.H., arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, § 57.

⁷² Cour eur.D.H., arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, § 43.

de la Convention, est un des objectifs également de la liberté d'association et de réunion garanti par l'article 11. Ceci s'applique tout particulièrement aux relations avec les partis politiques à la lumière de leur rôle essentiel pour assurer le pluralisme et le fonctionnement de la démocratie⁷³. L'autre composante est la liberté d'*information* qui s'applique à toute information, quelle que soit sa nature (politique, culturelle, économique, artistique, philosophique, religieuse, etc.), quel que soit son contenu (non seulement les faits mais également les idées), quelle que soit la forme (non seulement les informations considérées comme inoffensives ou indifférentes mais également celles qui heurtent, choquent ou inquiètent).

C'est ici que se situe le rôle particulier de la presse, « chien de garde » de la démocratie. Dans l'arrêt *Roemen et Schmit c. Luxembourg* du 25 février 2003, la Cour rappelle que la **protection des sources journalistiques** est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse. L'absence d'une telle protection pourrait dissuader la presse d'informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de « chien de garde », et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie. Eu égard à l'importance que revêt la protection des sources journalistiques pour la liberté de la presse dans une société démocratique, pareille mesure ne saurait se concilier avec l'article 10 de la Convention que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public. Les limitations apportées à la confidentialité des sources journalistiques appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux. En l'espèce, la Cour estime que les *perquisitions au domicile et dans les locaux professionnels* du requérant s'analysent sans conteste en une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de l'article 10. A cet égard la Cour est d'avis que « l'absence de résultat des perquisitions n'enlève pas à ces dernières leur objet, à savoir trouver l'auteur d'une violation du secret professionnel et donc la source du journaliste »⁷⁴. En outre, la Cour juge que des perquisitions qui avaient pour objet de découvrir la source du journaliste « constituent ... un acte plus grave qu'une sommation de divulgation de l'identité de la source. En effet, les enquêteurs qui, munis d'un mandat de perquisition, surprennent un journaliste à son lieu de travail, ont des pouvoirs d'investigation très larges du fait qu'ils ont par définition accès à toute la documentation détenue par le journaliste. ... [Elle estime dès lors] que les perquisitions effectuées auprès du requérant étaient plus attentatoires à la protection des sources que celles opérées dans l'affaire *Goodwin* »⁷⁵.

⁷³ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Refah partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* du 13 février 2003, § 88.

⁷⁴ Cour eur.D.H., arrêt *Roemen et Schmit c. Luxembourg* du 25 février 2003, § 47.

⁷⁵ *Ibid.*, § 57.

Les **obligations des États** sont tout d'abord **négatives**: « sans ingérence des autorités publiques ». La notion d'ingérence doit être entendue au sens large comme l'acte qui, d'une manière directe ou indirecte, réprime, dissuade, gêne ou empêche l'expression actuelle ou à venir d'une opinion et/ou d'une information. Ainsi, par exemple, les perquisitions effectuées dans un journal et les saisies de la documentation de celui-ci⁷⁶ ou la censure de manuels scolaires⁷⁷. Elles comprennent également des obligations **positives**, à savoir des mesures nécessaires de protection du droit à la liberté d'expression jusque et y compris dans les relations des individus entre eux. Tel est ainsi le cas lorsque des violences répétées sont perpétrées à l'encontre d'un journal comme dans l'arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000⁷⁸.

Enfin, il y a des **limites** à la liberté d'expression. Même dans les sociétés démocratiques, et je dirais peut-être surtout dans les sociétés démocratiques, la liberté d'expression et l'exercice de cette liberté sont susceptibles d'être affectés par certaines limitations. Tout d'abord, l'article 10 § 2 de la Convention rappelle que l'exercice de ces libertés comporte « des devoirs et des responsabilités ». Il ne s'agit pas simplement d'établir une sorte de parallélisme entre droits et devoirs ou de soutenir que la liberté d'expression « se mérite ». Il s'agit plus fondamentalement d'assumer les conséquences de son action. Ainsi, la liberté de presse est subordonnée à la condition que les journalistes agissent de bonne foi, de manière à fournir des informations fiables, précises et loyales, dans le respect de la déontologie journalistique. Quant aux ingérences autorisées dans la liberté d'expression, elles doivent se concilier avec les exigences de la société démocratique, ce qui constitue une règle d'éthique politique. L'ingérence doit être prévue par la loi, elle doit poursuivre un but légitime qui peut être l'intérêt général, les droits individuels (comme la protection de la réputation, la présomption d'innocence ou le respect dû à la vie privée) ou encore l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. L'ingérence doit enfin être nécessaire dans une société démocratique marquée par « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture », c'est-à-dire répondre à un besoin social impérieux et être proportionnée au but poursuivi. Ainsi, ne sera pas nécessaire parce que inappropriée une mesure limitative de la liberté d'expression lorsque des mesures alternatives sont susceptibles de produire le résultat souhaité à un moindre coût pour la liberté en cause⁷⁹. Dans cette balance des intérêts, plusieurs facteurs entreront en compte: la nature des

⁷⁶ Cour eur.D.H., arrêt *Ernst et autres c. Belgique* du 15 juillet 2003.

⁷⁷ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, § 252.

⁷⁸ Cour eur.D.H., arrêt *Özgür Gündem c. Turquie* du 16 mars 2000, §§ 44-46. Voy. aussi Cour eur.D.H., arrêt *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000.

⁷⁹ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Sürek (n° 2) c. Turquie* du 8 juillet 1999, § 34 ; Cour eur.D.H., arrêt *Sener c. Turquie* du 18 juillet 2000, § 40.

droits et des intérêts atteints, l'auteur des propos litigieux⁸⁰, la victime des propos litigieux (personne publique et politicien, fonctionnaire, gouvernement)⁸¹, la forme et le contenu de ceux-ci (l'intérêt public, le discours politique⁸², l'incitation à la violence⁸³).

Le droit à la liberté de réunion et d'association (art. 11) est certes garanti mais il comporte aussi des limites précisément lorsqu'il s'agit des valeurs démocratiques. Tel est le sens de l'arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) c. Turquie* du 13 février 2003 où la Cour a estimé compatible avec la Convention la dissolution d'un parti politique islamiste prônant la Charia. Tout en rappelant qu'il n'y a pas de démocratie sans pluralisme, la Cour évoque à nouveau les liens entre la démocratie et la Convention. Si la démocratie représente un élément fondamental de l'ordre public européen, des limites doivent être fixées aux activités susceptibles de bénéficier de la protection des dispositions de la Convention. En l'espèce, la Cour estime que la sanction infligée aux requérants peut être considérée comme répondant à « un besoin social impérieux » dans la mesure où les responsables du Parti de la prospérité, sous le prétexte de donner un contenu différent au principe de laïcité, poursuivaient l'intention d'instaurer la Loi islamique et avaient laissé planer un doute sur leur position quant au recours à la force pour accéder au pouvoir. La Cour considère que « même si la marge d'appréciation des États doit être étroite en matière de dissolution des partis politiques, le pluralisme des idées et des partis étant lui-même inhérent à la démocratie, l'État concerné peut raisonnablement empêcher la réalisation d'un tel projet politique incompatible avec les normes de la Convention, avant qu'il ne soit mis en pratique par des actes concrets risquant de compromettre la paix civile et le régime démocratique dans le pays »⁸⁴. Plus loin, la Cour précise qu'un État contractant à la Convention, « en se fondant sur ses obligations positives, peut imposer aux partis politiques, formations destinées à accéder au pouvoir et à diriger une part importante de l'appareil étatique, le devoir de respecter et de sauvegarder les droits et libertés garantis par la Convention ainsi que l'obligation de ne pas proposer un programme politique en contradiction avec les principes fondamentaux de la démocratie »⁸⁵.

⁸⁰ Cour eur.D.H., arrêt *Jerusalem c. Autriche* du 27 février 2001 ; Cour eur.D.H., arrêt *Ibrahim Aksoy c. Turquie* du 10 octobre 2000, § 59.

⁸¹ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Öztürk c. Turquie* du 28 septembre 1999, § 64 ; Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Arslan c. Turquie* et douze autres arrêts contre la Turquie du 8 juillet 1999.

⁸² Cour eur.D.H., arrêt *Seher Karatas c. Turquie* du 9 juillet 2002 ; Cour eur.D.H., arrêt *Abdullah Aydın c. Turquie* du 9 mars 2004.

⁸³ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Gerger c. Turquie* du 8 juillet 1999, § 50 ; Cour eur.D.H., arrêt *Kurkcu c. Turquie* du 27 juillet 2004.

⁸⁴ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Refah partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* du 13 février 2003, § 80.

⁸⁵ *Ibid.*, § 103.

Le droit au mariage (art 12). Il a été reconnu par la Cour dans les arrêts *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* et *I c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002⁸⁶ aux transsexuels, bel exemple d'interprétation évolutive et dynamique de la Convention.

Enfin, l'octroi d'**un recours effectif**, dans le pays, en cas de violation des droits et libertés ainsi garantis (art. 13), **l'interdiction de toute discrimination** dans la jouissance de ceux-ci (art. 14), et l'interdiction de **l'abus de droit** (art. 17) sont les compléments naturels de la reconnaissance des droits garantis.

Sur l'interdiction de la discrimination, au regard de l'**article 14**, les organes de la Convention ont eu à examiner la question de la **filiation** et de la *discrimination entre les enfants légitimes et les enfants naturels*, notamment sous l'angle de la jouissance de leur droit de propriété⁸⁷. La question de l'application du principe de non-discrimination s'est également posée dans le cadre de **l'attribution des droits parentaux**⁸⁸.

Enfin, la question du **nom** a fait l'objet de l'important arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004. La requérante alléguait que le refus des juridictions nationales de lui accorder l'autorisation de porter uniquement son nom de jeune fille a porté atteinte de manière injustifiable à son droit à la protection de la vie privée. Elle y percevait une discrimination en ce que seul l'homme marié peut porter son nom patronymique après le mariage. Elle invoquait donc l'article 8 pris isolément et combiné avec l'article 14. Le texte de l'arrêt est intéressant dans la mesure où dans la partie consacrée au droit international il rappelle l'ensemble des travaux du Conseil de l'Europe et des Nations Unies sur l'égalité entre hommes et femmes. Et c'est dans ce contexte que la Cour va articuler sa décision, ce qui est un bel exemple de complémentarité entre les instruments universels et régionaux de protection des droits de l'homme. La Cour va conclure à la violation des dispositions invoquées mais tout en précisant qu'elle ne sous-estime pas les importantes répercussions qu'un changement du système, à savoir le passage d'un système traditionnel du nom de famille basé sur le patronyme de l'époux à d'autres systèmes, permettant soit à chacun des époux de garder son nom, soit au couple de choisir librement un nom de famille commun, aura

⁸⁶ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 ; Cour eur.D.H. (GC), arrêt *I c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.

⁸⁷ Cour eur.D.H., arrêt *Mazurek c. France* du 1^{er} février 2000 ; Cour eur.D.H., arrêt *Merger et Cros c. France* du 22 décembre 2004.

⁸⁸ Cour eur.D.H., arrêt *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999 ; Cour eur.D.H., arrêt *Palau-Martinez c. France* du 16 décembre 2003.

inévitables dans la tenue des registres d'état civil. Cependant, elle considère qu'on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect conformément au nom qu'elles ont choisi⁸⁹.

Sur le *plan normatif*, il est important de signaler et de saluer le Protocole n° 12 signé à Rome le 4 novembre 2000, pour le 50^{ème} anniversaire de la Convention, et dont l'article 1 porte sur une interdiction générale de la discrimination dans tout droit prévu par la loi et dans tout acte d'une autorité publique. Ce protocole que l'on peut certainement qualifier de révolutionnaire est entré en vigueur au mois d'avril 2005 pour les pays qui l'ont ratifié.

Dans le domaine de l'**abus de droit (art. 17)**, il est important de souligner la décision *Garaudy c. France* du 24 juin 2003 où le requérant, un philosophe français bien connu, invoquait la liberté d'expression à l'encontre de la saisie d'un de ses ouvrages. La Cour « considère que la plus grande partie du contenu et la tonalité générale de l'ouvrage du requérant, et donc son but, ont un caractère négationniste marqué et vont donc à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, telles que les exprime son préambule, à savoir la justice et la paix. Elle considère que le requérant tente de détourner l'article 10 de la Convention de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention. De telles fins, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention. En conséquence, la Cour estime qu'en vertu des dispositions de l'article 17, le requérant ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 10 en ce qui concerne les éléments relevant de la contestation de crimes contre l'humanité »⁹⁰.

La décision *Norwood c. Royaume-Uni* du 16 novembre 2004 se fonde également sur cet article 17 de la Convention dans la situation suivante: le requérant était un dirigeant d'une organisation néo-nazie et il avait affiché à la fenêtre de sa maison un grand panneau avec les mots « Islam out of Britain — protect the British people ». Ce poster a été enlevé par la police suite à une plainte du public et le requérant a été condamné pour l'infraction d'hostilité à l'encontre d'un groupe racial et religieux. Il invoque les articles 10 et 14 de la Convention. La Cour estime que sa requête est irrecevable *ratione materiae* dans la mesure où l'acte incriminé tombe sous l'empire de l'article 17 de la Convention et dès lors en-dehors de l'article 10. Cette

⁸⁹ Cour eur.D.H., arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004, § 67.

⁹⁰ Cour eur.D.H., décision *Garaudy c. France* du 24 juin 2003, p. 29.

décision est l'une des premières qui concerne le racisme à l'encontre des Musulmans⁹¹.

C. Des droits civils et politiques

Les droits de la Convention européenne des droits de l'homme sont des droits **civils et politiques** (dits de la 1^{ère} génération). Ce socle de droits-libertés exprime, comme le dit Ricoeur, « la primauté éthique du vivre-ensemble sur les contraintes liées au système juridique et à l'organisation politique »⁹². Mais, les droits et libertés ne s'exercent toutefois pas dans un vide car ils s'attachent à une personne en situation, au sein d'une communauté. Comme le dit Touraine dans *Qu'est ce que la démocratie?*, « la reconnaissance des droits fondamentaux serait vide de contenu si elle ne conduisait pas à donner à tous la sécurité et à étendre constamment les garanties légales et les interventions de l'État qui protègent les plus faibles »⁹³. Certes, il appartient aux États de faire la justice sociale et, dans l'enceinte du Conseil de l'Europe, d'autres Conventions, comme la Charte sociale européenne de 1960, révisée en 1996, s'attachent directement aux droits économiques, sociaux et culturels, ces droits-égalité qualifiés de la 2^{ème} génération.

La Cour a toutefois rappelé à maintes reprises qu'il « importe de donner aux droits reconnus leur pleine portée » et que la Convention « a pour but « de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs ». Nous avons tous en tête le fameux arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, où la Cour affirme qu'il n'y a pas de cloison étanche entre la sphère des droits économiques et sociaux et celle des droits couverts par la Convention et « qu'un obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique »⁹⁴ — en l'espèce, l'impossibilité pour une femme d'introduire une procédure en divorce en raison de la précarité de sa situation financière.

De même, dans l'arrêt *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, la Cour reconnaît que le **droit au logement** est le but légitime d'une restriction du droit de propriété garanti par l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention⁹⁵. Sur cette question du droit au logement, les germes d'une

⁹¹ Cour eur.D.H., décision *Norwood c. Royaume-Uni* du 16 novembre 2004, p. 4.

⁹² P. RICOEUR, *Soi comme un autre*, Paris, Le Seuil, 1990, p. 227.

⁹³ A. TOURAINE, *Qu'est-ce que la démocratie ?*, Paris, Fayard, 1994, p. 52.

⁹⁴ Cour eur.D.H., arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, § 25.

⁹⁵ Cour eur.D.H., arrêt *James et autres c. Royaume-Uni* du 21 février 1986.

évolution peuvent être vus dans l'arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004 rendu par la Grande Chambre. Les habitations des requérants qui étaient en fait des taudis installés sur une décharge publique, sans aucune autorisation, avaient été détruites par une explosion survenue en raison de la négligence des autorités. Les requérants vivaient dans ces taudis sans jamais avoir été inquiétés par les autorités et ils y avaient créé un environnement social et familial jusqu'à l'accident. Dans cet arrêt, la Cour a estimé qu'il y avait violation de l'article 1 du Protocole n° 1. Elle accepte qu'une maison qui a été construite sans permission et qui est occupée sans titre constitue un intérêt patrimonial substantiel puisqu'en l'espèce l'explosion d'une décharge publique a été considérée par la Cour comme entraînant une perte de propriété⁹⁶.

La question de la langue dans laquelle l'**enseignement** doit être dispensé afin que le droit à l'instruction soit respecté a été évoquée dans l'affaire interétatique *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001 dont l'un des aspects concernait la situation dans laquelle se trouvaient des enfants de la communauté grecque vivant dans le Nord de Chypre qui, tout en pouvant suivre un enseignement primaire en langue grecque, ne disposaient pas d'établissements leur permettant de suivre un enseignement secondaire dans cette même langue. Même si la Cour a relevé qu'au sens strict du terme il n'y avait pas eu refus du droit à l'instruction, principale obligation découlant de l'article 2 du Protocole n° 1, elle a noté que la situation faite aux intéressés est la cause d'une violation de la Convention dans la mesure où « pour la Cour, ... la possibilité offerte aux parents chypriotes grecs d'inscrire leurs enfants dans les établissements secondaires du Nord dans les conditions proposées n'est pas très réaliste, étant donné que ces enfants y ont déjà effectué leur scolarité primaire dans une école chypriote grecque. Les autorités ne peuvent ignorer que les parents chypriotes grecs souhaitent que leurs enfants poursuivent leur enseignement en langue grecque. Le fait que les autorités de la République turque de Chypre du Nord, après avoir organisé un enseignement primaire en langue grecque, n'aient pas fait de même pour le secondaire ne peut que passer pour un déni de la substance du droit en cause. On ne saurait affirmer que l'existence d'établissements secondaires dans le Sud offrant un enseignement conforme à la tradition linguistique des Chypriotes grecs enclavés suffise à satisfaire à l'obligation qu'impose l'article 2 du Protocole n° 1, vu l'impact de cette option sur la vie familiale »⁹⁷.

Sur le plan des **textes**, enfin, un droit social reconnu directement par la

⁹⁶ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Öneryildiz c. Turquie* du 30 novembre 2004, § 129.

⁹⁷ Cour eur.D.H. (GC); arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, § 278.

Convention est le droit de l'enfant à l'instruction défini à l'article 2 du Protocole n° 1: « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction », tout en reconnaissant le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.

En dernière instance, le thème de **l'interdépendance et de l'indivisibilité des droits humains fondamentaux** est plus que jamais à l'ordre du jour. D'un côté, il suggère un approfondissement, un élargissement des droits dans le temps: à l'horizon, nous voyons déjà apparaître les droits de la 3^{ème} génération, ces droits-solidarité qui concerneraient le droit à la paix, le droit au développement, le droit à l'environnement, le droit au respect du patrimoine commun de l'humanité. Certes, leur appréhension par la technique des droits de l'homme reste encore à inventer mais leur prise de conscience dépasse largement aujourd'hui le stade de l'imaginaire. D'un autre côté, il suggère un élargissement dans l'espace: les droits de l'homme sont aussi l'horizon de l'Union européenne ainsi qu'en témoigne, notamment, la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui a été proclamée solennellement le 7 décembre 2000, que j'évoquerai en conclusion. Ceci m'amène tout naturellement à la seconde partie de mon intervention.

II. La garantie des droits ou de l'effectivité et les différentes voies qu'elle emprunte

Depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948 jusqu'à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en 2000, jamais les droits fondamentaux n'ont connu, dans les textes, un tel développement, que ce soit sur la scène universelle à travers les instruments conventionnels et non conventionnels des Nations Unies ou sur les scènes régionales avec la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 et la Cour africaine qui a vu le jour en janvier 2004, ou encore la Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994.

Aujourd'hui, peut-être la vraie question ici est-elle celle-ci: comment, pour reprendre l'expression de Dworkin, prendre les droits, et en particulier, les droits de l'homme « au sérieux »?⁹⁸. « En matière de droit de l'homme », disait le juge Pettiti, « il y a un seul critère d'application sérieux, c'est celui de l'effectivité des mesures de protection. Tout le reste est littérature

⁹⁸ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard university press, 1977 (trad. fr. *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995).

diplomatique, académisme comparatiste, proclamation, d'autosatisfaction, cultes des apparences de l'État de droit ». Les droits de l'homme ne sont pas une idéologie ni un système de pensée. Pour être porteur de sens dans la vie des individus et des collectivités, ils doivent s'inscrire dans des pratiques. Les droits de l'homme sont non seulement un *logos* mais encore une *praxis*.

En matière de droits de l'homme, l'effectivité est une question complexe dans la mesure où elle est liée, positivement, à la manière dont les droits de l'homme sont reconnus et mis en œuvre et, négativement, à la manière dont s'organisent des formes de résistances. L'effectivité est, en effet, inséparable de son contraire, l'ineffectivité⁹⁹.

Dans le paysage *institutionnel* actuel en matière de protection des droits de l'homme, les voies de l'effectivité sont *multiples* et celles-ci peuvent se croiser. Je n'évoquerai pas, en amont, la voie politique (et elle est essentielle) et je me limiterai à la voie juridique. Au sein de celle-ci, je distinguerai la dimension nationale et la dimension internationale, la première car elle est une priorité absolue, la seconde car c'est ici que se situe le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme.

A. La dimension nationale

A cet égard, il est juste d'observer que « nonobstant le rôle vital des mécanismes internationaux, la protection effective des droits de l'homme commence et prend fin au plan national »¹⁰⁰. Toute la question alors est ici celle de l'incorporation, de l'intégration de la Convention dans l'ordre juridique interne des États et la manière dont ceux-ci l'appliquent. Vous savez mieux que moi que la Convention européenne des droits de l'homme a été ratifiée en Turquie le 10 mars 1954 et qu'elle est entrée en vigueur le 18 mai de la même année lors de la transmission des documents de la ratification au Conseil de l'Europe. Toutefois, une telle ouverture n'a pas eu d'effet immédiat ou positif sur le droit interne. Le gouvernement a fait une déclaration d'acceptation du droit de recours individuel en 1987, ce qui a

⁹⁹ J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Année sociologique*, 1958, pp. 3 et s.

¹⁰⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, *L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après la Déclaration universelle*, Actes du Colloque européen régional organisé par le Conseil de l'Europe en tant que contribution à la commémoration du cinquantième anniversaire de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et à l'évaluation en 1998 de l'application de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne, Strasbourg, 2-4 septembre 1998.

ouvert la voie au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'est exercé de manière importante dans le courant des années 1990. La nature du contentieux concernait essentiellement à ce moment l'équilibre des intérêts publics (sécurité nationale, intégrité territoriale) par rapport aux intérêts des individus et des groupes. Il visait surtout les articles 2 et 3 de la Convention. Actuellement, une évolution s'observe et c'est davantage l'article 10 ou encore l'article 1 du Protocole n° 1 qui font l'objet des requêtes.

D'une manière générale, l'histoire de l'intégration de la Convention dans les différents pays est souvent extrêmement intéressante. Je pointerai ici deux expériences significatives et récentes en Belgique et au Royaume-Uni.

En Belgique. Il s'agit d'un arrêt du 9 novembre 2004 de la Cour de cassation qui affirme, pour la première fois me semble-t-il que « *la Convention européenne des droits de l'homme prime sur la Constitution*; que les limitations à la liberté d'expression, d'association et de réunion prévues par la Constitution ne peuvent aller au-delà de celles qui sont fixées par la Convention européenne des droits de l'homme; que, en premier lieu, le juge doit appliquer la Convention européenne des droits de l'homme ».

Au Royaume-Uni, nous savons que par l'adoption de la loi de 1998 sur les droits de l'homme (*Human Rights Act 1998*) la Convention a été incorporée en droit interne et que les principales dispositions de celle-ci sont entrées en vigueur dans le courant de l'année 2000. Outre que l'introduction d'une loi est déjà une petite révolution dans ce pays, en application de cette loi, le juge britannique devra désormais interpréter les lois de manière compatible avec les dispositions de la Convention, ce qui constitue un bouleversement juridique considérable. Si au départ, dans ce pays, la Convention suscitait une réaction de méfiance et de rejet par les juges anglais caractérisés par la méconnaissance des normes européennes considérées comme des nuisances étrangères au bon fonctionnement du droit interne, progressivement, un dialogue s'est mis en place entre les deux juridictions qui a ouvert la voie vers la reconnaissance de la norme internationale. A l'arrivée, la mise en place d'une complémentarité non seulement formelle mais constructive conduisant à une interaction soutenue entre les deux ordres juridiques. L'exemple le plus spectaculaire de cela est la décision du 16 décembre 2004 de la Chambre des Lords dans l'appel qui avait été introduit devant eux par des « *foreign nationals* » qui, sans avoir été accusés d'aucune infraction pénale, faisaient l'objet d'une détention sans contrôle judiciaire et à durée indéterminée en raison de leur dangerosité, dans le cadre du *Terrorism Act 2000*. Le texte de l'opinion des différents Lords est un exemple d'appropriation et d'application des droits de la Convention européenne des

droits de l'homme et je suis sûre qu'à son tour la Cour elle-même va pouvoir se fonder sur cette décision « nationale » dans ses arrêts.

Ceci nous renvoie au thème de la **coopération** entre la Cour européenne des droits de l'homme et les autorités nationales selon le principe de **subsidiarité**, un principe qui irradie ou qui rayonne à travers toute la Convention européenne des droits de l'homme, comme nous le verrons plus loin (art. 35 et art. 46). Ce principe de subsidiarité est pour la Cour essentiel car nous devons respecter la démocratie et la légitimité des institutions nationales. Cela oblige la Cour aussi à une forme de retenue judiciaire.

Au niveau des États, des engagements ou des obligations s'imposent également. **Sur le plan normatif**, en ce qui concerne les textes, il serait évidemment essentiel que préventivement, les parlements nationaux fassent la toilette de leurs textes, par exemple à l'occasion de travaux de codification et abrogent les lois incompatibles avec la Convention. Cela se fait trop peu souvent, comme si les États préféraient réformer à chaud plutôt qu'à froid. La *Recommandation Rec(2004)5* du 12 mai 2004 du Comité des ministres aux États membres porte précisément sur ce point: la vérification de la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les normes fixées par la Convention européenne des droits de l'homme. Plus précisément, le Comité des ministres « recommande aux États membres, en tenant compte des exemples de bonnes pratiques figurant en annexe: I. de veiller à ce qu'il existe des mécanismes adéquats et effectifs pour vérifier systématiquement la compatibilité des projets de loi avec la Convention à la lumière de la jurisprudence de la Cour; II. de veiller à ce qu'il existe de tels mécanismes pour vérifier, lorsque cela s'avère nécessaire, la compatibilité des lois en vigueur et des pratiques administratives, telles qu'elles se manifestent notamment dans les règlements, décrets et circulaires; III. de veiller à une adaptation dans les meilleurs délais de leurs lois et de leurs pratiques administratives, afin d'éviter des violations de la Convention ».

Sur le plan judiciaire. Depuis 1998, écrit l'un des auteurs qui ont le plus contribué au Protocole n° 11, peut-être davantage encore qu'à partir de 1950, l'essentiel de la tâche concrète de protection des droits de l'homme incombe aux juges nationaux. Mais la réalité de demain, c'est que la fonction juridictionnelle nationale sera toujours plus intimement liée à la fonction juridictionnelle internationale »¹⁰¹. Entre le juge national et le juge international, en matière de droits de l'homme, il y a donc clairement une

¹⁰¹ O. JACOT-GUILLARMOD, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme dans la perspective du juge national », *Revue suisse de droit international et européen*, 1999, p. 45.

responsabilité commune. Les autorités nationales assument la *responsabilité première* du respect des droits de l'homme, par tous les organes de l'État. Si parfois les instruments internationaux de protection des droits de l'homme constituent des modèles d'interprétation et des valeurs de référence pour les tribunaux, souvent le droit interne va plus loin et anticipe très largement sur des évolutions futures¹⁰². La Cour européenne des droits de l'homme, qui exerce le contrôle du tiers, en assume la *responsabilité dernière*. Il est, en effet, acquis aujourd'hui que pour être crédible la protection des droits de l'homme doit accepter de s'exposer à un regard extérieur, un regard international qui fait office de tiers objectif. La Cour européenne des droits de l'homme doit non pas remplacer mais renforcer la protection des droits au niveau national. Cette manière de penser traduit l'indispensable complémentarité entre l'ordre interne et l'ordre international dans la mise en œuvre des droits fondamentaux.

B. La dimension internationale

Comme il y a de multiples textes qui aujourd'hui assurent la garantie des droits, il y a une constellation de mécanismes de protection et de contrôle¹⁰³. Parmi ceux-ci, de multiples distinctions peuvent être opérées. Selon leur *objectif*: prévention, répression, éducation, conciliation. Selon leur *nature*: juridictionnel, non juridictionnel. Selon leur *objet*: les cas individuels, les situations générales. Selon les *formes*: jugement, plainte individuelle ou collective, rapport, visites. A travers ces distinctions, une question plus pointue se pose. Peut-on qualifier de « fondamental » un droit qui n'est pas justiciable? La justiciabilité des droits de l'homme est la condition première de leur effectivité. Ils doivent pouvoir faire l'objet d'un *recours* devant les juges — juge national bien sûr, juge international aussi comme tiers indépendant — et servir de fondement aux décisions rendues par ceux-ci.

Ceci m'amène tout naturellement à la Cour européenne des droits de l'homme dont je vais maintenant vous parler, non sans poser une dernière question, difficile, et que je n'aborderai donc pas mais que je vous livre tout simplement. Nous vivons une période où tout doit être « droit » et tout doit

¹⁰² O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999. Les auteurs analysent, au départ des arrêts de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat et de la Cour d'Arbitrage, le dialogue entre le droit international des droits de l'homme et le droit national, et ils montrent le mouvement que j'évoque.

¹⁰³ P.H. IMBERT, « Pour un système européen de protection des droits de l'homme », *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 449 et s.

être « juge ». Quel est, en définitive, le sens de cet « étrange besoin »? Comme le disent les Anglais, les droits de l'homme « are advanced by law but are not exhausted by law ». Toutes les aspirations humaines, toutes les questions de justice sociale ne peuvent se traduire dans le langage du droit. Mais, en revanche, Rawls et Habermas nous disent aussi que les droits et les droits fondamentaux peuvent aussi être conçus « comme un cadre qui circonscrit un contexte social favorable à la justice »¹⁰⁴. Enfin, Il faut aussi apprendre à vivre, non pas sans, mais *après* le droit. L'exemple de la Commission vérité et réconciliation en Afrique du Sud mériterait d'être approfondi.

La compétence de la Cour (art. 32)

Elle est très clairement déterminée dans la mesure où elle s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention. Ceci veut donc dire que la Cour est amenée à la fois à « dire le droit » de la Convention et à « rendre justice » dans des situations individuelles. Double mission donc, difficile certes, complexe mais qui est la marque propre, le signe distinctif de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci doit à la fois exercer une fonction constitutionnelle *et* une fonction juridictionnelle.

La saisie de la Cour (art. 34)

La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend *victime* d'une violation par l'État des droits reconnus dans la Convention. Dans la jurisprudence de la Cour, la notion de victime, qui est une notion autonome, concerne, de manière précise, les personnes ou les groupes qui sont personnellement touchés par la violation alléguée. A partir de là, la notion de victime peut s'étendre non seulement aux victimes directes mais aussi aux victimes indirectes¹⁰⁵, non seulement aux victimes actuelles mais également aux victimes potentielles¹⁰⁶. *A contrario*, la Cour n'accepte pas ce qu'elle appelle l'*actio popularis* où, sans pouvoir prétendre être concerné par la violation alléguée, l'objet de la requête est de mettre abstraitement en cause une législation ou une jurisprudence d'un État. Notre rôle n'est pas celui-là.

¹⁰⁴ H. POURTOIS, « Vers une conception procédurale des droits fondamentaux », *La Revue nouvelle*, 1997, pp. 57 et s.

¹⁰⁵ Cour eur.D.H., décision *Fidan c. Turquie* du 29 février 2000.

¹⁰⁶ Cour eur.D.H., décision *S.L. c. Autriche* du 22 novembre 2001.

Cette exigence procédurale renvoie en écho à l'article 1 de la Convention qui précise que les États reconnaissent à toute personne les droits garantis par celle-ci. Se pose alors une question que l'on évoque sous le terme de *locus standi*. Concrètement, c'est la situation qui s'est posée dans l'arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie* du 13 juillet 2000: la requérante se plaignait en son nom propre mais également au nom de ses enfants des conditions dans lesquelles ceux-ci avaient été placés, dans une institution où il est apparu ultérieurement que des actes d'abus et de maltraitances sexuelles avaient eu lieu. Le gouvernement soutenait que la requérante, qui était donc la mère des enfants, n'avait pas qualité pour agir dans la mesure où elle faisait l'objet d'une mesure de suspension de l'autorité parentale. « La Cour rappelle qu'en principe une personne n'ayant pas, en droit interne, le droit de représenter une autre personne peut tout de même, dans certaines circonstances, agir devant la Cour au nom de cette personne. En particulier, des mineurs peuvent saisir la Cour même, et à plus forte raison, s'ils sont représentés par une mère en conflit avec les autorités, dont elle critique les décisions et la conduite à la lumière des droits garantis par la Convention. ... la Cour estime qu'en cas de conflit, au sujet des intérêts d'un mineur, entre le parent biologique et la personne investie par les autorités de la tutelle des enfants, il y a un risque que certains intérêts du mineur ne soient jamais portés à l'attention de la Cour, et que le mineur soit privé d'une protection effective des droits qu'il tient de la Convention. Par conséquent, ... même si la mère a été privée de l'autorité parentale, d'ailleurs l'un des faits générateurs du conflit qu'elle porte devant la Cour, sa qualité de mère biologique suffit pour lui donner le pouvoir d'ester devant la Cour également au nom de ses enfants afin de protéger leurs propres intérêts »¹⁰⁷. « La Cour rappelle de surcroît que les conditions régissant les requêtes individuelles ne coïncident pas nécessairement avec les critères nationaux relatifs au *locus standi*. En effet, les règles internes en la matière peuvent servir des fins différentes de celles de l'article 34 de la Convention¹⁰⁸.

Enfin, les États s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace du droit de recours individuel (art. 34 *in fine*). C'est sur cette base que l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005 a conféré aux mesures provisoires que la Cour indique aux gouvernements lorsque l'exécution de la mesure contestée pourrait entraîner un préjudice irréparable un caractère obligatoire¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie* du 13 juillet 2000, § 138.

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 139.

¹⁰⁹ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005.

Les conditions de recevabilité (art. 35)

Je me limiterai ici, parmi les conditions de recevabilité existantes, à évoquer l'épuisement des voies de recours internes et, *de lege feranda*, à présenter la nouvelle condition de recevabilité introduite par le Protocole n° 14 à la Convention du 13 mai 2004.

L'épuisement des voies de recours internes est une condition de recevabilité qui répond directement et entièrement à la *philosophie* de base du système de protection des droits de l'homme: la Cour ne peut intervenir qu'à titre subsidiaire après que les requérants aient donné aux autorités internes la possibilité de constater et de redresser les violations alléguées. Nous devons sur ce point être particulièrement fermes car il y va de la légitimité même de la mission de la Cour. Cela étant, la Cour retiendra comme voies de recours à épuiser celles que l'on peut considérer comme utiles, c'est-à-dire les voies de recours efficaces¹¹⁰, effectives¹¹¹, accessibles¹¹² et certaines¹¹³. Dans le cas contraire, les requérants pourront être dispensés de l'épuisement des voies de recours internes¹¹⁴.

Dans l'arrêt *Civet c. France* du 28 mars 1999¹¹⁵, la question posée était celle de savoir si un *pourvoi devant la Cour de cassation* française était, sous l'angle de l'article 35 de la Convention, un recours à épuiser — parce qu'utile — aux fins de dénoncer, sous le visa de l'article 5 § 3 de la Convention, la durée excessive d'une détention préventive. Certes, la Cour constate que la Cour de cassation française est effectivement liée par les faits souverainement établis par la chambre d'accusation et que cette situation se justifie par la nature du pourvoi en cassation, lequel constitue une voie de recours à finalité différente de celle de l'appel. Les possibilités de cassation étant limitées aux violations de la loi, il ne rentre pas dans les attributions de la Cour de cassation de revenir sur l'appréciation des éléments de pur fait. Toutefois, contrairement à l'avis de la Commission européenne des droits de l'homme, la Cour conclut à l'irrecevabilité de la requête à défaut d'épuisement des voies de recours internes, en estimant: « on ne saurait pour autant appréhender les 'faits' et le 'droit' comme deux domaines radicalement séparés, et se satisfaire d'un raisonnement conduisant à nier

¹¹⁰ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Civet c. France* du 28 septembre 1999.

¹¹¹ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999.

¹¹² Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Immobiliare Saffi c. Italie* du 28 juillet 1999.

¹¹³ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003.

¹¹⁴ Cour eur.D.H., décision *Kalashnikov c. Russie* du 18 septembre 2001.

¹¹⁵ Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Civet c. France* du 28 mars 1999.

leur imbrication et leur complémentarité. Nonobstant sa compétence qui est limitée aux moyens 'en droit', la Cour de cassation n'en a pas moins pour mission de contrôler l'adéquation entre, d'une part, les faits établis par les juges du fond et, d'autre part, la conclusion à laquelle ces derniers ont abouti sur le fondement de ces constatations. Ainsi, au-delà d'un examen de la régularité de l'arrêt qui lui est déféré, la Cour de cassation vérifie que la chambre d'accusation a adéquatement motivé sa décision de maintien en détention au regard des faits de l'espèce ... Dans le cas contraire, cette décision encourt la cassation. La Cour estime dès lors que la Cour de cassation est à même d'apprécier, sur la base d'un examen de la procédure, le respect de la part des autorités judiciaires du délai raisonnable conformément aux exigences de l'article 5 § 3 de la Convention ... »¹¹⁶. En creux de ce *dictum*, l'arrêt *Civet* rappelle l'impérieuse nécessité de l'office du juge de cassation, non seulement pour l'ordre juridique de l'État défendeur, mais aussi, pour le bon fonctionnement du système international de surveillance de la Convention.

Il en va de même dans la décision d'irrecevabilité de la Cour dans la requête *Hamäidi c. France* du 6 mars 2001 qui concerne l'effectivité du pourvoi en cassation pour contester, sur le fondement de l'article 8 de la Convention, le refus de relèvement d'une interdiction du territoire français¹¹⁷. Il est vrai qu'en cette matière, la Cour de cassation française avait souvent rejeté les moyens qui invoquaient le droit à la vie privée et familiale en adoptant une motivation qui était de nature à confirmer le constat d'absence d'adéquation et d'effectivité du recours en cassation contenu dans l'arrêt *Dalia c. France* du 19 février 1998, lequel avait rejeté l'exception d'irrecevabilité pour défaut de saisine de la Cour de cassation en l'absence de toute jurisprudence de nature à étayer la thèse du gouvernement¹¹⁸. Toutefois l'examen de certains arrêts récents a montré que la Cour de cassation, « dans le cadre des pourvois introduits contre des décisions infligeant des mesures d'interdiction du territoire, ... procède à un examen de la conformité de l'interdiction avec les garanties de l'article 8 de la Convention lorsqu'un tel moyen lui est présenté ». Elle a d'ailleurs annulé un arrêt rejetant une requête en relèvement pour défaut de base légale, au motif que la cour d'appel s'était déterminée « sans avoir examiné les motifs d'ordre personnel et familial exposés par le requérant ». Dès lors, en l'espèce, dans la mesure où « la Cour de cassation est à même d'apprécier si la mesure d'interdiction ou son maintien sont conformes aux exigences de l'article 8 de la

¹¹⁶ *Ibid.*, § 43.

¹¹⁷ Cour eur. D.H., décision *Hamäidi c. France* du 6 mars 2001. D'autres décisions dans le même sens ont suivi.

¹¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Dalia c. France* du 19 février 1998, §§ 35-38.

Convention », la Cour a conclu au non-épuisement des voies de recours internes¹¹⁹.

En contrepoint de cette exigence pour la Cour de respecter les voies de recours internes, il importe de situer la **Recommandation Rec(2004)6 du 12 mai 2004 du Comité des ministres aux États membres sur l'amélioration des recours internes**. Le Comité des ministres rappelle le caractère subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la Convention qui présuppose, conformément à son article 1^{er}, que les droits et libertés garantis par la Convention soient protégés tout d'abord par le droit interne et appliqués par les autorités nationales. Dès lors, le Comité « recommande aux États membres, en tenant compte des exemples de bonnes pratiques figurant en annexe: I. de s'assurer par un suivi constant, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, que des recours internes existent pour toute personne alléguant d'une façon défendable une violation de la Convention et que ces recours sont effectifs, dans la mesure où ils permettent d'aboutir à une décision sur le bien-fondé du grief et à un remède approprié de toute violation constatée; II. de réexaminer, à la suite d'arrêts de la Cour qui révèlent des défaillances structurelles ou générales dans le droit ou la pratique de l'État, l'effectivité des recours internes existants et, le cas échéant, mettre en place des recours effectifs afin d'éviter que des affaires répétitives ne soient portées devant la Cour; III. de porter une attention particulière, dans le cadre des points I et II ci-dessus, à l'existence de recours effectifs en cas d'allégation défendable de durée excessive des procédures juridictionnelles ».

Le Protocole n° 14: une nouvelle condition de recevabilité. Les portes de la Cour européenne des droits de l'homme doivent/peuvent-elles rester largement ouvertes aux victimes d'atteintes à la Convention, sans aucune distinction, notamment en fonction de la gravité de l'atteinte dénoncée ou de ce que l'on pourrait appeler son « intérêt »? Ou faut-il au contraire mettre en place un nouveau filtre, une sorte de *certiorari*, au travers duquel ne passeraient que les affaires mettant en cause de graves violations de la Convention et/ou soulevant d'importantes questions d'intérêt général pour l'interprétation de celle-ci? En dernière instance, c'est le rôle et la place du droit de recours individuel qui se trouve soumis à examen.

Le Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme amendement le système de contrôle de la Convention signé à Strasbourg le 13 mai 2004 poursuit l'objectif, clairement indiqué dans le préambule, « de maintenir et de renforcer l'efficacité à long terme du système de contrôle en

¹¹⁹ Cour eur. D.H., décision *Hamaïdi c. France* du 6 mars 2001, p. 6.

raison principalement de l'augmentation continue de la charge de travail de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ». Parmi les mesures proposées, il est suggéré d'ajouter à l'article 35 de la Convention une nouvelle condition de recevabilité qui serait libellée comme suit: « La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime: ... (b) que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne. ». Un nouveau concept est donc désormais inscrit dans la Convention, celui de préjudice résultant de l'atteinte alléguée à un droit de la Convention. Il appartiendra à la jurisprudence de la Cour de déterminer la portée, la nature et les contours de ce nouveau concept et de le faire, comme le texte le suggère, du point de vue du requérant lui-même. Toutefois, le texte contient aussi deux clauses de sauvegarde: la première est inspirée de l'article 37 de la Convention et exige le maintien de la requête si le respect des droits de l'homme l'exige, tandis que la seconde ne permet pas à la Cour de déclarer irrecevable une requête si elle n'a pas été dûment examinée par un tribunal.

L'exécution des arrêts (art. 46)

L'exécution des arrêts est évidemment un aspect essentiel pour assurer la crédibilité de la Convention. Il s'agit à mes yeux d'une phase cruciale en termes d'effectivité. Le principe est inscrit dans l'article 46 de la Convention: les arrêts définitifs de la Cour sont transmis au Comité des ministres qui en surveille l'exécution. En outre, les États s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties.

D'un côté donc: **autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour**. Ceci entraîne une obligation de l'État, non pas une obligation de résultat, mais une obligation de moyens. L'État doit faire disparaître la violation. Différents rôles et différents acteurs sont mobilisés.

Le rôle exécutif du *Comité des ministres* (composé des ambassadeurs, représentants permanents des différents pays au Conseil de l'Europe) est affirmé clairement. Il lui revient d'examiner la manière dont les États modifient soit la loi, soit la jurisprudence, soit les pratiques, afin que les violations ne se répètent pas. Le Comité recourt parfois à des résolutions intérimaires (ce qui correspond à une pratique diplomatique), mais celles-ci devraient être utilisées avec modération.

Il importe à cet égard d'examiner attentivement la Résolution Res(2004)3 du Comité des ministres du 12 mai 2004 sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent ainsi que la Recommandation Rec(2004)6 du Comité des ministres aux États membres du 12 mai 2004 sur l'amélioration des recours internes, qui attirent l'attention sur un ensemble de dispositifs nécessaires pour accroître la bonne exécution des arrêts de la Cour

Il est, en outre, encourageant, de constater que *l'Assemblée parlementaire* du Conseil de l'Europe, et certains de ses membres, sont très attentifs à cette question¹²⁰.

Une évolution significative s'observe aussi dans la *jurisprudence de la Cour*. Les arrêts ont traditionnellement été considérés comme ayant un effet déclaratoire, la Cour n'indiquant pas aux États les mesures à prendre. Dans des arrêts récents, *Assanidzé c. Géorgie*¹²¹ et *Broniowski c. Pologne*¹²², la Cour cette fois s'engage plus avant, épaulée en quelque sorte par la résolution Res(2004)3 et la recommandation Rec(2004)6 du Comité des ministres du 12 mai 2004. La Cour a en quelque sorte anticipé leur mise en œuvre.

Enfin, *les États membres* ont aussi un rôle à jouer. Sur base de la Recommandation du Comité des ministres de janvier 2000 qui porte sur la possibilité, pour les États, d'introduire une *procédure de réouverture ou de révision* des procès s'il est établi qu'il a été entaché d'une violation de la Convention¹²³, certains États se sont engagés dans cette voie. En France, la loi sur la présomption d'innocence du 15 juin 2000 contient un amendement (suite à l'arrêt *Hakkar*) qui permet la révision du procès pénal qui devrait permettre une « réparation équitable » du préjudice causé par la violation de la Convention (par exemple par le délais raisonnable ou par les principes du procès équitable). En Belgique, des projets et des propositions sont en voie de finalisation.

Le **Protocole n° 14** du 13 mai 2004 renforce la phase d'exécution des arrêts en introduisant de nouvelles dispositions dans l'article 46 de la Convention. D'une part, lorsque le Comité des ministres estime que la surveillance de

¹²⁰ Cf. La proposition de résolution relative à l'exécution des arrêts de la Cour et au suivi de la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme présentée par M. G. Clerfayt et crts., 13 mars 1997.

¹²¹ Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Assanidzé c. Géorgie* du 8 avril 2004.

¹²² Cour eur.D.H. (GC), arrêt *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004.

¹²³ *Recommandation Rec (2000)2* sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

l'exécution d'un arrêt définitif est entravé par une difficulté d'interprétation, il peut saisir la Cour afin qu'elle se prononce sur cette question d'interprétation. D'autre part, lorsque le même Comité des ministres estime qu'un État refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel il est partie, il peut, après avoir mis en demeure cet État et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers, saisir la Cour de la question du respect par l'État de son obligation au regard du paragraphe 1 de l'article 46. Si la Cour constate une violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des ministres afin qu'il examine les mesures à prendre. Dans le cas contraire, la Cour renvoie l'affaire au Comité des ministres qui décide de clore son examen.

D'un autre côté: **autorité de la chose interprétée**. Nous croisons ici le thème de la « fonction objective des droits fondamentaux ». Les droits garantis par la Convention ne sont pas seulement des droits subjectifs qui ont pour fonction de protéger l'individu mais ils peuvent aussi remplir une fonction objective: ils sont des « principes directeurs de toute l'activité de l'État, ils doivent orienter l'action de l'ensemble de ces organes et imprégner de leur valeur tout son ordre juridique »¹²⁴.

Conclusion

Les droits de l'homme ont un rôle fondateur, fondateur au sens où l'on ne conçoit plus aujourd'hui l'exercice d'un pouvoir qui ne serait pas fondé sur le respect des droits de l'homme. L'exemple de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est significatif à cet égard: un des motifs qui ont incité les États membres de l'Union — 25 depuis le 1^{er} mai 2004 — à vouloir se doter d'une Charte était précisément le fait que l'Union exerce désormais elle-même une partie des compétences des États membres, exercice qu'il convenait dès lors de fonder et d'encadrer plus visiblement par des droits fondamentaux. C'est cette même logique qui est en train de se développer au sein de l'Union européenne dans le cadre du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (29 octobre 2004). Dans la première partie du projet de Constitution européenne, l'article 7 est consacré aux droits fondamentaux. Préparé par la Déclaration de Laeken en décembre 2001, ce texte se déploie dans une triple direction: 1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux qui constitue la Partie II de la Constitution. La Charte, qui s'impose aux

¹²⁴ G. MALINVERNI, « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », *Im Dienst an der Gemeinschaft*, Helbing et Liechtenhanhn, 1989, p. 542.

institutions et organes de l'Union ainsi qu'aux États membres quand ceux-ci appliquent le droit de l'Union, a donc vocation à devenir juridiquement contraignante et à acquérir un statut constitutionnel si le projet de Traité constitutionnel est adopté². L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. (...) 3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales...font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

Quel est dès lors en Europe, **dans le futur**, le rôle des droits de l'homme et plus particulièrement de la Convention européenne des droits de l'homme? La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend en majeure partie les droits de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais en même temps elle étend le champ de certains d'entre eux et ajoute des nouveaux droits, particulièrement dans le domaine des droits économiques et sociaux. D'un côté, la Convention européenne des droits de l'homme qui lie la quasi-totalité des États européens, ce qui en fait un texte véritablement paneuropéen, est ainsi confirmée dans son rôle de **droit commun** des droits fondamentaux en Europe, garantissant un niveau de protection minimum dans tous les systèmes juridiques, sans cependant empêcher qu'un plus haut niveau de protection soit assuré sur une base locale. Une telle lecture résulte de l'article 52.3 de la Charte qui renvoie à la Convention européenne des droits de l'homme tout en permettant au droit de l'Union européenne de dépasser celle-ci. D'un autre côté, **l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme** assurera la cohérence et la sécurité juridique entre les différentes sources de droits fondamentaux qui coexistent sur le continent européen, dans la « maison commune » Europe.

Progressivement se construira ainsi, dans l'harmonie, ce que l'on peut véritablement appeler un **espace constitutionnel européen** qui « invite à une vision globale des droits fondamentaux en Europe, une vision qui en intègre toutes les dimensions, qu'elles soient nationales, conventionnelles ou de l'Union »¹²⁵. Nous le souhaitons vivement car c'est ainsi que la notion de droits fondamentaux recevra sa signification pleine et entière et que nous nous engagerons plus encore sur la voie de ce qui les caractérise essentiellement, à savoir l'universalité.

¹²⁵ L. WILDHABER et J. CALLEWAERT, « Espace constitutionnel européen et droits fondamentaux ». Une vision globale pour une pluralité de droits et de juges », *Une Communauté de droit*, Berlin, Berliner Wissenschafts, 2003, p. 62.

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NDAKİ TRAFİK SORUMLULUĞU SİGORTASINA İLİŞKİN DÜZENLEME HAKKINDA BAZI DÜŞÜNCELER

*Prof. Dr. Samim ÜNAN**

I. Genel Olarak

Trafik sorumluluğu sigortası, ülkemizde en çok yaptırılan sigortadır. Bu sigortaya ilişkin yasal düzenleme Karayolları Trafik Kanunu'nda (KTK) yer almaktadır. Ancak, KTK'ndaki hükümlere ek olarak, sigorta sözleşmesine ilişkin Türk Ticaret kanunu (TTK) hükümleri de bu sigortaya uygulanırlar.

Trafik sorumluluğu sigortası, belirli limitler içinde zorunludur. Bu limitleri aşan sorumluluklar için ise, sigorta teminatı elde edilmesi isteğe bağlıdır. KTK, hem zorunlu sigortaya hem de isteğe bağlı sigortaya ilişkin hükümler içermekte ve bu iki sigortayı benzer şekilde düzenlemiş bulunmaktadır.

Trafik sorumluluğu sigortası, bütün diğer sorumluluk sigortaları gibi, sigortalının malvarlığının hukuki sorumluluk sebebiyle kötüleşmesi rizikosunu temin etmektedir. Ancak bu sigortada, malvarlığındaki kötüleşmenin sebebi motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan sorumluluktur.

Sorumluluk sigortalarında sigortacı tarafından üstlenilen edim, malvarlığındaki kötüleşmeyi gidermek olduğundan bu sigortalar, "zarar sigortası" niteliğini taşırlar. Dolayısıyla zarar sigortalarına hakim olan ilke ve kural-lar bu sigorta bakımından da geçerlidir. Mesela, meblağ sigortalarında söz konusu olmayan "sigortacının yasal halefiyeti" ilkesi, trafik sorumluluğu sigortalarında uygulama alanı bulur.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Gerçek veya tüzel kişiler, işlettikleri motorlu araç sebebiyle başkalarının uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü hale gelmiş olabilirler. Malvarlığının bir tazmin yükü altına girmiş olması “pasifin artması” anlamını taşır. Sorumluluk sigortaları, malvarlığının pasifinde meydana gelen artışların karşılanmasını konu aldıkları için zarar sigortalarının “pasif sigortası” türüne dahildirler. Bu sigortalarda kural olarak menfaat değeri söz konusu değildir. Bu açıdan da aşkın sigorta, menfaat değeri altında sigorta gibi menfaat değerini esas alan kurallar burada geçerli olmazlar. Buna karşılık zorunlu trafik sorumluluğu sigortasında “çifte sigorta” söz konusu olabilir.

Trafik sorumluluğu sigortasında temel kural, KTK’nda düzenlenen işletene ait sorumluluğun kanunda düzenlendiği şekliyle temin edilmesidir. Sigortalının sorumluluğunu sözleşme ile genişlettiği haller sigorta kapsamına dahil edilmez

Sorumluluk sigortaları, esas olarak ile-sorumluluk bakımından koruma sağlar. Bunun anlamı, sigortacıya ait olan sigortalının malvarlığını koruma yükümlülüğünün, ilk olarak zarar gören üçüncü kişi alacağını elde etmek üzere harekete geçip talepte bulunduktan sonra yerine getirilmesidir. Sigortacı bir tazminat talebi ileri sürülmeden evvel somut olarak herhangi bir edimle yükümlü bulunmamaktadır. Sadece tazminat yükümlülüğünün doğmuş (den-sorumluluğun gerçekleşmiş) olması (mesela sigortalının üçüncü kişiye zarar vermesi), üçüncü kişi bu zarar sebebiyle sigortalıdan tazminat istemedikçe, sigortalının devreye girip ödeme yapmasını gerektirmez.

Sorumluluk sigortalarında sigorta teminatı, poliçede “riziko” olarak tanımlanan ve sorumluluk sürecinin aşamalarından birini (veya birkaçını) teşkil eden bir olgunun sigorta süresi içinde gerçekleşmiş bulunması kaydıyla işlerlik kazanacaktır. Sorumluluk uzun bir süreçtir.

- Bunun başlangıç noktası, sorumluluğu gerektiren (hukuka aykırı) davranıştır (mesela trafik kuralının çiğnenmesi sonucu motorlu araçla kaza yapılması)
- Zarar bu davranışın hemen akabinde meydana gelebileceği gibi (kaza sırasında siniri kesilen bir yolcunun felç olması), ileride de ortaya çıkabilir (kazada yaralanan kişinin çok uzun bir süre boyunca tedavi görmesi; arka arkaya bir dizi ameliyat geçirmesi gereği).
- Zarar gören, zamanaşımı süresi (iki yıl) dolana kadar tazminat isteyebilecektir.

- Zarar görenin tazminat elde etmek üzere dava açması (veya icra takibi başlatması) halinde, zarardan sorumlu olduğu iddia edilen sigortalıdan tazminat tutarının tahsil edilebilmesi aşamasına gelinmesi de en az bir-iki yıl alacaktır.
- İlk derece mahkemesinin verdiği karar aleyhine sigortalının –teminat yatırıp icranın geri bırakılmasını sağlayarak- temyiz yoluna başvurusu da olasıdır. Bu halde, kararın kesinleşmesi de bir süre (günümüz koşullarında ortalama bir yıl) alabilecektir.

Yukarıda önemli aşamaları kısaca belirtilen sürecin hangi aşamasında rizikonun gerçekleşmiş sayılacağı ve sorumluluk teminatının işletileceği son derece önemli bir konudur. Soruya verilecek cevap, rizikonun tanımlanması ile ilgili ve ona bağlıdır.

- Bazı sorumluluk sigortalarında riziko sorumluluğa yol açan hukuka aykırı davranışın vuku bulunduğu anda gerçekleşmiş sayılmaktadır; bu sigortalarda mezkûr anın sigorta süresi içinde olması aranmaktadır.
- Bazı sorumluluk sigortalarında da riziko zararın meydana gelmiş olduğu anda gerçekleşmiş sayılmaktadır.
- Bazı sorumluluk sigortası sözleşmeleri ise, sorumluluğu gerektiren davranışın veya zararın sigorta süresi içinde meydana gelmiş olmasını yeterli görmemekte; ayrıca zarar gören üçüncü kişinin sigortalıya yönelik tazminat talebini de aynı süre içinde veya (sorumluluğa yol açan davranış ve zarar poliçede yazılı süre içinde vuku bulmuş olmak koşuluyla) o sürenin bitmesinden sonra işletilecek (mesela altı aylık yahut bir senelik ek bir süre (uzatılmış bildirim süresi) içinde ileri sürmüş olmasını şart koşturmaktadırlar. Bu tür sorumluluk sigortalarına “claims made” (zarar esasına dayalı) sigortalar adı verilmektedir. “Claims made” sigortalar, sigortacıların uzun süre boyunca teminatı işler vaziyette tutmak zorunda kalmamaları için, onlar yararına öngörölmüş sigortalardır.

Günümüzde, sorumluluk sigortası sözleşmesinin hangi esasa dayalı olarak kurulacağı, tarafların seçimine bırakılmaktadır.

Trafik sorumluluğu sigortasında riziko, trafik kazası sebebiyle zarar meydana geldiği anda gerçekleşmektedir.

Aşağıda, KTK’ndaki trafik sorumluluğu sigortasına ilişkin yasal hükümler

incelenecektir. Bu hükümler, esas olarak kanunun “Hukuki Sorumluluk ve Sigorta” başlığını taşıyan sekizinci kısmının “Sigorta” başlıklı ikinci bölümünde (m. 91 v.d.) yer almaktadır. Ancak, “Özel Durumlar” başlıklı üçüncü ve Ortak Hükümler” başlıklı dördüncü bölümde de sigortaya ilişkin düzenleme mevcuttur.

II. Yasal Hükümler

1- KTK m. 91- Sigorta Yaptırma Zorunluluğu

a) Fıkra 1-Hangi Sorumluluk İçin Sigorta Yaptırılacağı

KTK m.91 fk.1 “zorunlu sigorta” öngörmektedir. Buna göre, işletenler KTK m.85 fk.1’den kaynaklanan sorumlulukları için sigorta yaptırmakla yükümlüdürler.

Burada özellikle vurgulanması gereken husus

- sadece işletenlerin
- KTK m.85 fk.1’de düzenlenen “ağırlaştırılmış objektif sorumluluk” bakımından sigorta yaptırmakla yükümlü

kılınmış olduklarıdır.

KTK m.85

- kazaya karışan aracın işleteninin ve –varsa-
- işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin (motorlu aracı bilet keserek veya kendi işletme adı veya unvanı altında işleten teşebbüsün sahibi)
- ölüm ve yaralanmadan ve
- eşyaya gelen zararlardan

müteselsil sorumluluğunu öngörmektedir. Buna karşın, KTK, sadece işletenin sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlü olduğunu hükme bağlamakta; işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin ise bu gibi bir yükümlülük altında olacağına ilişkin hiçbir düzenleme içermemektedir. Şu halde, sorumlu kişilerden sadece biri hakkında sigorta yaptırma zorunluluğu getirilmiştir.

KTK’da sigorta yaptırmakla yükümlü tutulan sorumlu kişi “işleten” KTK m.3’te

- araç sahibi
- mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görünen kişi
- aracın uzun süreli kiralanması halinde kiracı
- aracın uzun süreli ariyet verilmesi halinde ariyet alan
- aracın rehni halinde rehin alan

olarak tanımlanmaktadır. (Bu tanım günümüzde rehin bakımından aksamaktadır. Teslim koşullu rehin döneminde rehin alanın rehin konusu eşyayı kullanma hakkı söz konusu değildir. Bu dönemde motorlu araç teslim edilerek rehin kurulduğu haller de çok ender görülürdü. Bugün ise artık sicile kayıt yoluyla araç teslim edilmeden rehin kurulması olanaklı hale gelmiştir. Sicile kayıt yoluyla rehin kurulduğunda, rehin alanın işleten sayılması ise mümkün bulunmamaktadır. Çünkü rehinli alacaklının araç üzerinde fiili hakimiyeti bulunmamakta, araç rehin verende kalmaktadır).

Ancak bu sayılan kişiler (ilgililer),

- aracın bir başkası tarafından
- kendi hesabına ve tehlikesi kendine ait olmak üzere işletilmekte olduğunu
- ve o (başka) kişinin araç üzerinde fiili hakimiyetinin bulunduğu

kanıtlarlarsa, o (başka) kişi işleten sayılacaktır.

Uygulamada, motorlu araçların bir çok halde kanunda öngörülen usule uyulmadan, noterden yapılan işlemle değil adi yazılı şekilde bir anlaşmayla satıldıkları ve alıcıya dilediği gibi kullanması için teslim edildikleri görülmektedir (bu şekilde hareket edilmesinin temel sebebi, araç satışlarından alınacak vergiyi ödememektir). Bu gibi bir durumda, alıcı işleten sıfatını kazanmış olacaktır. Ancak, sicilde kayıtlı görülen malikin de, aracın işleteninin kendisi değil bir başkası (aracı haricen satın alan kişi) olduğunu (alıcının aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiğini; araç üzerindeki fiili tasarrufun alıcıya ait bulunduğunu) kanıtlaması gerekecektir; aksi halde zarar görenlere karşı işleten sıfatıyla sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir.

KTK m.85 fk.1'den kaynaklanan sorumluluk için, motorlu aracın işletilmesi ile meydana gelen can veya eşya zararı arasında sebep-sonuç ilişkisinin bulunması yeterlidir. Kusurun varlığı gerekmez. Bu sorumluluk, motorlu araç

ların yarattığı tehlikeye, motorlu araç işletmenin tehlikeli bir faaliyet oluşuna dayanmaktadır.

KTK m.85 fk.3 uyarınca işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu zararlardan işletenin sorumlu tutulabilmesi, zarara yol açan kazanın

- işleten veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerden birinin kusurundan veya
- araçtaki bir bozukluktan

ileri gelmiş olmasına bağlıdır. Böylece, araçta bozukluk varsa, işletilme halinde olmayan araçların yol açtığı kazalar bakımından da kusursuz sorumluluk esası benimsenmiştir. İşleten, araçtaki bozukluğun (mesela elektrik donanımındaki kısa devrenin) kendi kusurundan kaynaklanmadığını kanıtlaya dahi, sorumluluktan kurtulamayacaktır (mesela aracında kısa devre dolayısıyla baş gösteren yangının başka kişilere ait araçlara veya eşyaya sıçramasından doğan zararları tazmin ile yükümlü olacaktır). İşletilme halinde olmayan araçların yol açtıkları zararlar zorunlu trafik sorumluluğu sigortasının kapsamı dışındadır. Çünkü, zorunlu sigorta KTK m.85 fk.1'den kaynaklanan sorumluluğu temin etmektedir. KTK m.85 fk.1'deki sorumluluk ise "aracın işletilmesi" sebebiyle meydana gelen zararları konu almaktadır.

Aracın ne zaman işletilme halinde olduğu tartışmaya elverişli bir husustur (bu hususta ve işletilme halinde olan veya olmayan araç için sorumluluk ve çeşitli örnekler ve mahkeme kararları hakkında bkz. Bussy/Rusconi, Code Suisse de la Circulation Routière, Commentaire, 1996, LCR Art.58 4 ve 5. Aşağıdaki işletilme haline ilişkin açıklamalarımız oradan alınmıştır).

Günümüzde "teknik-mekanik görüş" olarak nitelendirilen görüşün hakim bulunduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, meydana gelen kaza, bütün olarak ele alındığında, bir motorlu aracın mekanik kısımlarının (özellikle motorunun ve farlarının) işlev görmesine bağlı tehlikeden kaynaklanmış olmalıdır. İşletilme halindeki araç ile diğer araçların fiilen temas etmiş bulunması ise gerekli değildir. Bilinçli bir kullanma hali mevcutsa, motoru çalışır durumda olmadığı ve itici güç meydana getirmediği halde, aracın yerçekimi etkisiyle (kendi ağırlığı sebebiyle) hareket etmesi de (yokuştan aşağı motor durmuş vaziyette seyir) işletilme hali olarak kabul edilmektedir. İşletilme halindeki bir aracın yol açtığı zarar acaba o aracın kullanılmasının yarattığı özel tehlikenin sonucu olmalı mıdır? Bu husus tartışmaya açıktır. Soruya olumlu yanıt verilmesi durumunda, bir at arabası tarafından çekilen veya elle itilen bir aracın işletilme halinde olmadığı düşünülebilecektir.

Trafikte durmuş haldeki araçlar da (durma bir arızadan veya sürücünün ha-

kimiyeti kaybetmesinden kaynaklanmış olsalar dahi) işletilme halinde sayılırlar. Otoyolun kenarında park halindeki araçların da işletilme durumunda kabul edildikleri gözlenmektedir

Aracın motorunun çalışması sebebiyle meydana gelen zehirlenmeler aracın işletilmesinden kaynaklanmış sayılmazlar.

Kapıların açık kalmasından ileri gelen zararlar da, aracın işletilmesinden meydana gelmiş sayılmalıdır.

İşletilme halindeki bir araçtan bir cismin düşmesinin yol açtığı zararlar işletenin KTK m.85 fk.1 uyarınca sorumluluğunu gerektirirler.

Duran bir damperli kamyonun yük boşalttığı sırada damperin hızlı hareketinden kaynaklanan yaralanma işletilmeden kaynaklanan zarar olarak nitelenmemelidir. Motorlu aracın bir iş makinesi olarak kullanıldığı durumlarda (mesela traktörün arkasına hasat mekanizması takılmış bulunması) nasıl bir sonuca varılacağı duraksamaya sebep olabilir. Kanımızca burada aracı işletilme halinde saymak daha doğrudur.

İşletilme halinden ileri gelmediği genellikle kabul edilen zararlara örnekler: Aracın yüklenmesi ve boşaltılması veya tamir edilmesi sırasında meydana gelen zararlar; park halindeki bir motosikletin diğer bir motosiklet üzerine devrilmesi.

İşletilme halinde olmayan bir aracın bozukluğu kazaya sebep olmuşsa, işleten bu kazanın yol açtığı zararlardan kusuru olmasa dahi sorumludur. Bu sebeple, duran bir aracın ikaz ışığının akü arızası sebebiyle sönmesi; frenin boşalması yüzünden park halindeki bir aracın diğer bir araca hasar vermesi gibi hallerde işleten kendisinde veya eylemlerinden sorumlu bulunduğu kişilerde herhangi bir kusur bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Yargıtay ise aracın trafiğe çıkarılmış ve karayolunda bulunuyor olmasını yeterli saymaktadır (Bkz. Ulaş, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 2005, s.708-709).

KTK'nda sadece işletenin KTK m.85 fk.1'den kaynaklanan sorumluluğu için zorunlu sigorta öngörülmüş olduğundan, işletilme halinde olmayan aracın verdiği zararlar (KTK m. 85 fk.3'ten doğan sorumluluk) da zorunlu sigortanın kapsamı dışında kalmaktadır.

KTK m.85 fk.1'de düzenlenen sorumluluktan kurtulmak için aracın işletilmesi ile meydana gelen zarar arasındaki illiyetin kesildiğini kanıtlamak lazımdır. Bu sebeple illiyetin kesilmesine yol açan

- mücbir sebep
- üçüncü kişinin ağır kusuru
- zarar görenin ağır kusuru

hallerinde işleten sorumluluktan kurtulabilecektir (KTK m.86). Ancak, illiyet bağıını kesen bu sebeplerle beraber,

- işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru, veya
- araçtaki bozukluk

da kazanın meydana gelmesinde etkili olmuşsa, işletenin sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır.

KTK m. 85 fk. 4, "işleten" ve "araç işleticisi teşebbüs sahibi" hakkında bir diğer sorumluluğa yer vermektedir: Aracın karıştığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmaları, yardımda bulunan kişinin zarara uğramasına yol açmışsa hakim takdirine göre

- işleten veya
- (kazadan kendisi sorumlu olmak yahut yardım doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara veya kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılmak kaydıyla) teşebbüs sahibi

de bu zararlardan sorumlu tutulabilecektir. Burada söz konusu olan sorumluluk da kusura dayanmayan bir sebep sorumluluğudur. Ancak, bu sorumluluğun sigorta kapsamında sayılması kanımızca mümkün değildir. Çünkü, bu sorumluluk KTK m.85 fk.1'de düzenlenmemiştir. Oysa, bunların da sigorta kapsamında olmaları lazım gelirdi. Yapılacak değişiklikte bunları da kapsama dahil etmek uygun olur. Mehaz İsviçre'de bu zararlar zorunlu sigorta tarafından karşılanmaktadır.

KTK m.87 bazı hallerde genel hükümlerin uygulanacağını hükme bağlamaktadır: Bu haller şunlardır:

- Yaralanan veya ölen kişinin hatır için karşılıksız taşınması
- Aracın yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş olması

- Araçta taşınan -zarar görenin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışındaki- eşyaya zarar gelmesi
- Motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca zarar gelmesi

Bu haller de zorunlu trafik sigortasının kapsamı dışında sayılmak lâzımdır. Çünkü, bir sorumluluğun ağırlaştırılmış objektif sorumluluk hali olmaktan çıkarılması ve kusur sorumluluğuna ilişkin kurallara tabi kılınması, zorunlu sigorta öngörülmesindeki temel düşüncenin (bireyler için özel tehlike içeren ve özel olarak ağır bir sorumluluk rejimine tabi tutulması gereken faaliyetlerin yol açacağı zararları gidermek üzere sigorta yaptırma gereğinin) o hal için artık söz konusu olmadığına kanıttır. Ülkemizde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabi çok sayıda sorumluluk ve sayılamayacak kadar çok sorumlu kişi mevcuttur. Bunların hiç biri sigorta yaptırma zorunluluğu altında değildir. Genel hükümlere tabi sorumluluklar sokaktaki vatandaşlar için normal günlük faaliyetleri sırasında ortaya çıkan sorumluluklardır. Bunlar için sigorta zorunluluğu getirmek her sorumluluk için sigorta zorunluluğu getirilmesi icap ettiğini peşinen kabul etmek olur.

Hatır taşıması veya aracın hatır için karşılıksız verilmesi hallerinin ağırlaştırılmış objektif sorumluluk rejimine tabi olmaktan çıkarılması ve genel hükümlere tabi kılınması kanun koyucunun yanlış bir tercihidir. Bu hallerde KTK m.85 fk.1'de öngörülen rejimin söz konusu olması –buna karşılık anılan hallerin tazminat yükümlülüğünün hakim tarafından daha hafif takdir edilebileceği haller olarak kabul edilmesi- gerekir. Hatır taşımasının veya aracın hatır için karşılıksız verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, yolcu veya sürücüler motorlu aracın işletilmesinden doğan tehlikelere maruz olmaya devam etmektedirler. Bu sebeple işletenin anılan hallerde genel hükümlere göre sorumlu olması doğru bir çözüm teşkil etmemektedir. Belirtilim ki mehaz İsviçre Kanununda hatır taşıması ve aracın hatır için karşılıksız bırakılması halleri genel hükümlere tabi değildir. İsviçre kanunu –hakkının indirim yapma imkanı saklı olmak kaydıyla bu hallerde de ağırlaştırılmış objektif sorumluluk rejiminin uygulanmasını öngörmektedir. Kaldı ki, hatır taşıması kavramının da hukukumuzda gözden geçirilmesi ve tanımlanması gerekli bulunmaktadır. Hatır taşıması, işletenin aslında yapmayacak olduğu nispeten önemli bir parkuru sırf başka birinin hatırını göz önünde bulundurarak yapmasıdır. Bu bakımdan, işletenin zaten gideceği (veya geçeceği) bir yere kadar başka birini araca alarak götürmesi hatır taşıması değildir. Yargıtay, işletenin çıkarına yapılmış bir seyir söz konusu olduğunda hatır taşımasından bahsedilemeyeceğine karar vererek hatır taşıması kavramının doğru şekilde anlaşılmasına yönelik önemli bir adım atmıştır (bkz. Ulaş, s.750 ve 751'deki kararlar).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, birden fazla aracın katıldığı bir kazada, araçlardan birinde hatır taşıması kapsamında bulunan kişiye karşı diğer aracın işleteni hatır taşımasından kaynaklanan savunmalar ileri süremez. Hatır taşıması sadece içinde bulunulan araç bakımından söz konusu olur. Meselâ, işleten A'nın yönetimindeki araçla işleten B'nin yönetimindeki araç, A'nın hafif kusuru yüzünden çarpıştıkları ve bu çarpışma sonucunda A'nın aracında hatır için taşınmakta olan Ü1 bu sebeple yaralandığı, B'nin aracında hatır için taşınan Ü2 de sakat kaldığı takdirde, Ü1 hem A'dan hem de B'den; Ü2 ise sadece A'dan tazminat isteyebilecektir. A'nın hafif kusurlu olması, B'nin -kusursuzluğuna rağmen- tehlike esası uyarınca sorumlu olmasına yol açacak ve Ü1'e karşı her ikisi birlikte (müteselsilen) sorumlu olacaklardır. Buna karşılık, Ü2, aracında bulunduğu B'den (B'nin kusurunun bulunmamasına bağlı olarak) tazminat isteyemeyecek ve yalnızca A'ya başvurabilecektir.

Araçta taşınan ve bagaj ve benzeri eşya niteliğine sahip olmayan eşyanın (yük) zarar görmesi halinde, sorumluluk taşıma sözleşmesi hükümlerine tabi olacaktır. Sözleşme dışı sorumluluğun sözleşmesel sorumluluğa kıyasla daha avantajlı hale getirilmemesi bakımından yük zararları ağırlaştırılmış objektif sorumluluk rejiminin dışında bırakılmıştır.

KTK, manevi tazminatı da genel hükümlere tabi kılmış bulunmaktadır (KTK m.90). Bunun da doğru bir tercih olmadığı kanısındayız. İsviçre'de manevi tazminat hakkında da ağırlaştırılmış objektif sorumluluk rejimi geçerlidir.

Birden çok motorlu aracın katıldığı bir kazada

- işletenlerden birinin bedensel zarara uğraması durumunda ona karşı diğer işletenler (ve işletenin bağlı olduğu teşebbüsün sahipleri) kendilerine düşen kusur oranında sorumlu olurlar (ancak özel durumlar ve özellikle işletme tehlikeleri farklı bir çözümü haklı gösteriyorsa kusur esasından ayrılmak caizdir)
- işletenlerden biri eşya zararına maruz kalmışsa, zarar gören işleten, zararın
 - o zarar veren işletenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kim-selerden birinin kusuru veya
 - o temyiz gücünü geçici olarak kaybetmeleri veya
 - o zarar verene ait araçtaki bozukluk

yüzünden meydana geldiğini kanıtlamak zorundadır.

KTK m.88 fk.1, birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda bunların müteselsil olarak sorumlu tutulacaklarını öngörmektedir. KTK m.88 fk.2 hükmü ise tazminat yükümlülüğünün sorumlu kişiler arasında nasıl paylaşılacağını düzenlemiştir. KTK m.88 fk.2 cümle 1 uyarınca, iç ilişkide tazminat yükümlülüğünün olayın bütün koşulları dikkate alınarak paylaşılması gerekmektedir. Ancak KTK m.88 fk.2 cümle 2, ilk cümlenin içerdiği ilke ile bağdaşmayacak bir tarzda, “özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri açısından zararın başka türlü paylaşılması haklı görünmedikçe” işleyenlerin kusurları oranında zarara katlanacakları kuralını getirmiştir. Tazminat yükümlülüğünün nasıl paylaşılacağı, zarar görene ödemedede bulunan sorumlunun veya onun sigortacısının diğer sorumlulara karşı ileri süreceği rücu talepleri bakımından önem taşımaktadır.

b) Fıkra 4- Sigortanın Kanıtlanması: Sigorta Pulu

Zorunlu trafik sorumluluğu sigortası poliçesi düzenleyen sigorta şirketleri, sigorta ettiren işletenlere bu sigortanın yaptırılmış olduğunu gösteren bir trafik sigorta pulu vermekle yükümlüdürler. Pul, aracın ön camına yapıştırılacaktır.

c) Fıkra 5- Sigorta Zorunluluğuna Uyulmaması Halinde Yaptırım

Zorunlu trafik sorumluluğu sigortası bulunmayan araçlar trafikten men edileceklerdir.

2) Madde 92- Zorunlu Sigorta Dışında Kalan Hususlar

KTK m.92 zorunlu trafik sorumluluğu sigortası dışında kalan hususları (istisna hükümlerini) düzenlemektedir.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, bu maddede söz konusu olan haller, kanunda sayılmamış olsalardı sigorta teminatı kapsamına dahil bulunması gerekecek olan hallerdir. Bir hal esasen sigorta teminatı kapsamına girmekte ise, onu özel bir hükümlerle teminat kapsamı dışına çıkarmaya (bu amaçla özel hüküm sevk etmeye) gerek yoktur. Teminat kapsamı dışında kalan hallerle ilgili düzenleme, işlevini o düzenlemenin yokluğunda sigortaya dahil sayılması gereken hallerle ilgili olarak yerine getirecektir.

a) Bent A) İşletenin Eylemlerinden Sorumlu Olduğu Kişilere Yöneltebileceği Talepler

İşletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilere karşı yönelteceği taleplerin sigorta teminatı dışında kalacağını öngörmek tamamen gereksizdir. Çünkü zorunlu trafik sorumluluğu sigortası sadece işletenin sorumluluğunu kapsamaktadır. Başka kişilerin özellikle işletenin eylemlerinden sorumlu bulunduğu sürücünün sorumluluğu bu sigorta ile teminat altına alınmamaktadır. Dolayısıyla, işletenin sürücüye yönelteceği taleplerin (mesela sürücünün kusurlu davranışı sonucunda yol açmış olduğu bir kazada işletenin kolunun kırılmış olması sebebiyle yapılan tedavi masraflarının karşılanmasına yönelik tazminat talebi) sigortacı tarafından – bahse konu istisna hükmünün yokluğunda dahi- karşılanması gerekmeyecektir.

Mehaz İsviçre Kanunu, zorunlu trafik sorumluluğu sigortasının

- işletenin ve ayrıca (ek olarak)
- işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin

sorumluluğunu temin edeceğini öngörmüş bulunmaktadır. Bu sebeple, İsviçre’de mezkûr istisna hükmünün anlamı vardır. Çünkü İsviçre’de o istisna hükmü kanunda yer almasa idi, zorunlu trafik sigortası, işletenin sürücüye (veya eylemlerinden sorumlu olduğu bir diğer kişiye –mesela işletenin kendi bünyesinde mevcut olan araç tamir ve bakım servisindeki bir görevlinin aracın trafik kazası yapmasına sebep olan bozukluğa kusurlu eylemi sonucunda yol açmış bulunması halinde bu görevliye) karşı ileri sürdüğü talepleri karşılayacaktı. İstisna hükmü ile –ek bir prim karşılığında özel anlaşma ile sigorta kapsamına alınması daha uygun görülen- işletenin kendi zararlarıyla ilgili talepler teminat dışında bırakılmıştır.

Türkiye’de zorunlu trafik sorumluluğu sigortasının en azından sürücünün sorumluluğunu da kapsar hale getirilmesi gerekir. Bu eksiklik uzun süredir giderilmediği için sürücüler korumasız kalmakta ve Yargıtay da –aslında kaçınmakla yükümlü olduğu bir adım atarak- adaletsiz sonucu içtihat yoluyla kısmen önlemiş bulunmaktadır. Yargıtay içtihatlarına göre, trafik kazasına kusuruyla yol açmış olan sürücüye sigortacılar tarafından rücu edilmesi caiz değildir. Yargıtay, sürücünün sebep olduğu kazada zarar görenlere ödeme yapan trafik sorumluluğu sigortacısının işletenin haklarına halef olarak sürücüye rücu etmesine imkan tanımamakta ve sürücünün “üçüncü kişi” sayılmayacağına karar vermektedir (bkz. Ulaş, s.780-781). Oysa, sürücü hiç kuşkusuz üçüncü kişi sayılır ve sigortacı da kural olarak ona rücu edebilir. İşletenin aracını emanet ettiği ve yüksek maaş ödediği bir sürücünün sevk ku-

suru sonucunda başkalarına zarar vermiş olması halinde ona rücu etmesine engel yoktur. Çünkü, işletenin, çalıştırdığı sürücüden gereken dikkat ve özeni beklemeye hakkı vardır. Hukuken işletenin yerine geçen sigortacının da sürücüye rücu edebilmesi icap eder. Kaldı ki, işleten veya halefi sigortacının sürücüye rücu etmesi yolu içtihatla kapatılsa dahi, kazada zarar gören başka kişilerin kusurlu sürücüden talepte bulunma hakları saklıdır. Bu çerçevede içinde en uygun çözüm, sürücünün sorumluluğunun da zorunlu sigortanın koruması altında olmasıdır.

Sürücünün hafif kusuruyla yol açacağı zararlarda, onun işvereninden (işletenden)

- “kendisini –zarar görmüş olan üçüncü kişilere karşı- sorumluluktan kurtarmasını, veya
- (bizzat işverene veya mallarına gelen zararlarda) hiç sorumlu tutmamasını

istemek hakkı ile donatılması da üzerinde durulması gereken bir çözümdür. Çünkü, sürücünün işletenin yararına ifa etmekte olduğu meslek başkalarına zarar verme tehlikesini içeren bir faaliyettir. Bu faaliyetten yarar sağlayan işletenin, hiç olmazsa hafif kusur hallerinde, bu kusurdan kaynaklanan zararlı sonuçlara bizzat katlanması gerektiği düşünülebilir. Sürücünün ağır kusur niteliğindeki bir sevk kusuru ile (mesela başka bir araçla şehir trafiğinde yarış yaparken hız sınırını misliyle aşarak) başkalarına zarar vermiş olması halinde ise, zorunlu trafik sigortacısı zarar görenlere ödeme yaptıktan sonra, ağır kusurlu sürücüyü çalıştıran işletene rücu edebilecek ve zarar görenlere ödediği tutarları ondan geri isteyebilecektir. Ağır kusurun söz konusu olduğu durumlarda, sigortacıya ödeme yapmaya mecbur kalacak olan işletenin de daha sonra sürücüye dönüp ondan talepte bulunabileceği kuşkusuzdur. Ancak bu halde zorunlu trafik sigortasının şu anki metni uyarınca sürücünün sigorta korumasından yararlanması mümkün olmayacaktır. Çünkü mezkûr sigorta ağır kusur hallerini kapsam dışında bırakmaktadır.

b) Bent B) İşletenin Yakınlarının Eşya Zararları ile İlgili Talepleri

İşletene yakınlığı bulunan bazı kişilerin (eş, altsoy, üstsoy, evlat edinen veya evlâtlık, birlikte oturan kardeşler) eşyaya gelen zararlara ilişkin talepleri de sigorta teminatı dışında bırakılmıştır. Bunun gerekçesi, bu yakınların bu maddi zararlar sebebiyle normal koşullarda tazminat isteminde bulunmayacakları varsayımdır.

c) Bent C) İşletene Ait Sorumluluğun Karayolları Trafik Kanunu'nda Düzenlenmediği Eşya Zararları

Bu hüküm de gereksizdir. İşletenin KTK uyarınca sorumlu olmadığı bir eşyaya gelen zarar esasen KTK m.85 fk.1'de düzenlenen sorumluluğun dışındadır. Bu sebeple de bu zararlarla ilgili taleplerin kapsam dışı olduklarına dair açık düzenleme mevcut olmasaydı dahi, bunların karşılanması söz konusu olmazdı. Bu fıkranın kapsamındaki eşya özellikle şunlardır:

- sigorta konusu motorlu araç (KTK m.87 fk.1)
- (bagaj ve benzeri kişisel eşya hariç) motorlu araçta taşınan eşya (KTK m. 87 fk.2)
- çekilen veya itilen araçlar (KTK m.102 fk.1 son cümle)
- yarışa katılan araçlar (KTK m.105).

d) Bent D) Yarış veya Yarış Denemelerinin Yol Açtığı Zararlar

KTK m.105 hükmüne tabi yarışlardaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan taleplerin zorunlu trafik sigortası dışında bırakılması, yarış düzenleyicileri için zorunlu sorumluluk sigortası öngörülmüş olmasından kaynaklanmaktadır. KTK m.105 fk.1 uyarınca yarış düzenleyicileri yarışa katılanların veya onlara eşlik edenlerin araçları ile gösteride kullanılan diğer araçların sebep olacakları zararlardan işletenin sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca sorumludurlar Ancak, yarışçıların veya onlarla birlikte araçta bulunanların uğrayacakları zararlar ile gösteride kullanılan diğer araçların uğradıkları zararlar için sorumluluk genel hükümlere tabidir. Yarış düzenleyicileri, yarışa katılanların ve yardımcılarının yarış esnasında üçüncü kişilere verecekleri zararlardan sorumluluklarını temin eden bir sigorta yaptırmakla yükümlüdürler.

Yarışa katılan motorlu araçların işletenleri KTK m.85 fk.1 uyarınca sorumlu olmaya devam etmektedirler. Sadece onların sigortası yerine, yarış düzenleyicilerinin sigortası devreye girecektir.

İzinsiz düzenlenen yarışlarda ise, zarara sebep olan motorlu aracın işleteni tarafından yaptırılan zorunlu trafik sigortasından ödeme yapılacaktır (KTK m.105 fk.4). Bu hüküm, mutlak bir anlatım içermekte ise de, zorunlu trafik sigortası, izinsiz yarışın karayolunda cereyan etmemesi halinde devreye girmemelidir. Buna karşılık KTK m.105 fk.5 uyarınca izinsiz yarışın diğer trafiğe kapalı –ancak karayolu niteliğini taşıyan- bir güzergahta yapılmış olması, sigorta teminatının işlerlik kazanmasını engellemez.

e) Bent E) Taşıma Konusu Eşyanın Uğrayacağı Zararlar

Motorlu araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlara ilişkin istisna hükmü lüzumsuzdur. KTK m.87 fk.2 bu eşya ile ilgili sorumluluğun genel hükümlere tabi olduğunu hükme bağlamıştır. KTK m.85 fk.1'deki sorumluluğa tabi bir hal söz konusu olmadığı için, araçta taşınan yüklerin uğradığı zararla ilgili talepler esasen (KTK m.92 bent e'nin yokluğunda dahi) sigorta teminatı dışında kalmaktadır.

f) Bent F) Manevi Tazminata İlişkin Talepler

Manevi tazminat talepleri KTK m.90 uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine tabi bulunmaktadır. Burada KTK m.85 fk.1 kapsamındaki bir sorumluluk söz konusu olmadığı için aslında bu istisna hükmüne de gerek yoktur.

KTK m.85 fk.1, sadece kişiye gelen zararların (ölüm, yaralanma) ve eşya zararlarının tazmini hakkında düzenleme getirmektedir. Manevi tazminat düzenleme dışında kalmaktadır.

3) Madde 94- İşletenin Değişmesi

İşletenin değişmesi halinde, kanun devredeni (işleten sıfatını kaybeden kişi kastediliyor) 15 gün içinde sigortacıya durumu bildirmekle yükümlü tutulmaktadır. Sigortacı sigorta sözleşmesini değişikliği öğrendiği tarihten başlayarak 15 gün içinde feshetmek hakkını haizdir. Sigorta fesih tarihinden 15 gün sonrasına kadar geçerli kalacaktır.

KTK m.94'ün içerdiği bu düzenleme, sigorta hukuku ilkeleri bakımından eksik ve hatalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, eksik olan temel husus, işletenin değişmesi halinde sigortanın yeni işletenle devam edeceğinin kanunda belirtilmemiş olmasıdır. Ancak bu da yeterli olmayacaktır. Ayrıca yeni işletenin yararlandığı bir trafik sorumluluğu sigortası varsa, mevcut sigortanın geçerliliğini yitireceği de hükme bağlanmalıdır.

Kanundaki "devreden (işleten)" sözcüğü "araç üzerindeki hakimiyetin işleten sıfatının kazanılmasına yetecek biçimde devredilmesini" anlatmaktadır. Sigortanın yeni işletenle devam edeceği hakkında açık düzenleme getirilmedikçe,

- sigortacının (durumu öğrendikten sonra) 15 gün içinde sözleşmeyi feshedebileceğini
- bu hak kullanıldıktan 15 gün sonra kadar sigortanın devam edeceğini

öngörmenin anlam ve sonucu yoktur. Çünkü, belirli bir kişinin (işleten sıfatıyla) sorumluluğu için yaptırılan sigortanın, kendiliğinden hiç bir yasal dayanak olmaksızın yeni işletenle devam etmesi (yeni işletenin sorumluluğunu temin etmesi) mümkün değildir.

4) Madde 95- Tazminatın Azaltılması veya Kaldırılması Sonucunu Doğuran Haller

a) Fıkra 1- Sigorta Sözleşmesine İlişkin Kanun Hükümlerinden veya Sigorta Sözleşmesinden Doğan Savunmaların Zarar Görene Karşı Sürülmesi Yasağı

KTK, zarar gören üçüncü kişinin durumunu kuvvetlendirmek için, sigortacının sözleşme veya kanun hükümleri uyarınca edim yükümlülüğünden kısmen veya tamamen kurtulması gereken hallerde, bu durumun savunma olarak zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesini yasaklamıştır. Söz konusu yasağın, zarar gören üçüncü kişiye sağlanan doğrudan doğruya sigortacıyı dava etmek hakkı ile birlikte değerlendirildiğinde, zarar görenleri korumak amacıyla oluşturulan sistemin önemli bir halkasıdır.

Yasağın kapsamına en başta sigorta sözleşmesinden doğan savunmalar girmektedir. Bunlar, emredici hükümlere aykırı olmayan ve hukuken geçerli sayılmaları gereken tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldıracı veya azaltıcı savunmalardır. Mesela, aracın kaza sırasında yeterli sürücü ehliyetine sahip bulunmayan bir kimse tarafından sürülmesi (sürücü adayının yanında kimse olmadan trafiğe çıkması da bu niteliktedir); kazaya ağır kusurla sebep olunması. Zorunlu Trafik Sorumluluğu Sigortası Genel Şartları m.4'te sayılan "sigorta ettirene rücu edilecek haller" aslında sigorta kapsamında olmayan (teminat kapsamı dışında bırakılmış) haller olarak anlaşılmalıdır. Çünkü sigortacı tarafından üçüncü kişiye ödeme yapıldıktan sonra sigorta ettirene rücu edilmesi ancak bu hallerin teminat kapsamında olmaması durumunda mümkündür.

Diğer taraftan, sigorta sözleşmesine ilişkin yasa hükümlerinden doğan savunmalar da yasağın kapsamındadır. Mesela sözleşme öncesi bildirim görevine aykırılık; koruma önlemleri alma görevine aykırılık. KTK, çok da yerin-

de olmayan bir ifade kullanarak, zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi mümkün bulunmayan (ikinci grup) savunmaları “sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden kaynaklanan savunmalar” şeklinde tanımlamıştır. Mevzuat İsviçre Trafik Kanununda ise “Sigorta Sözleşmesi Kanunu”na yollama yapılmıştır. Doğrusu da budur. Bu sebeple, KTK’nun da “sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümleri” yerine “Türk Ticaret Kanunu’nun sigorta sözleşmesine ilişkin hükümleri” denmeliydi. Çünkü, “sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümleri” KTK’ndaki trafik sorumluluğu sigortası ile ilgili hükümleri de kapsayacak kadar geniştir. Mezkûr geniş ifadeye dayanarak mesela KTK m.92 bent b’deki işletenin yakınlarının mallarına gelen zararlar istisnası ile KTK m.92 bent d’deki yarış istisnasının zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilmesi gerektiği düşünülebilir. Oysa, bu hallerin zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi mümkün olmak lazımdır.

b) Fıkra 2- Sigortacının Sigorta Ettirene Rücü Etmek Hakkı

Sigortacı, sigorta ettirene karşı yararlanma hakkına sahip bulunduğu savunmaları zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri süremeyip ona tazminat ödemek zorunda kalırsa, ödediği tutarı daha sonra sigorta ettirenden geri alma hakkı ile donatılmıştır.

Yargıtay yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi sürücüye karşı açılan rücu davalarını kabul etmemekte ve sigortacının sadece sigorta ettirene rücu edebileceğini vurgulamaktadır. Oysa sigortacının sürücüye yönelik rücu alacağı yasal halefiyetten kaynaklanmış olabilir. Yasal halefiyet sorumluluk sigortalarında da uygulama alanı bulan bir ilkedir.

5) Madde 96- Zarar Görenlerin Çokluğu

Birden fazla zarar görenin söz konusu olduğu hallerde, bunların toplam tazminat alacakları sigorta teminat limitinden fazla olabilecektir. Böyle bir durumda, her bir zarar görenin –sigortacıya başvurarak– bütün zararını elde etmesi mümkün olmaz. Zarar görenlerin talepleri, sigorta teminat limitinin tazminat alacakları toplamına olan oranı uygulanarak indirime tabi tutulur.

Sigortacı, kendisine başvuran zarar görenlerin dışında başka zarar görmüş kişilerin de var olduğunu bilmeyebilir. Sigortacı başvuruda bulunanlara ödeme yapar ve bu şekilde teminat limiti tüketilerek diğer (sonradan ortaya çıkan) zarar görenlere ödenecek bir tutar kalmazsa, iyi niyete bakılır. Eğer sigortacı, başvuru sahiplerine ödeme yaparken başka zarar görenlerin var ol-

duğunu bilmemekte ve bilmesi de gerekmemekte ise iyi niyetli kabul edilir ve borcundan kurtulmuş olur.

Sigortacı, trafik kazasına ilişkin tutanakta ismi yazılı zarar görenleri hesaba katmak zorundadır.

Uygulamada birden çok zarar görenin mevcut olduğu hallerde, bunlardan sadece birinin veya birkaçının dava açması söz konusu olmuşsa, mahkemeler diğer zarar görenlerin de dava açmaları olasılığını göz önünde tutarak, açılan davaları zamanaşımı süresinin sonuna kadar bekletmekte ve bu arada sigortacının ödemesi gereken tutar da henüz belirli olmadığı (dava açan zarar görenlere düşecek pay kesinleşmediği) için temerrüt faizi de işletmemektedirler (bkz. Ulaş, s.772). Ancak, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin bir kararında bu uygulamanın yumuşatıldığı ve kazayı izleyen bir buçuk sene boyunca yargıya başvurmamış olan bir zarar göreni dikkate almayarak hüküm kurulmasının hukuka uygun olduğuna hükmedildiği görülmektedir (bkz. Ulaş, s.773). Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de konuyu "sigortacının iyi niyetle ödeme yapması" bağlamında değerlendirmektedir (bkz. Ulaş, s. 774-775). Bu sebeple, trafik kazası tutanağında belirtilmeyen bir zarar görenin hesaba katılmamış olması veya zarar görenlerden birini veya birkaçını hesaba katmayan bir mahkeme kararı uyarınca icra veznesine ödeme yapılması iyi niyetle ödeme sayılmış ve sigortacının hesaba katılmamış olan zarar görenlere karşı da sorumluluktan kurtulmuş olduğu sonucuna varılmıştır.

Oysa, mehzaz İsviçre hukukunda yasa sorunu açık bir hükümle çözüme kavuşturmuş bulunmaktadır. LCR m. 66 fk.2 uyarınca "Gerek dava açmış olan zarar gören gerek davalı sigortacı, hakimden, diğer zarar görenlere, aksine davranışın sonuçlarını da bildirerek, o mahkemede dava açmaları için süre verilmesini talep edebilir. Sigortacının ödeyeceği tazminat tutarının zarar görenler arasında nasıl paylaştırılacağı o mahkemece karara bağlanır. Paylaştırmada, diğer taleplerin varlığına bakılmaksızın, öncelikle süresinde dava açan zarar görenlerin talepleri karşılanır".

Bizde de bu çözüm benimsenmelidir. Diğer taraftan, hiç değilse sigortacının ödemesi gereken limit tutarını nemalandırılmak üzere bir hesaba yatırması sağlanmalı ve dava yoluna başvuran zarar görenlerin paylaşırmanın gecikmesinden dolayı kayba uğramaları bir ölçüde önlenmelidir.

6) Madde 94- Doğrudan Doğruya Talep ve Dava Hakkı

KTK, zarar gören üçüncü kişiye doğrudan doğruya sigortacıya karşı talepte

bulunmak ve onu dava etmek hakkını tanımıştır. Günümüzde Yargıtay, sadece trafik sorumluluğu sigortasında değil fakat bütün sorumluluk sigortalarında zarar gören kişiye sorumluluk sigortacısını doğrudan doğruya dava etmek hakkını vermektedir. Bu sebeple, KTK, yürürlükteki genel kural doğrultusunda çözüm içerir hale dönüşmüş bulunmaktadır.

7) Madde 98- Tedavi Giderlerinin Ödenmesi

Yaralanma söz konusu olduğunda, aracın zorunlu trafik sigortacısı başvurma tarihinden itibaren 8 gün içinde zorunlu sigorta limitleri dahilinde ödemekle yükümlüdür.

Kanunda ödeme yükümlüsü olarak “aracın zorunlu sorumluluk sigortasını yapan sigortacı” gösterilmiş bulunmaktadır. Bunu “kazaya sebep olan aracın sigortacısı” olarak anlamak gerekir.

Kazaya iki veya daha fazla araç karışmış olduğu takdirde, illiyet bağının kesildiği haller dışında bütün araçların işletenleri müteselsilen sorumlu olacaktır (KTK m.88 fk.2). Dolayısıyla birden fazla sorumlu işleten ve birden fazla sorumlu sigortacı söz konusu olabilecektir. KTK m.98 fk.2 ise, birden çok aracın karıştığı bir trafik kazasında yaralanan kişilerin, araçların sigortacılarından herhangi birine başvurabileceklerini hükme bağlamaktadır. Kazaya karışan araçlardan birinin işleteni –mesela kaza diğer araçların sürücülerinin ağır kusurundan ileri gelmiş bulunduğu için– sorumlu değilse (kırmızı ışıkta kurallara uygun şekilde durmuş bulunan araca alkollü sürücü yönetimindeki bir araç arkadan hızla çarpıyor ve öndeki araçta bulunan bir kişinin yaralanmasına yol açıyor), acaba KTK m.98 fk.2 uyarınca o aracın sigortacısı sorumlu tutulabilecek midir? Kanımızca, sorumluluk sigortası, sorumluluk mevcut ise devreye girmelidir. İliyet bağı kesildiği için sorumluluğun söz konusu olmadığı hallerde, sigortacının ödeme yükümlülüğü de doğmayacaktır.

Birden çok aracın karıştığı bir kazada işletenlerden biri bedensel zarara uğramış olursa (KTK m.89 fk.1), diğer araçların işletenleri kendilerine düşen kusur oranında sorumlu olacaklardır. Bu sebeple mesela kaza her iki işletenin de yüzde elli kusuru sebebiyle meydana gelmiş bulunduğu takdirde, bedensel zarara maruz kalan işleten, diğer işletenden uğradığı zararının yarısını isteyebilecektir. Burada bedensel zarara uğrayan işletenin kendi aracının sigortacısından herhangi bir talepte bulunmaya hakkı olmadığı gibi, diğer aracın sigortacısından da sadece zararının yarısını talep etmeye hakkı vardır.

Bir motorlu aracın sebep olduğu kazada yaralananlar,

- ilk yardım
- muayene ve kontrol
- tedavi masrafları
- tedavinin gerektirdiği diğer masraflar

için o aracın sorumluluk sigortacısından talepte bulunabileceklerdir.

KTK m.8 uyarınca özel veya resmi sağlık kuruluşları bir trafik kazası sonrasında acilen getirilen veya başvuran kişilere Sağlık Bakanlığı'nın tarifesi- ni uygulayarak tıbbi hizmet vermekle yükümlüdür. Bu hizmet sebebiyle sağ- lık kuruluşunun hak ettiği (tarifeye göre belirlenen) ücret zorunlu trafik so- rumluluğu sigorta limitini aşsa dahi, sigortacıdan talep edilebilmektedir. Ancak, sigortacı, limitten fazla ödediği tutarları Garanti Hesabı'ndan geri alma hakkına sahiptir. KTK m.8'de yer alan bu düzenleme göz önünde tutul- duğu takdirde, yasanın zarar görenlerin sağlık kuruluşuna ödeme yapma- malarını, trafik kazasından kaynaklanan acil tedavi giderlerinin bütünüyle sigortacıdan tahsilini öngördüğü anlaşılmaktadır. Ancak uygulamada sağlık kuruluşları hemen daima ücretlerini yaralanan kişilerden veya yakınların- dan tahsil etmekte; çoğu zaman da yasal ücret sınırlamasını dikkate alma- yarak, Sağlık Bakanlığı tarifesi yerine kendi tarifelerini uygulamaktadırlar. Sağlık kuruluşuna –KTK m.8'deki ücret sınırlamasını bilmeksizin– ödeme yapan zarar gören kişiler de, ödedikleri tutarları zarardan sorumlu sigorta- cıdan istemektedirler. Sigortacılar, bu durumda

- zarar görene, onun sağlık kuruluşuna ödemiş olduğu tutarı geri öde- yerek, tarifeye göre fazla aldığı tutarı sağlık kuruluşundan, -eğer li- mitten fazla ödeme yapılması söz konusu olmuşsa, fazlayı Garanti hesabı'ndan- geri istemek; veya
- zarar görene sadece tarife uyarınca ondan alınmış olması gereken tu- tar kadar ödeme yapıp, fazla ödediği kısım için sağlık kuruluşuna başvurmasını önermek

şıklarından birini tercih etmektedirler. Şu an için uygulamada ikinci yol rağ- bet görmektedir. Henüz yargı bu sorunu çözüme bağlamış değildir. Kanuna göre Sağlık Bakanlığı tarifesinde yazılı olandan fazlasını talep etmemek zo- runda olan bir sağlık kuruluşunun, son aşamada fazla tahsil ettiği tutarı ge- ri vermekle yükümlü tutulacağı açıktır. Zarar gören-trafik sigortacısı ilişki- sinde ise, mali yükün (geçici olarak) sigorta şirketine yüklenmesi yargı or- ganlarına daha ılımlı bir çözüm olarak görünebilir. Konu yoruma açıktır.

8) Madde 99- Tazminat ve Giderlerinin Ödenmesi

Yasa, sigortacının kaza tespit tutanağının kendisine ibrazından itibaren en geç sekiz iş günü içinde ödeme yapmak zorunda olduğunu hükme bağlamıştır. Bu yükümlülük sigortacının sorumluluk şartlarının gerçekleşmiş olduğunu saptaması üzerine söz konusu olmak gerekir. Eğer sorumluluğu sigorta edilmiş olan işletenin olayda sorumlu tutulmaması gerektiği kaza tespit tutanağına rağmen geçerli şekilde saptanmakta ise sigortacının ödeme yapma yükümlülüğu olmaz.

9) Madde 102- Motorlu Araç Römorkları

Bir römorkun, yarı römorkun veya çekilen bir aracın sebep olduğu zarardan dolayı çekicinin işleteni, KTK'nda motorlu araç işleteni için öngörülen hükümler uyarınca sorumludur. Çekilen araç için sorumluluk ise genel hükümlere göre belirlenecektir.

Çekicinin işleteni tarafından yaptırılan sigorta, römorkun sebep olacağı zararlardan sorumluluğu da kapsamaktadır.

Bu düzenleme çerçevesinde çekicinin işleteni, çekilen araçtan kaynaklanan zararlardan her halde –çekicinin işleteninde veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerde herhangi bir kusur bulunmasa ve kaza tamamen çekilen araçtan –mesela bundaki bir bozukluktan kaynaklanmış olsa dahi– sorumlu olacaktır. Kazanın münhasıran çekilen araçtaki bir bozukluktan ileri geldiği hallerde, eğer çekilen aracın ilgilisi çekicinin işleteninden başka bir kişi ise, çekilen aracın ilgilisi de kusuru bulunmak koşuluyla sorumlu tutulabilecektir. Bu gibi bir halde çekicinin işleteninin çekilen aracın ilgisine rücu edebilmesi gerekir. BK m.51 uyarınca, kanundan dolayı sorumlu tutulan çekicinin işletenine, kusuru dolayısıyla sorumlu tutulan çekilen aracın ilgilisine dönmek hakkını tanımak lâzımdır.

Çekicinin işleteni ile çekilen aracın ilgisinin farklı kişiler olduğu durumlarda, eğer kaza tek başına çekiciden kaynaklanmışsa, çekilen aracın ilgisinin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Kazanın aynı anda hem çekiciden hem de çekilen araçtan ileri gelmiş sayılması gerekiyorsa –mesela çekicinin sürücüsünün hatası ile çekilen araçtaki bozukluk kazaya birlikte sebep oluyorlar- çekilen araçtaki bozukluk bu aracın ilgilisi hesabına bir sorumluluk sebebi oluşturmadığı takdirde çekilen aracın ilgilisi sorumlu olmayacak; buna karşılık çekicinin işleteni sorumlu tutulabilecektir. Bu gibi bir durumda, kazadan kaynaklanan sorumluluğun çekicinin işleteninin ve onun sigortacısı-

nın üzerinde kalması adalete pek uygun düşmemektedir. Bu gibi bir halde çekicinin işletenin çekilen aracın ilgisine rücu edebilmesi ancak aralarında buna imkân veren bir sözleşme ilişkisi varsa mümkün olabilecektir. BK m.51 bu ihtimalde uygulanmaz çünkü çekilen aracın ilgilisi herhangi bir sebeple sorumlu bulunmamakta; birden fazla kişinin farklı sebeplere dayanarak “sorumlu olmaları” şartı gerçekleşmemektedir. Kanımızca, çekilen araçtaki bozukluğun üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilen bakım veya onarımdan ileri geldiği hallerde, o üçüncü kişiyi çekilen araç ilgilisi ile çekicinin işleteni arasında mevcut olan ve çekilen aracın ilgisine (çekicinin işletene karşı) “çekilen aracı elverişli halde teslim etmek” borcunu yükleyen sözleşmesel ilişki açısından “yardımcı kişi” saymak ve çekilen aracın ilgisini BK m.100 uyarınca sorumlu tutmak mümkündür.

KTK m.102 fk.3, insan taşımada kullanılan römorklar için özel bir düzenlemeye yer vermiş ve bu halde ek bir sorumluluk sigortası yaptırılarak “tüm katarın” (?) en az zorunlu mali sorumluluk sigortası tutarlarının kapsamına girmesinin sağlanması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu hükme pek anlam verebilmiş değiliz.

10) Madde 104- Motorlu Araçlarla İlgili Mesleki Faaliyette Bulunanlar

Bir motorlu aracın işleteni, o aracın onarım, bakım, alım-satım, araçta değişiklik yapılması veya benzeri bir amaçla “motorlu araçla ilgili mesleki faaliyette bulunan bir teşebbüse bırakılması halinde, o araçla başkalarına verilmiş olan zararlardan sorumlu değildir. Bu gibi bir halde sorumluluk motorlu araçla ilgili teşebbüsün sahibine aittir. Bu kimse, tıpkı işleten gibi sorumludur ve söz konusu sorumluluk için sigorta yaptırmakla yükümlüdür. Aksi halde, işyerleri faaliyetten men edilebilecektir.

KTK m.104 çerçevesinde tamirciler, garaj işleticileri, galeri sahipleri, motorlu araç bakım istasyonları, araç temizleme hizmetini veren istasyonlar (kendilerini oto kuaförü olarak adlandırmaktadırlar), kendilerine bırakılan araçların başkalarına verecekleri zararlardan sorumludurlar.

Tamirhanede aracın yanması ve bu yangının başka araçlara da zarar vermesi veya tamirhane içinde bir araca yaptırılan manevra veya yer değiştirme sırasında başka araçlara çarpma sonucu meydana gelen zararların giderilmesi, teşebbüs sahibinin (tamirhane işleticisinin) yaptırdığı sigorta, sadece KTK uyarınca işletenin sorumlu olduğu halleri kapsıyorsa devreye girmeyebilecektir. Çünkü, bu sayılan hallerde, zarar aracın işletilmesi sonucu mey-

dana gelmiş sayılmayabileceği gibi KTK'nın yer itibariyle uygulanma şartları gerçekleşmemiş olabilir.

11) Madde 107- Çalınan veya Gasbedilen Araçlardan Sorumluluk

Motorlu aracın çalınması halinde, araç işletenin veya eylemlerinden sorumlu bulunduğu kişilerin bu çalınma bakımından kusurlu sayılmaları gerekiyorsa, araç işleteni sorumlu kalmaya devam eder. Buna karşılık kendi veya eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusuru yoksa, sorumluluktan kurtulmuş sayılır ve o araçla başkalarına verilen zararlar için sadece aracı çalan veya gasp eden kimse (ve onunla beraber bu durumu bilen yahut bilebilecek durumda olan sürücü) sorumlu tutulur.

Kanun, çalınan veya gasp edilen bir araca bu durumu bilerek binmiş olan yolculara karşı sorumluluğun genel hükümlere tabi olacağını öngörmektedir. Bu düzenleme, en başta hırsız veya gaspçı bakımından anlam taşımaktadır. Onlar, araçta durumu bilerek kendi istekleriyle bulunan yolculara karşı kusurları olduğu takdirde sorumlu tutulabileceklerdir. Araç işleteni de, bu yolcuların maruz kaldığı zararlardan eğer aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kusurlu ise ve ilaveten hırsız yahut gaspçı dahi meydana gelen kazada kusurlu bulunmakta ise sorumlu olacaktır.

İsviçre'de benimsenen çözüm şu şekildedir (LCR art.75):

- Aracı çalan veya gasp eden kişi işleten gibi sorumludur; aracın çalındığını veya gasp edildiğini bilen veya bilmesi gereken sürücü de onunla birlikte müteselsilen sorumlu tutulabilmektedir.
- Çalınan veya gasp edilen aracın işleteni, aracı çalan veya gasp eden kimselere ve aracın çalındığını veya gasp edildiğini bilen veya bilmesi gereken sürücüye karşı sorumlu olmamakta; fakat diğer kişilere karşı sorumluluktan kurtulamamaktadır
- İşleten veya sigortacısı aracı çalan veya gasp eden kişiye yahut sorumlu sürücüye rücu etmek hakkını haizdirler
- Sigortacı, aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kusuru olmayan işleteni parasal dezavantaja maruz bırakamaz.

Aracı çalınan veya gasp edilen işletenin üçüncü kişilere karşı sorumlu olmaya devam etmesi, üçüncü kişinin ağır kusurunun illiyet bağını keseceği ilkesine uygun düşmemektedir.

12) Madde 109- Zamanaşımı

Karayolları Trafik Kanunu sadece “maddi zararlarla” ilgili hüküm içermektedir. Can zararları genel hükümlere bırakılmıştır. Bu eksik düzenlemenin sebebi belirsizdir.

Zamanaşımı iki sene olarak öngörülmüştür. Eğer ceza zamanaşımı daha uzun ise, maddi zararların tazminine yönelik özel hukuk talepleri de ceza zamanaşımına tabi olacaktır.

Zamanaşımı, zarar görenin zararını ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği andan itibaren işleyecektir. Her halde, kazadan itibaren on yıllık bir tavan söz konusudur.

Kanunun özelliklerinden biri de, trafik sorumluluğunu sigorta etmiş olan sigortacıya karşı kesilen zamanaşımının, sorumluluğu sigorta edilmiş tazminat yükümlüsüne karşı da kesilmiş sayılmasıdır. Bunun tersi de geçerlidir: Eğer zamanaşımı tazminat yükümlüsüne karşı kesilmişse, onun sigortacısına karşı da kesilmiş olur.

Tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu haklarına ilişkin zamanaşımı ise, kendi yükümlülüklerini yerine getirmelerinden ve rücu edilecek kişiyi öğrenmelerinden itibaren iki yıldır.

Kanun yukarıda belirttiğimiz hükümlerin dışında kalan hususlarda genel hükümlerin uygulanacağını öngörmüş bulunmaktadır.

13) Madde 110- Yetkili Mahkeme

Kanun, motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davaların

- Sigortacının merkez veya şubesinin bulunduğu yerde
- Sigortaya aracılık eden acentenin bulunduğu yerde
- Kazanın meydana geldiği yerde

açılabilceğini hükme bağlamaktadır.

İsviçre kanununda ise kaza yeri mahkemesi yetkilidir. Eğer henüz kendilerine tazminat ödenmemiş bütün zarar görenler razı iseler, sorumlulardan bi-

rinin ikametgahı veya sigortacıya açılacak davalarda sigortacının merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir (LCR art. 84).

Türk düzenlemesi hatalıdır:

- Sigortacının şubesinin bulunduğu yer mahkemesi, kaza o şubenin bölgesi dışında meydana gelmişse uygun bir seçim değildir. Sigortacıların bölge müdürlükleri şube niteliğindedirler. İzmir’de meydana gelen bir trafik kazası için sigortacının Karadeniz Bölge Müdürlüğü’nün bulunduğu Samsun veya Trabzon’da dava açılması ise yanlıştır.
- Sigortaya aracılık eden acentenin mahkemesinde dava açmak da isabetsiz bir çözümdür. Acentelerin usuli taraf olma (müvekkillerine izafeten hasım gösterilebilme) yükümlülükleri sadece aracılık ettikleri sözleşmeler bakımından mevcuttur (TTK m. 119 fk.2). Oysa trafik kazaları sözleşme dışı ilişki meydana getirmektedir.
- Diğer taraftan, kanun “motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin dava” şeklinde çok geniş bir anlatım içermektedir. Buna göre, kazanın meydana geldiği yerde sigortacıyı; sigortacının merkezinin bulunduğu yerde de işleteni dava etmek mümkün olabilecektir. Oysa, işleteni sigortacının merkezinde dava edebilmek ancak aynı zamanda sigortacı da orada dava edilmişse mümkün olabilmelidir.

14) Madde 111- Sorumluluğa İlişkin Anlaşmalar

Karayolları Trafik Kanunu’nda düzenlenen hukuki sorumluluk zarar görenler lehine emredicidir. Sorumluluğu önceden yapılacak anlaşma ile daraltmak veya kaldırmak mümkün bulunmamaktadır. Uygulamada -trafik kazalarından doğan sorumluluk hallerin çok büyük çoğunluğunda sözleşme dışı olduğu için- önceden yapılacak sorumsuzluk anlaşmaları esasen çoğu halde mümkün de bulunmamaktadır. Buna karşılık, sonradan yapılan anlaşmaların geçersiz sayılmaları için sebep yoktur. Ancak, kanun sonradan yapılacak anlaşmalara ilişkin olarak da sınırlama getirmiştir. Taraflarca anlaşma yoluyla belirlenen tazminat miktarının gerçeğe uygun bulunmadığı (yetersiz veya fahiş olduğu) açıkça belli ise, bu anlaşma iki yıl içinde iptal ettirilebilecektir.

1839'DAN BUGÜNE TÜRKİYE'NİN BİTMİYEN SEVDASI: AVRUPALI OLMAK

*Prof. Dr. Duygun YARSUVAT**

Avrupalı olmak, Osmanlı için bir tutkudur. Avrupalı olabilmek için, Osmanlı, Avrupalı Devletlerin kendisini mecbur kıldıkları bir takım yenilikler yapmayı kabul etmiş, bir başka ifade ile kendi isteğiyle Avrupalı Devletlerin baskısı altına girmiştir.

Türkiye de son 200 yıldır Avrupalı olmak için çaba sarfetmektedir. Gerek Osmanlı, gerek Türk, uslu çocuk ol seni de Avrupalı yapacağız ninnisiyle 200 yılı aşkın bir süreden beri uyutulmaktadır. Gerçi Osmanlı, Avrupalı olmayı Devletinin kuruluşundan beri arzulamıştır. İlk önce bu arzusunu Avrupa'da fetih yoluyla gerçekleştirmek istemiştir. Ancak, skolastik yapısı, islam dininin yönetim üzerinde etkili olması, hatta matbaanın keşfinden 300 yıl sonra Osmanlı'ya girmesi, fetih becerisini ortadan kaldırmış, bu kez Osmanlı, siyaseten Düvel-i Muazzama arasına girmenin yollarını aramaya başlamıştır.

Son günlerde yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu'nun 1'inci maddesinde yer alan hükme baktığımızda, gayri ihtiyari tarihi gelişim hatırlanmaktadır. Ceza Kanunu'nun amacı; "kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek"tir.

1839 Gülhane Hattıhümayunu (Tanzimat Fermanı) içeriğinde ilk önce "Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan beri şeriata uyulduğu için, Devletin kudretli, halkın refah içinde olduğu halde, 150 yıldır şeriat ve faydalı kanunlara uyulmaması nedeniyle zaaf ve fakirlik geldiği" tespiti yapılmaktadır.

Yine fermana göre, "ülkenin coğrafi mevkii verimli arazisi ve halkın yetenekleri" dolayısıyla doğru tedbirlerle 5-10 sene içinde kalkınılabiliyordu. Ted-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

birlerine baktığımızda ilk sıralanan husus, can, ırz ve mal güvenliği olarak belirlenmiştir. Bunun ilk belirtisi, yönetenler sınıfının kul olarak kabul edildiklerinden, yargılanmadan idam edilmesi mümkündür. Buna siyaseten “katl” denmekteydi. Böylece padişahın bir yetkisinin azaltılması görülmekteydi.

İkinci husus vergi, askerlik konuları gelmekteydi ve Müslüman olanlar kadar, Müslüman olmayanlar da askerlik görevini yapacaklardı. En son olarak, meclis-i ahkamı adliye kurulacak, bu meclis tarafından yapılacak kanunlara uygun davranılacağına dair padişah, ulema ve vekiller yemin edeceklerdi. Rütbeye, hatır ve gönüle bakmadan, cezalarını vermek üzere bir Ceza Kanunnamesi yapılacaktı.

Dikkati çeken bir başka husus da Osmanlı İmparatorluğu’nda padişaha çalışan memurların yetecek maaşlarının olmadığı ve bu maaşların yeterli hale getirilerek rüşvetin kaldırılacağı inancı belirtilmekteydi. Ve ferman yeni bir dönemin açılmakta olduğu hususunu da kesinlikle ortaya koymaktaydı. Ancak bu fermanın iki tane yaptırımını da söz konusudur. Birincisi bu düzenleme İstanbul’daki bütün Avrupa Devletleri Elçiliklerine bildirilecekti. Bir nevi garantörlük işlemi yüklenmekteydi. Başka bir ifadeyle, tanzimatın bu yaptırımını Avrupa Devletlerinin Osmanlı Devleti üzerindeki ağırlığının bir belirtisiydi.

Tanzimat fermanının bir ikinci müeyyidesi ise, yaptırımını Allah idi. Ferman da yer alan hususlara aykırı davranışta bulunanlara “Allah’u Teala Hazretlerinin lanetine mazhar olsunlar ve ilelebet felah bulmasınlar” diye beddua edilmekteydi. Böylece ikinci yaptırım da, tanrının bu kimseler üzerindeki laneti olarak şekillenmişti.

Osmanlı İmparatorluğu bu dönemde iktisadi ve askeri iflaslarla boğuşmaktaydı. Büyük bir ekonomik kriz askeri alanda da başarısız sonuçlar, dolayısıyla Osmanlı’nın bağımsızlığı önemli ölçüde azalmıştı. Tanzimatın mimarı Mustafa Reşit Paşa, İngiliz İmparatorluğu’nun desteğiyle siyasetini yürütmüştür. Ancak İngiltere’nin etkisi yanında da, dış etkenlerin olağanüstü ağırlığı da vardır. Müslim gayrimüslimler arasında eşitlik ilkesinin ilan edilmesi müsbet bir olay, ama gayrimüslimler arasında ve Müslimler arasında ayrıcalıklı zümreler oluşturmaları, Osmanlı İmparatorluğu’nun geleceği açısından tehlikeli davranışlardı. Nitekim, bu düşüncenin devamını Osmanlı İmparatorluğu devrinde de yaşadık, günümüzdeki olaylara da bir göz atmak cumhuriyet devrinde de aynı durumda olduğumuzu anlamak için yeter.

Ayrıca Osmanlı’da mevcut lonca endüstrisi yıkılmış, ancak yerine çağdaş bir

endüstri kurulmamıştır. Osmanlı, ülkesini batının sanayii ürünlerine açık pazar haline de getirmiştir.

Osmanlı İmparatorluğu'nun yakın tarihinde ikinci yenilik dönemi 1856 İslahat Fermanı'dır. Kırım Harbi'ne Osmanlı İmparatorluğu da katılmış ve bu arada İngilizleri korumak için ikibin Türk piyade askerini Kırım'da İngilizler yanında savaşmak üzere ödünç verilmesidir. Viyana Anlaşması'nda öngörülen şartlardan biri de, Osmanlı Devleti'nin Hıristiyan uyruklara tanımış olduğu hakların yeniden teyididir.

İşte 1856 İslahat Fermanı eski hakları teyid etmesinin yanında, başka açıklamaları da beraberinde getirmiştir. Bunların en önemlileri, Müslüman olmayanların askeri ve sivil bütün okullara girme hakkını, Müslüman'la Müslüman olmayanlar arasında veya gayrimüslimlerin kendi aralarındaki ihtilaflarda ayrı mahkemelerin kurulmasıydı. Ceza ve Ticaret Mahkemeleri gibi... Bunlar için ceza, ticaret ve usul kanunları hazırlanacaktı. Müslüman olmayanları askerlikten istisna kılabilmek için bedel uygulamasına yer verilmiştir. Yabancılarla gayrimenkul edinme hakkı tanınmıştır. Tanzimat Fermanında yer alan hükümlerin teyid edilmesi ve Müslüman olmayanların cemaat kurumlarında da laikleşme ve demokratikleşme yönünden değişiklikler öngörülmüştü.

Paris Kongresi'nde Osmanlı İmparatorluğu'nu ilgilendiren önemli kararlar alınmıştır. O zaman için bunlardan en önemlisi, Paris Kongresi'ne katılan Avrupa Devletleri'nce Osmanlı ülke bütünlüğüne uymanın kabul edilmesidir.

İkinci olumlu nokta, Osmanlı Devleti'nin Avrupa camiasına girmesi ve Avrupa genel hukukundan, yani Devletler Umumi Hukuku'ndan yararlanmasının da kabul edilmesidir. Bunu günümüzde yorumlamak gerekirse, Türkiye'nin şu anda 2000'li yıllarda içinde bulunduğu durumu incelemek gerekir. Bu kabule kadar, yani Uyum Yasaları denen kanunların yapılmasına kadar Türkiye Cumhuriyeti tıpkı Osmanlı Devleti gibi şu ya da bu ölçüde hukuk dışı, hiç değilse Avrupa Hukuku dışı bir ülke olarak kabul edilmekteydi. O tarihlerde bu gelişme Osmanlı Devlet adamları için son derece mutluluk getiren gelişmedir. Avrupalılarca "adam yerine konulduklarını" göstermekteydi. Tanzimat pašaları bir başarı olarak görüyorlar ve mutluluğun en üst noktasında olduklarını belirtiyorlardı.

24 Eylül 2004 tarihli gazetelere baktığımızda, Sabah Gazetesi'nde "Biz Avrupalıyız, Önümüzde Bir Engel Kalmadı", Hürriyet Gazetesi'nde "Yolumuz Açıldı", Akşam Gazetesi'nde "Tam Yol Avrupa", Milliyet Gazetesi'nde "AB'ye Daha Yakınız", Radikal Gazetesi'nde "Rapor Tamam, Sıra Kararda", Vatan Gazetesi'nde "Harika Sonuç", Türkiye Gazetesi'nde "Artık Engel Kalmadı", Güneş Gazetesi'nde "Yanlış Hesap Brüksel'den Döndü" ibarelerinin yer aldı-

ğını görüyoruz. Bu ibareler 150 yıl önce olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin, kamu yöneticilerinin de başarının ve mutluluğun zirvesinde olduklarını hissettirmektedir. Ancak, tarihe baktığımız vakit, Paris Anlaşması'yla kazanılmış bulunan Avrupalılık sadece lafta kalmış, herhangi bir değişiklik de olmamıştır. Eşitlik ve Avrupalılık tamamen lafta kalmıştır. Paris Kongresi sırasında Ali Paşa kapitülasyon düzenine son verilmesini istediği zaman sessiz bir tepkiyle karşılanmıştır. Esasında ferman Avrupa'nın zoruyla hazırlanmış ve Avrupa'nın Osmanlı üzerindeki baskısı için yeni vesileler yaratmıştır. Osmanlı'nın ülke bütünlüğünün korunması da bir hayal olmuştur.

Paris Kongresi'nin akabinde, Osmanlı ilk defa Avrupa Devletlerinden borç almaya başlamıştır. İngiltere ve Fransa'dan 5 Milyon İngiliz Altını %4 faiz ve %1 amortismanla alınmıştır. Garanti olarak da Mısır'dan gelecek olan haraç, İzmir ve Suriye Gümrükleri'nin gelirleri karşılık gösterilmiştir ve bu borçlanma işlemi 2-3 yılda bir, bazen her yıl devam etmiştir. Böylece ekonomik açıdan da Osmanlı İmparatorluğu Düvel-i Muazzama'nın emri altına girmiştir.

1861 yılında Abdülaziz'in padişah olması, ruhen şartlı olarak fakat Avrupalı olma çabasında bulunan bir padişaktır. Ancak döneminde yine Düvel-i Muazzama'nın zoruyla bir takım ıslahatlara girişmiştir. Düvel-i Muazzama, Rumeli eyaletlerinin teftişi için uluslararası bir komisyon istemişlerdir. Bu istek Osmanlı İmparatorluğu'nun parçalanması yönündeki Avrupalı Devletlerin iştahlarının bir belirtisidir. Bütün bu olumsuzluklara rağmen eğitim alanında yeniliklerin de yapıldığını belirtmek gerekir;

1868 Galatasaray Sultanisi, 1872 Darüşşafaka Lisesi, 1858'de 43 olan rüştiye sayısının 1867'de 108'e çıkartılması, 1869'da Marif-i Umumiye Nizamnamesi'nin yapılması, 1870'de Darülfünun'un açılması, 1872'de İstanbul'da İdadi'lerin açılmaya başlanması, 1870'de Kız okullarına öğretmen yetiştirecek olan Darül Muallimat'ın kurulması, Toprak hukukundaki yeni düzenlemelere işaret etmek gerekir.

I. Meşrutiyet Dönemi'ne gelindiğinde, Padişah Abdülhamit İngiliz elçisine teminat vererek, yasaların uygunluğunu sağlayacağını, Devletin bütçesini hazırlayıp harcamaları kontrol edecek bir meclis-i umumi'nin kurulacağı konusunda söz vermiştir. Bir Anayasa'dan söz edilmemekle beraber, Mithat Paşa, Hersek ve Bulgaristan'da ıslahat yapılması karşılığında, siyasi huzura kavuşabileceğini ileri sürerek, meşruti bir rejime geçmeyi bir fikir olarak ileri sürmüştür. Bu fikir kabul edilerek, Mithat Paşa Fransız ve 1831 Belçika Anayasa'larından esinlendiği anlaşılacakla birlikte, 1850 Prusya Anayasası'nın da bu kanun-i esasi üzerinde etkili olduğunu belirtmek icap eder. Bu

Anayasa, klasik hak ve özgürlükleri ayrıntılı bir biçimde göstermiştir. Basın özgürlüğü, din özgürlüğü kabul edilmekte, vekillerin meclise karşı sorumluluğu yer almamaktadır. Yine Teşkilat Esasi Kanunu'nda yargılamayla ilgili detaylı hükümler de yer almıştır.

Anayasa'nın hükümetin onayından geçtikten sonra, Mithat Paşa sadrazam olmuştur. Mithat Paşa'nın icraat yapan bir vali ve Devlet yönetiminde de meşrutiyetçilerin önderi olması nedeniyle, Avrupa Devletleri nezdinde büyük bir kredisi vardı. İngiliz elçisiyle de yakın temas halindeydi.

23 Aralık 1876'da İstanbul'da Kasımpaşa'daki bahriye nezaretinde Uluslararası Tershane Konferansı başladı. Bu konferansın başladığı saatlerde, İstanbul'da Kanun-i Esasiye'yi kutlamak üzere toplar atılmaktaydı. Zamanın hariciye nazırı Dışişleri Bakanı Saffet Paşa, söz alarak, bu topların Kanun-i Esasiye'nin ilanını gösterdiğini, artık konferansın Osmanlı ıslahatı için çalışmasına gerek kalmadığını bildirdi. Ancak konferansa katılan Düvel-i Muazama temsilcileri, bu sözleri soğuk karşıladı ve hiç Anayasa yokmuş gibi çalışmalarına devam ettiler.

Mesela bu çalışmalar arasında Bulgaristan, Bosna-Hersek'te istinaf mahkemeleri kurulacak ve yargıçlar altı büyük devletin görüşleri alınarak tayin olacaktı, Bosna-Hersek ve Bulgaristan valileri büyük devletlere danışarak atanacaktı, Bulgaristan valileri mutlaka Hıristiyan olacaktı, yalnız Müslümanlar askerlik yapacaktı ve şehirlerdeki kalelerde bulundurulacaktı, vilayetlerdeki milli asker ve jandarmalar Müslüman-Hıristiyan nüfus oranı dikkate alınarak düzenlenecekti. Böylece Bosna-Hersek ve Bulgaristan'ın Balkanlarda daha önce emsallerinde görüldüğü üzere, önce özerklik, sonra da bağımsızlığa adım atacakları gözüküyordu. Bu uygulamaları sağlamak üzere, emrinde beşbin Belçika askeri bulunan karma bir komisyon kurulacaktı. Ayrıca bölgedeki Çerkez muhacirlerin Anadolu'ya iadesi Müslüman mülkiyetindeki toprakların Hıristiyan çiftçilere devri öngörülüyordu. Böylece Müslümanların tasfiyesi amaçlanmaktaydı.

20 Ocak 1877'de konferans dağıldı. 16 gün sonra da Mithat Paşa Sadrazamlıktan azledildi ve meşhur 113'üncü maddeye dayanarak Abdülhamit Anayasa'yı uygulamaktan vazgeçti.

I. Dünya Savaşı'nın sonucu ortaya çıkan Sevr Anlaşması Türkiye'nin Bölünmesi anlaşmasıdır. Esasında bu Düvel-i Muazzama'nın en büyük amacıdır. İstiklal Savaşı ve sonundaki Lozan Anlaşması, Avrupa Devletlerinin Türkiye üzerindeki planlarının suya düşmesi sonucu büyük bir hezimettir ve bunu hiçbir zaman unutmamışlardır. Bugün dahi, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne girmesini hiç istemeyen Fransa'nın milletvekillerinden bazıları, en iyi

çözümün “Sevr” Anlaşması’na dönülmesi olduğunu açıkça terennüm etmekten çekinmemektedirler.

Lozan Anlaşmasında bir hüküm var. Bu hüküm sonucundadır ki Türkiye’de hukuk reformları yapıldı. Bu Türk hayatı için çok önemlidir. Medeni Kanun, Ceza Kanunları, Usul Kanunları hepsi değişti. İdari reformlar da yapıldı ve bu yola girildi. Yine 1859’larda Avrupalı Devletler Ademi Merkeziyetçi bir yapıya sahip olun diye çıktılar. Sonra bakıyorsunuz ki aynı istek, Avrupa Birliği’nde yine var. Brüksel kamu yönetimi kanun tasarısının kanunlaşmasında ısrar ederek ademi merkeziyetçi bir kamu yönetime gitmek istiyor. Bunların hepsinin arkasında yatan bir şey var. Böl, parçala ve al. İdare et.

Lozan Anlaşmasından sonra araya İkinci Dünya Harbi girdi. Marshall Planı ile Amerika ilk defa bizim iç işlerimize girmeye başladı. Türkiye’de gene büyük bir ekonomik bunalım başladı. Buna rağmen Ankara Anlaşması ile bize ortak pazar kapılarını açtılar. 1976’da da tabağın içinde Ortak Pazara sundular. Bizim o zaman başımızda bulunan yöneticilerce Avrupa Topluluğu 1.000.000.000 Dolar veriyordu girdiğiniz zaman. Buna karşılık 4.000.000.000 Dolar verirseniz gireriz diye zamanın Türk hükümeti bir görüş ileri sürdü. Bizden iki ay sonra Yunanistan ben giriyorum dedi. Bugün Yunanlıların ağızına bakıyoruz. Bu bir süreç, bu bir ninni. Biz bu ninniye dinleye, dinleye büyüdük. Ben, benim babamda, onun babası da, büyüdü şimdi benim torunlarım da bu ninniyle büyüyecek.

Atatürk’ün en büyük dehası da yapmış olduğu hukuk reformlarıdır. Ancak, Atatürk’ün ideali Türkiye’yi “muassır medeniyetler seviyesine” getirmektir. Avrupalı olmak değildir. Zaten muassır medeniyetler seviyesine gelindiğinde, Avrupalı olsun olmasın bütün ülkelerin dikkatini çekecek ve onlar üzerinde üstünlük sağlanabilecektir.

Avrupa Birliği’ne dahil olmamız Türkiye’de ne gibi değişimlere sebep olabilir? Biraz daha disiplinli oluruz. Biraz daha kanunları uygulayabiliriz. İnsan haklarına saygıyı yerleştirebiliriz. Belki şehirler daha muntazam olur. Dere yataklarına ev yaptırmayız. Seçimi kazanmak için gecekonduculara elektrik, su ve sair vermeyiz. Belki siyasi hayata katılanlar ve onların aktörleri daha bilinçli olarak seçilirler. Devlet memurlarının, mahalli idareleri yönetenlerin daha bilinçli olmaları, daha iyi yetişmiş olmaları aranabilir. Belki Avrupa ülkelerine vize almadan seyahat edebiliriz. Ancak, gene Avrupa Birliği’nin bizim boğaz kenarındaki rakı içmemize, sandalla balık pişirmemize, balığın gazete kağıdına sarılıp verilmesine pek mani olacağını tahmin etmiyorum.

TANINMIŞ MARKALAR

*Prof. Dr. Hamdi YASAMAN**

I- Genel Olarak Marka

Marka 556 sayılı KHK'nin 5. maddesinde tanımlanmıştır: marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işareti içerir.

II- Markanın ve Özellikle Tanınmış Markanın Ekonomik Önemi

Marka ve markalaşma konusu son derece günceldir. Hürriyet Gazetesi'nin bu yıl içinde çıkan nüshalarından birinde, marka tescillerinin sayısında büyük bir artış olduğu ve mevcut tescilli marka adedi bakımından, Avrupa'da üçüncü sıraya yükseldiğimiz yönünde bir haber yayımlandı. Bunun yanı sıra, Sanayi ve Ticaret Bakanı Ali Çoşkun, 2004 yılında marka tescillerinin % 25 arttığı ve 47 bine ulaştığını belirtti.

Artık, pazarın globalleştiği bir dünyada yaşıyoruz. Bilgi çağı şemsiyesi altında acımasız bir rekabet yaşanmakta; bu ortamda ayakta kalmak için rekabet gücü yüksek bir ülke olmak mecburiyeti vardır. Özel sektör öncülüğünde rekabet gücünün artırılması öncelikli hedef olarak görünmektedir. Bunun yolu nereden geçiyor? Günümüzde ülkelerin gelişmişlikleri fikri ve sınai haklara verdikleri önemle ölçülmektedir. Firmaların en değerli varlıkları ise markalarıdır. Yabancı firmalar, en önemli sorun olarak, sınai mülkiyet haklarının güvence altında olması hususunu görmektedirler.

İşte bu türden yapısal özellikler gösteren bir ekonomik düzende, rekabet gü-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

cünün artırılması, markalaşmadan ve elbette sınai hakların etkin bir şekilde korunmasından geçmektedir. Markanın temsil ettiği üretim ve hizmet kalitesi, uluslararası rekabette söz sahibi olunabilmesi yönünde anahtar rol oynamaktadır. Markanın tutulması, esasen, o markaya sahip müteşebbisin üretim kalitesinin, verimliliğinin ve son tahlilde karlılığının simgesidir. O halde, markaya salt popüler kültürün ve tüketim toplumunun bir unsuru olarak bakmak son derece hatalı olacaktır. Markanın tanınmışlığı arttıkça bu göstergeler elbette zirve noktasına ulaşacaktır. Zira, şirketlerin marka değerleri, işletmelerine tahsis ettikleri tesisatın toplam değerinin kat be kat fazlası olmaktadır. Marka ne kadar tanınmış ise, marka sahibinin o kadar çok müşterisi var ve işletmesi o kadar karlılıkla çalışıyor demektir.

III- Markaların Çeşitleri

A. Kullanım Amacına Göre: Ticaret Markası - Hizmet Markası

Ticaret markası, bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları diğer işletmelerin mallarından ayıran işarettir. Buna göre, ticaret markası, mallar üzerinde kullanılan ve üzerinde kullanıldığı malları ayırt etme işlevine sahip olan işarettir. Ticaret markası malın veya ambalajının üzerinde yer alır.

Hizmet markaları ise, bir işletmenin piyasaya sunduğu hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir. Hizmet markaları, ilk defa Paris Sözleşmesi'nde 1958 yılında Lizbon'da yapılan değişiklikle uluslararası alanda korunmaya başlamıştır. Buna karşın, 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde, yalnızca ticaret markaları düzenlenmişti. Hizmet markalarının Türk hukukunda düzenlenişi 556 sayılı KHK'nin yürürlüğe girmesi ile mümkün olmuştur.

B. Sahiplerine Göre: Bireysel (Ferdî) Marka - Ortak Marka - Garanti Markası

Marka denilince akla gelen bireysel markadır. Bireysel (ferdî) marka, mal veya hizmetleri ayırt etme işlevine sahip olan ve sadece adına tescil edildiği kişilere hak bahşeden markadır. KHK sistemi bireysel marka üzerine inşa edilmiştir. Zira, esas olan, mal veya hizmetlerin her bir bireysel işletme bakımından ayırt edilmesidir. Tescilin birden çok kişi adına yapılmış olması ve bu itibarla, marka üzerinde paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti kurulması mümkündür. Hak sahibinin birden çok olması, markanın bireyselliğini etkilemez.

Ortak marka ise, bir gruba dahil işletmelerin mal veya hizmetlerini birbirinden ayırt etmeye yarar. Bu niteliği ve amacı ile bireysel markaya yakındır. Ancak farkı, tescilin bir veya birden çok kişi adına yapılması; ancak markanın, yalnız maliklerce değil, tescile tabi olan teknik yönetmelikte gösterilen işletmelerde de kullanılması noktasında ortaya çıkmaktadır. Ortak marka, bir gruba aidiyeti gösterir. Bu aidiyet, işletmelerin organik bağına ilişkin olabileceği gibi, bağımsız işletmelerin coğrafi konumları, üretim teknikleri ya da reklam birliklikleri üzerine de inşa edilmiş olabilir. Örneğin, tüm fındık üreticilerinin, ortak marka olarak tescil edilmiş bir slogan altında pazarlama faaliyeti yürütmeleri mümkündür. Bir holdinge bağlı işletmelerin de kimi zaman aynı markayı kullandığı görülmektedir. Örneğin, “koç” markası, gruba dahil tüm şirketlerce, kendi markalarının yanısıra, ucu kalkmış kağıt altında yer alan bir yazı formatında kullanılmaktadır. Ancak, bu durum söz konusu markanın bir ortak marka olduğunu göstermez. Anılan marka esasen holding adına tescilli olup, onun izni ile iştiraklerce kullanılmaktadır. Bu itibarla, bir ferdi markanın da lisanslar yoluyla ortak marka gibi işlev görmesi sağlanabilmektedir. Üstelik son tahlilde, bir markanın ortak marka mı yoksa bireysel holding markası mı olduğu yönünde herhangi bir karışıklık da meydana gelmesi mümkün değildir. Zira, 556 s. KHK Uygulama Yönetmeliği uyarınca, ortak markanın tescili, salt bu markaya ilişkin bir idari işlem tahtında, KHK’de gösterilen şartlar dahilinde yapılmakta; sicilde ve tescil belgesinde, ortak marka niteliği açıkça zikredilmektedir.

Garanti markası, ortak marka gibi bir kolektif markadır. Bunun anlamı, kullanımın malik olmayan bir çok kişi tarafından, bir teknik yönetmelik çerçevesinde kullanılabilmesidir. Ancak, garanti markasının hiçbir surette mal veya hizmetleri ayırt etme işlevi bulunmamaktadır. Garanti markası, birden fazla işletme tarafından marka sahibinin izni altında kullanılan ve söz konusu işletmelerin mal veya hizmetlerinin, tescili zorunlu bir teknik yönetmelikte belirlenen ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir. Garanti markası, sahibi veya iktisaden ona bağlı işletmeler tarafından kullanılamaz. Zira, kontrol yükümlülüğü altında olan malikin aynı anda kontrol edilen olması, garanti markasının alıcılara yönelik olarak yerine getirdiği güvenceyi sarsar. Garanti markasına örnek olarak, ürünün saf yünden imal edildiğine işaret eden “Woolmark”; ürün ambalajının geri dönüşümlü materyalden üretildiğini belirten “Der Grüne Punkt” ve “TSE” markaları gösterilebilir.

C. Tescilli Olup Olmamlarına Göre: Tescilli Marka - Tescilsiz Marka

556 sayılı KHK sisteminde, koruma tescilli markaya sağlanmıştır. Ancak, bu durum, tescil edilmemiş olmakla birlikte, KHK’de markaya atfedilen işlevi

yerine getiren işaretlerin söz konusu olmayacağı anlamına gelmez. Mal veya hizmetleri birbirinden ayırt etmeye yarayan her işaret, tescilli olsun olmasın, markadır.

556 sayılı KHK korumayı tescile bağlamakla, tescilli markaları üstün tutar gözükmektedir. Oysa ki bu yargı gerçek durumu tam anlamıyla yansıtmamaktadır. Zira, tescilsiz bir markanın sahibi, KHK'nin 8/3. maddesine göre, tescile itiraz edebilir; 42/1-b hükmü uyarınca, tescilli markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini mahkemeden isteyebilir. Bu durum da göstermektedir ki marka üzerindeki esasen kullanımla doğmakta; markayı kullanan ve ona ayırt edicilik kazandıran kişi, işareti tescilli olmasa dahi, marka sahibi statüsünü kazanmaktadır. Ancak, marka tescil edilmeden, KHK'deki diğer haklardan yararlanılabilmesi mümkün değildir.

D. Tescilin Etkisini Gösterdiği Coğrafi Alana Göre: Ulusal Marka - Topluluk Markası - Uluslararası Tescilli Marka

Kural, tescilin etkisini yalnızca yapıldığı ülkede göstermesidir. Buna, ülkellik ilkesi adı verilir. Ulusal marka, belirli bir ülkede, hakları ilke olarak o ülkede doğuracak şekilde tescil edilmiş markaları ifade eder.

Topluluk markası, Avrupa Birliği'nde, 20 Aralık 1993 tarihli 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü ile ihdas edilmiş ve uygulanmaya başlanmıştır. Amaç, Topluluk düzeyinde bir marka ofisinin yaratılması; bu ofis tarafından tescil edilen markaların tüm üye Devletlerde korunmasıdır. OHIM (Office for the Harmonisation of the Internal Market) bu amaçla kurulmuş ve faaliyete geçmiştir. Tüzükte öngörülen kurallar ile marka kavramı değiştirilmemiştir. Amaç uygulama ve koruma kapsamının coğrafi olarak genişletilmesi ve yeknesaklaştırılmasıdır. Topluluk markalarının yanısıra, üye ülkelerin kendi marka ofisleri, mevzuatları ve ulusal markaları varlığını devam ettirmektedir. Buna göre, Topluluk Markası Hukuku, üye ülkelerin marka hukuklarından ayrı bağımsız bir sistemi ifade etmektedir. Bu sistemde özel bir idari, örgütsel ve yargısal yapılanma da söz konusudur.

Uluslararası tescilli marka, ulusal markanın farklı ülkelerde korunabilmesine imkan vermek amacıyla öngörülmüştür. Bu sisteme Madrid Sistemi adı verilmektedir. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) tarafından yönetilen bu sistemde, Madrid Protokolü ile bir Birlik kurulmuştur (Madrid Birliği). Söz konusu Birlik'e dahil üye ülkelerde tescil edilmiş markaların, WIPO tarafından tutulan uluslararası sicile tescil edilmesi ve böylece, farklı ülkelerde tek tek tescil işlemleri yapılması yerine, merkezi bir tescil işlemi ile üye

ülkelerin tamamında tescil bulunmaksızın koruma sağlanması amaçlanmıştır.

E. Tanındığı Çevreye göre: Alelade Marka - Maruf Marka - Umumen Malum Marka - Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Marka - Tanınmış Marka - Çok Tanınmış Marka - Dünyaca Tanınmış Marka

556 s. KHK sisteminde, koruma, tescilli olan tüm markalara sağlanmıştır. Korumadan yararlanmak için markanın az ya da çok tanınmış olması gerekmez; tescil gerekli ve yeterlidir. Tanınmış marka niteliğine sahip olmayan markalara alelade markalar adı verilmektedir. Sınırlı bir çevrede kullanılan ve çok az bir kesim tarafından bilinen markalar bu isimle tasnif edilmektedir.

Koruma sisteminin tescile bağlanması ve korumanın, tanınmanın tanınmasını her markaya bahşedilmesi karşısında, markanın belirli oranda tanınmasının yarattığı ekonomik etkiler, tanınan markalara farklı bir korumanın sağlanmasının yolunu açmıştır.

Tanınmış marka için çeşitli terimler kullanıldığı görülmektedir. Söz konusu terimler, esas itibariyle, tanınmışlığın derecesi dikkate alınarak kullanılmaktadır. Normal bir marka belirli bir çevre veya bölgede tanınırsa “maruf marka”; tanınma yurt düzeyi veya yurt dışına taşarsa “umumen malum marka”, “toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka”, “çok tanınmış marka”, “uluslararası marka”, “dünya markası” olarak adlandırılır. Maruf marka deyimi, genellikle belirli bir ticari çevre içerisinde tanınan markalar için kullanılmaktadır. Tanınmış marka ise büyük ya da çok büyük kitlelerce tanınan markaları ifade etmektedir.

IV- Tanınmış Marka

1. Tanınmış Marka Kavramı

Tanınmış marka için bir çok terim kullanılmaktadır: maruf marka, tanınmış marka, iyi tanınan marka, ünlü marka, dünyaca tanınan marka, uluslararası tanınan marka.

Tanınmış marka, genellikle kanunlarda tanımlanmamıştır. Bunun nedeni, tanınmışlığın her somut olayda farklılık göstermesi ve önceden belirlenmiş kriterlere uymamasıdır. Tanınmış markalar için mahkemeler ve doktrin tarafından bazı unsurlar tesbit edilmiş, bazı kriterler ortaya konmuştur.

556 s. KHK'nin 7/1-i maddesinde, Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış marka denilmiştir; 8/4. maddesinde “markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık” ibaresi kullanılmıştır. Söz konusu iki ifadenin aynı anlama gelip gelmediği tartışmalı olmakla beraber, hakim görüş, ikisinin de tanınmış markaya işaret ettiği yönünde gelişmiştir. Buna karşın ATAD farklı görüştedir. Bu hususa aşağıda değineceğiz.

Tanınmış marka grubunun ortaya çıkmasının sebepleri: dünya ticaretinin şimdiye kadar görmediğimiz oranda genişlemesi, hız ve yoğunluk kazanması; çağdaş ekonominin seri üretime dayanması ve reklamcılığın günümüzde ulaştığı etkidir.

Tanınmış markayı **Troller** şu şekilde tanımlamaktadır: birdenbire doğan, düşünmeden veya bir hatıranın yardımı ile fikirlerde uyanmayan, refleks halinde ortaya çıkan bir işaret. Markanın bu niteliğe sahip olabilmesi için, belirli bir işletmeyi veya ürünlerini “simgelemesi” ya da ürünlerin yüksek bir kaliteye sahip olduğunun büyük halk kitleleri tarafından kabul edilmesi gerekir. Buna göre tanınmış markanın iki fonksiyonu vardır: bunlardan ilki, her markada olduğu gibi, kapsadığı mal veya hizmeti diğer rakip mal ve hizmetlerden ayırt etmesi; diğeri ise, her türlü rekabet kaygısı dışında yüksek kaliteyi temin etmesidir.

Arkan'a göre, “tanınmış markadan söz edebilmek için reklam gücü yüksek, kalite sembolü haline gelmiş bir markanın, sadece o markayı taşıyan mallar ya da hizmetlerle ilgili çevre içinde değil, bu çevre dışında o mal ya da hizmetle ilgisi olmayan kişilerce de bilinmesi gerekir”.

Yargıtay 11. HD'nin 24.03.2003 tarihli MAS kararında tanınmış marka şu şekilde tanımlanmıştır: “tanınmış marka, bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde matufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, akraba, dost, düşman ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışımdır”.

Tanınmış marka kavramı ile, bir ülkenin bir veya birkaç yöresinde tutunmuş markalar değil, dünya çapında olmasa bile, yurt içi ve yurt dışında ilgili çevrelerce bilinen; Paris Sözleşmesi'ne üye devletlerden birinin vatandaşına veya o ülkelerden birinde yerleşik olan ya da ticari veya sınai işletmeye sahip kişilere ait markaların kastedildiği anlaşılmaktadır.

Paris Sözleşmesi'nde “iyi bilinen marka” ifadesi kullanılmıştır. Bu kavramla, dünya çapında olmasa bile, geniş halk kitlelerinin tanıdığı, yüksek eko-

nomik değere sahip marka ifade edilmek istenmiştir. Diğer bir deyiş ile, dünya çapında maruf olmasa bile Paris Sözleşmesi'ne üye ülkelerde, hatta üye ülkelerin bazılarında bilinen markanın tanınmış marka kategorisinde sayılması gerekir.

Fikri Mülkiyet Dünya Örgütü'nün (WIPO-OMPI) tanınmış marka kriterleri ile ilgili olarak bir tavsiye kararı vermiştir. Anılan kararda belirlenen tanınmış marka kriterleri şunlardır:

- a. İlgili sektörde markanın tanınma derecesi,
- b. Markanın süre, yaygınlık ve coğrafi alan itibarıyla her türlü kullanımı,
- c. Markanın tatbik edildiği mal veya hizmet ile ilgili reklam ve temsil-ler, fuarlar ve gösterimler de dahil olmak üzere, marka için yapılan promosyonun süresi, yaygınlığı ve coğrafi çevresi,
- d. Süre ve coğrafi alanı kapsayan her türlü tescil veya tescil başvurusu,
- e. Markanın ekonomik değeri,

Tanınmış markayı belirlemede göz önünde tutulması gereken, markanın hedef kitesidir. Bazı markalar, ürünün niteliği gereği bütün toplumu veya geniş toplum çevresini ilgilendirir. Buna karşın, bazı ürünler belirli özelliklere sahip kişilere veya farklı meslek gruplarına hitap eder. Buna göre, hedef çevrede tanınan markanın tanınmış marka olarak kabul edilmesi gerekir.

2. Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Marka

Paris Anlaşması 1883 yılında onbir ülke tarafından imzalanmıştır. 1900 yılında Brüksel, 1925 yılında La Haye, 1934 yılında Londra, 1958'de Lizbon, 1967 yılında da Stokholm değişikliklerine uğramıştır. Türkiye, Lozan Anlaşması'nda Paris Sözleşmesi'ne taraf olacağını taahhüt etmiştir. Nihayet, 1925 yılında Sözleşme Türkiye tarafından imzalandı. Anlaşmanın konusu, markalar, patentler, faydalı modeller, sınai resim ve modeller, ticaret unvanı, coğrafi ad ve işaretler ile haksız rekabettir.

Bu Sözleşme'ye taraf Devletler tüzel kişiliği haiz bir birlik oluşturmuşlardır. Birlik ülkelerinden her birinin vatandaşları, diğer üye ülkelerin sınai mülkiyetin korunması ile ilgili kanunlarının, diğer vatandaşlara tanıdığı veya ileride tanıyacağı menfaatlerden, bu anlaşma ile öngörölmüş haklara zarar vermemek kaydıyla istifade ederler; onların sahip olduğu aynı korumaya tabi olurlar ve aynı kanuni yollara başvurabilirler. Bunun için korunma istenilen ülkelerde yerleşim yeri veya işletmeye sahip olma şartı aranmaz.

Anlaşmaya dahil bir ülkede usulüne uygun olarak tescil edilmiş bir marka, diğer üye ülkelerde de aynen kabul edilecek ve korunacaktır. Paris Sözleşmesinin 6. mükerrer 6. maddesi şöyledir: “Birlik ülkeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından söz konusu ülkede bu Sözleşme’den yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu aynı veya benzer ürünlerde kullanıldığı **herkesce bilindiği mütalaa edilen** bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini gerek ülke mevzuatı müsait olduğu takdirde doğrudan doğruya, gerek ilgilinin isteği üzerine red veya hükümsüz kılmaya taahhüt ederler”. Paris Sözleşmesi’nin 4. mükerrer 6. maddesine göre ise, menşe ülkede usulüne uygun tescil edilmiş bir markaya ilişkin tescil başvurusu, diğer ülkelerde de aynen kabul edilecek ve korunacaktır. Ancak üçüncü kişilerin kazanılmış haklarına zarar vermesi, ayırt etme gücünden yoksun olması, ahlak ve adaba aykırı olması halinde talep reddedilir.

Tanınmış markanın tanımı, Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. maddesinde yapılmıştır. Hüküm şu şekildedir: “umumen malum marka (marque notoirement connue) belli bir ülkede tescil edilip, korunma istenen ülkede de yetkili makamlar veya malla ilgili çevreler tarafından tanınan markalardır”.

Bu hükümden de görüldüğü üzere, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka bakımından dünyaca tanınmışlık aranmamaktadır. Ancak, acaba koruma istenen ülkedeki tanınmışlık hangi seviyede olmalıdır? Markanın koruma talep edilen ülkede kullanılması gerekir mi? İlk sorunun cevabı koruma talep edilen ülkenin ilgili makamlarınca veya ilgili çevrede tanınmışlıktır. Zira amaç, bir ülkede tanınmış bir markadan, o ya da başka bir ülkede haksız yararlanmanın önünü kapamaktır Kaldı ki TRIPs, tanınmışlığın ilgili sektörde tanınmışlık olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. İkinci sorunun yanıtı ise olumsuzdur. Bu durum da Paris Sözleşmesi’nin amacı itibarıyla son derece aşıkardır. Şöyle ki, Sözleşme koruma yelpazesini ülkeselliğin dışına taşımak için vardır. Zira, pazarların bütünleşmesi, bir ülkede faaliyet gösteren bir tacirin, diğer ülkelerde de markası ile faaliyet gösterebilmesi ve yarattığı pazarı genişletebilmesi imkanının tanınması halinde gerçekleşebilir. Şayet, tanınmış marka sahibine koruma sağlanmıyorsa; başka ülkelerdeki kişiler söz konusu markayı istedikleri gibi kullanıp haksız kazanç sağlıyorlarsa, tanınmış markanın sahibinin söz konusu başka ülkelerdeki pazarlara açılması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, Paris Sözleşmesi ile, bir anlamda, gelecekteki ticari faaliyet -en azından ihtimali- korunmaktadır. O halde, markanın koruma talep edilen ülkede kullanılması şartının aranması amaca aykırı olacaktır.

3. Yabancı Mahkeme Kararlarında Tanınmış Marka

Tanınmış marka meseleleri, çeşitli yabancı mahkemelerce farklı şekillerde ele alınmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin Yeni Rakı Kararı (BGE 120 II 144) son derece ilginçtir. Federal Mahkeme, İsviçre'de bir kişinin "Yeni Rakı" markasını tescil ettirmesi sonucunda Tekel tarafından açılan davada; bu markanın İsviçre'de veya başka bir ülkede kullanılıp kullanılmadığının önemli olmadığını; markanın menşe ülkede tanınmış olmasının koruma için yeterli olduğunu ve İsviçre'de kullanılıyor olmasının gerekmediğini ifade etmiştir.

Alman mahkemeleri, tanınmışlığın tespiti yönünden ilgili çevrenin dikkate alınması gerektiği yönünde kararlar vermektedirler. Fransa'da da aynı şekilde hareket edildiği görülmektedir. Öyle ki, her iki ülkede, mahkemeler tanınmışlığın tespiti için sondaj yaptırma yoluna gitmektedirler.

ATAD da tanınmışlık meselesine ilgili çevre yönünden bakmaktadır. General Motors/Yplon kararında (C-375/97), tanınmış markanın (*well-known trademark*) tespitinde, ilgili çevrenin nazara alınması gerektiğini belirtmiştir. Ancak, KHK'nin 8/4. maddesine kaynak teşkil eden Yönerge'nin 5/2. maddesinde yer alan "tanınmışlık seviyesine ulaşan marka" ile "tanınmış markanın" (KHK m. 7/1) farklı kavramları ifade ettiğini belirtmiştir. Dolayısıyla farklı mal veya hizmetler bakımından koruma, geniş kitlelerce tanınmayan ancak belirli bir çevrede tanınan markalara da bahsedilmiş olmaktadır.

4. Yargıtay Kararlarına Göre Tanınmış Marka

Yargıtay tanınmış markanın kriterlerini zaman içerisinde tespit etmiş ve söz konusu kriterleri istikrarlı bir biçimde uygulamıştır.

Yargıtay, tanınmış markayı şu şekilde tanımlamıştır: "tanınmış marka, bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde matufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, akraba, dost, düşman ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışımdır" (Yargıtay 11. HD.'nin 24.03.2003 tarihli MAS kararı)

Yargıtay'a göre, tanınmış markanın en önemli varlık göstergesi, söz konusu markanın birçok ülkede tescilli olmasıdır:

- Yargıtay 11. HD. 10.04.1997 tarihli kararında, markanın birden çok ülkede tescil edilmesi halinde, Türkiye’de otomatikman tanınmış marka statüsünü kazanacağını ifade etmiştir. Araştırma ilgili çevrede yapılmalıdır.
- Yargıtay 11. HD. Cockpit kararında, söz konusu markanın, başta ABD olmak üzere Almanya, Kanada, Japonya, Romanya, Avusturya, Hollanda, Danimarka, Yunanistan, Macaristan İngiltere, Polonya, Norveç, Fas gibi ülkelerde tescil edilmesi karşısında, dünyada maruf ve meşhur hale geldiğini kabul etmiştir. Olayda markanın coğrafi sınırla bağlı olmadığını ve Paris Sözleşmesinin uygulanmasının gerektiğini belirterek, marka tescili yapılırken basiretli iş adamı gibi hareket etmekle yükümlü olan davalının ilgili çevrelerce tanınmış markayı bilip bilmediği üzerinde durulması gerektiğini ifade etmiştir.
- Yargıtay 11. HD.’nin 27.9.1999 tarihli kararında da aynı ilke dile getirilmiştir: Yüksek Mahkeme, 100 ülkede tescilli markanın, bu şekilde tüm dünyada tanınmış olduğunu belirtmiştir.
- Yargıtay 11. HD, 06.07.1988 tarihli kararında, davalının parfüm konusunda uzman bir kuruluş olduğunu, dünyadaki parfüm buluşlarını, gelişmeleri ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorunluluğu altında bulunduğunu; bu durumun basiretli tacir olmanın zaruri sonucu olduğunu belirtmiştir. Bu itibarla, aynı sahada çalışan davalının 22 ülkede tescilli markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye’de tescil ettirdiğini ileri sürmesinin MK 2’ye göre mümkün olmadığını hükme bağlamıştır.
- Yargıtay 11. HD. 24.9.2001 tarihli GAP kararında, birçok ülkede tescilli bir markanın tanınmış olduğunu kabul etmiştir.
- Yargıtay 11. HD.’nin 19.4.2002 tarihli Alvorado kararında, 15 ülkede ve Dünya Fikri Mülkiyet Bürosu nezdinde tescilli bir markanın korunması gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay, tanınmışlığın tespitinde ilgili çevre kriterinden yararlanmaktadır. Buna örnek olarak, 11. HD’Nin 29.09.2000 tarihli- Dormeuil-Dormeks kararı ile yine 11. HD’nin 29.04.1999 tarihli Springer Pinsel-Springer kararı verilebilir.

Yargıtay 11. HD. 20.11.1998 tarihli Dolce Vita kararı’nda, İsviçre Federal Mahkemesi’ne paralel olarak, tanınmış markanın Türkiye’de fiilen kullanılmasına gerek olmadığını ifade etmiştir.

V- Tanınmış Markanın Başka Mal ve Hizmetlerde Kullanılması

Marka, sahibine tekel hakkı sağlar. Bunun anlamı, tescil edilen işaretin münhasıran marka sahibinin kullanımına tahsis edilmiş olması ve marka sahibinin söz konusu işaretin üçüncü kişilerce kullanımına engel olabilmemesidir. Marka uygulamasından kaynaklanan tecrübeler, marka sahibinin haklarının, yalnızca tescil edilmiş işaretin aynen kullanılması veya tescil başvurusuna ya da tescile konu olması halinde haleldar olmadığını göstermiştir. Gerçekten, işaretin benzerinin kullanılması da yarattığı karıştırılma ihtimali ile tekel hakkını ihlal edebilmektedir. Buna göre, tescilli bir markanın benzerinin de kullanılması yasaklanmıştır.

Ancak, marka soyut olarak korunmaz. Markalar arasındaki ayniyet ya da benzerlik, tekel hakkının -kullanımı veya tescili engelleme ya da markanın hükümsüzlüğünü talep etme yetkisinin- sınırları yönünden tek belirleyici değildir. Tekel hakkının sağlanması konusunda “markada belirlilik ilkesi” (*principe de spécialité*) anahtar rol oynar. Markada belirlilik ilkesi, markanın yalnızca tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından korunmasını ifade eder. Tekel hakkının sınırları, markanın bu şekilde belirlenen kapsamına göre tayin edilir. Buna göre, bir markanın aynısı ya da benzerinin farklı mal veya hizmetler için tescili ve kullanımı mümkündür.

Marka hukukunda tekel hakkına ilişkin temel kural bu olmakla birlikte, markada belirlilik ilkesinin her durumda adaletli sonuca ulaşılmasını olanaklı kılmadığı görülmüştür. Gerçekten, markanın tanınmışlığı arttıkça, ilgili çevrenin söz konusu marka ile markanın sahibi ve/veya temsil ettiği kalite arasında kurduğu bağlantı güçlenir. Bu öyle bir noktaya gelir ki, markanın, normalde kapsadığından farklı bir mal veya hizmette kullanılması halinde de ilgili çevre, marka sahibinin aynı olduğunu ve böylece aynı kalitede bir ürünle karşı karşıya olduğunu düşünür. Karıştırılma ihtimali, aynı veya benzer mallardan, tümüyle farklı olanlara da yansımıştır. Böylece, tanınmış markanın itibarı, aslında kapsamadığı mallarda kullanılarak, bunlara transfer edilebilir. Söz konusu durumda da haksız yararlanma olgusu son derece açıktır. Nihayet, tanınmış markanın, kapsamadığı bazı mal veya hizmetlerde kullanılması, markanın itibarına zarar verebileceği gibi, belirli bir ürünü ayırt etme işlevini de ortadan kaldırabilir. Tanınmış markanın büyük ekonomik değeri, yukarıda kısaca değindiğimiz sakıncaların bertaraf edilebilmesi için, korumanın farklı mal veya hizmetlere doğru genişletilmesini gerekli kılmıştır.

Toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış (tanınmış) markalar, aşağıda belirtilen hallerin varlığı halinde, farklı mal ve hizmetlerde de kullanılamaz. Toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka kavramı, esasen tanınmış

marka kavramı ile aynı olup (ATAD aksi yöndeki General Motors/Yplon kararına yukarıda değinilmiştir), KHK'nin 8/4 ve 9/1-c maddelerinde kendisine yer bulmuştur. Anılan ilk hüküm tescile engel olunması ve hükümsüzlük talebinde bulunulması yönünden meseleyi düzenlerken, ikinci hüküm marka sahibinin, işaretin üçüncü kişilerce farklı mal veya hizmetlerde kullanımı halinde sahip olduğu yasaklama yetkisini bu kavrama dayandırmıştır. Bunların ortak unsurları, aşağıda değineceğimiz hallerdir.

1. Haksız Bir Yararın Sağlanması

556 s. KHK'nin 8/4 ve 9/1-c hükümlerinde, markanın itibarından haksız avantaj elde edilmesinden bahsedilmektedir. Burada kastedilen, markanın tanınmışlığından doğan itibar ve imajının, bu çekiciliğe sahip olmayan ürünlere haksız surette aktarılmasıdır. Bir markanın tanınmış hale getirilmesi, genellikle büyük mali fedakarlıklar ve yatırımlar sonucunda mümkün olmaktadır. Reklamlara ve tanıtım kampanyalarına harcanan büyük meblağlar, daha kaliteli ürünler meydana getirilebilmesi için yürütülen araştırma-geliştirme faaliyetleri sonucunda, marka toplumda tanınmışlık düzeyine erişmekte ve başlı başına bir ekonomik değer haline gelmektedir. Bu yollardan geçmeksizin, salt kendisine kolay yoldan müşteri çevresi yaratmaya çalışan ve bunun için de tüketicinin tanınmış marka ile bağlantı kurmasından yola çıkan kişilerin kullanma fiilleri, marka farklı bir üründe kullanılıyor olsa dahi, haksız avantaj elde edilmesi nedeniyle engellenebilmektedir. Böylece, üst düzeyde bir yanıltma hali yaratılmaktadır. Burada kastedilen markalar ve temsil ettikleri ürünler arasında karıştırılma değildir. Zira, tanınmış marka, sembolü halini aldığı üründen farklı bir üründe kullanılmaktadır. Ancak, tüketici, belirli bir kalitenin sembolü olan tanınmış markanın sahibince, farklı bir ürün meydana getirildiği ve piyasaya sunulduğu düşüncesi ile alım güdüsünü, haksız olarak kullanılan tanınmış markayı taşıyan farklı ürüne kaydırmaktadır. Tüketici böylece menşede yanılmakta; haksız kullanımda bulunan kişinin malını, salt tanınmış markanın kullanılması nedeniyle, muadil nitelikte başka mallara tercih etmektedir.

Yabancı mahkeme kararları incelendiğinde, aynı yaklaşımın sergilendiği görülmektedir. Almanya'da viski markası "Dimple"ın kozmetik ürünlerde, "Rolex" ve "Dunhill"ın tişörtlerde kullanılmasının itibardan haksız yararlanma teşkil ettiği yönünde mahkeme kararı mevcuttur. Buna karşın, Alman Federal Mahkemesi, kayak markası "Salomon"un sigarada kullanılması ile markanın itibarının sigaraya aktarılmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile haksız yararlanmanın da söz konusu olamayacağına hükmetmiştir.

Yargıtay, tanınmış markanın farklı mallarda kullanılması halinde, onun top-

lum nezdindeki itibarından yararlanıldığını ve böylece haksız avantaj sağlandığını neredeyse tüm kararlarında kabul etmektedir.

2. Markanın İtibarına Zarar Verilmesi

Tanınmış markanın farklı ürünlerde kullanılması ile onun reklam ve garanti fonksiyonlarına zarar verilebilir. Bu da markanın itibarına zarar verilmesi anlamına gelmektedir. Markanın birden fazla üründe kullanılması ile markanın gücünün ve etkileme alanının azalması söz konusu olur. Bu duruma “sulanma” (dilution) adı verilir. Özellikle, farklı malların kalitesinin düşüklüğü, tanınmış markanın da itibarını düşürür.

Bu teori 1927 yılında **Schecter** adlı hukukçu tarafından ortaya atılmıştır (trademark dilution theory). Karıştırılma ihtimalinin bulunmamasına rağmen, farklı mallarda kullanımın tanınmış markanın itibarını ve ayırt etme gücünü zayıflatmasının mümkün olması, bu teorinin kabulüne etken olmuştur. Ancak bundan daha önceki bir dönemde -1898 yılında- İngiliz Yüksek Mahkemesi, Kodak markasının bisikletler için tescilini kabul etmemiştir. Marka ne kadar çok farklı üründe kullanılırsa, prestiji o kadar azalır ve marka artık gündelik bir figür halini alarak sıradanlaşır. Bu durum yavaş yavaş gerçekleştiğinden, **Jaton** bunu yavaş yavaş öldüren bir zehir olarak nitelendirmiştir. Sulandırmanın en çok görüldüğü durumlar, prestijli rafine ürünleri sembolize eden markaların kaba ürünlerde kullanılmasıdır. Örneğin bir parfüm markasının fare zehiri markası olarak tescili; Mars markasının prezervatiflerde kullanımı, markanın reklam değerini ve prestijini olumsuz yönde etkileyeceğinden, kabul edilmemiştir.

Markanın sulandırılması olgusu son derece ciddiye alınmaktadır. Amerika bu konuda Federal Trademark Dilution Act ile alan adları yolu ile sulandırmayı da düzenleyen Anticybersquatting Consumer Protection Act çıkartmıştır. NBA logosunda bulunan basketbolcu silüetinin, silah tutan basketbolcu figürü şeklinde kullanılmasının, NBA markasının itibarına zarar verdiği kabul edilmiştir. Aynı şekilde, otel hizmetleri markası olan Hyatt'ın “Hyatt Legal Services” olarak kullanılmasının sulanmaya neden olacağı yönünde bir mahkeme kararı mevcuttur. Coca Cola şişesi formundaki plastik kutularda ciklet piyasaya sürülmesi de bu niteliktedir. Bu durumlar, markanın karartılması ve bulanıklaştırılması olarak da adlandırılmaktadır. Marka sahibinin sulandırmanın muhtemel olduğunu ispatlaması yeterlidir; gelir kaybını ispatlaması aranmamaktadır.

Yargıtay da 03.07.2000 tarihli Galassurit kararında, markanın kalitesiz

mallarda kullanımının, tanınmış markanın itibarını zedelediğine hükmetmiştir.

3. Markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesi

Markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesi kavramında kullanılan “ayırt edicilik” ile KHK’nin 5. maddesindeki ayırt edicilik kastedilmemektedir. Burada anlatılmak istenen, markanın, temsil ettiği mal ile özdeşliği, tüketiciye o malı hatırlatma ve onu o mala yöneltme gücüdür. Markanın birden çok farklı üründe başkaları tarafından kullanımı, tüketicinin zihninde, söz konusu tanınmış markanın ürün yelpazesi bakımından karmaşaya neden olur. Böylece, tüketici, bir süre sonra o markanın, gerçekte ne markası olduğunu hatırlamamaya başlar. Böylece, tanınmış marka artık eskisi gibi, belirli bir ürünün, o ürünün kalite ve prestijinin sembolü olmaktan çıkar. Burada kastedilen ayırt etme gücü bundan ibarettir.

Alman Federal Mahkemesi, Camel sigara markasının, turizm hizmetleri alanında Camel Tours olarak kullanılmasını, işaretin Orta Doğu ile ilişkisi ve sigara ürünü ile bağlılığının tam olmaması nedeniyle, ayırt ediciliği zedeleyen bir kullanım olarak değerlendirmemiştir.

İŞLETME GEREKLERİ NEDENİYLE FESİH

*Doç. Dr. E. Murat ENGİN**

İşletme gerekleri nedeniyle feshin tanımı ve temel koşulu:

İşletme gerekleri nedeniyle fesih, işyerinde fiilen çalışmakta olan işgücünün nitelik ve nicelik olarak gerçek işgücü ihtiyacına uyarlanması amacıyla yapılan fesihtir.

İşletme gerekleriyle feshin temel koşulu, işyerinde bir işgücü fazlasının bulunmasıdır. İşgücü fazlasından söz edebilmek için;

a. işçinin bugüne kadar yaptığı işi sürdürmesi olanağı ortadan kalkmış olmalı,

b. İşçinin başka türlü çalıştırılması olanağı da bulunmamalıdır (Feshin son çare olması ilkesi).

Fesihte bulunan işveren, işletme gereklerinin işgücü ihtiyacını azalttığını ve işçinin daha kötü koşullarla da olsa başka türlü çalıştırılmasının mümkün olmadığını ispatlayacaktır.

İşletme gerekleri işgücünün yeniden yapılandırılmasını gerektiren nedenlerdir. İşgücü fazlası yaratan işletme gereği iki biçimde ortaya çıkar.

I. Ekonomik Güçlükler

İşletmeyi olumsuz etkileyen ekonomik güçlükler ve işletme risklerinin sonu-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

cunda işyerinde işgücü fazlası meydana gelebilir. İşletmenin satışlarının düşmesi, stok fazlası, pazar kaybı, ekonomik sıkıntıya bağlı olarak hammadde temin edilememesi gibi nedenlerle bir kısım işçinin çalışma olanağı ortadan kalkabilir.

Bununla birlikte, işverenin karının düşmesi veya zarar etmesi, siparişte azalma, pazar payının daralması gibi olgular fesih için tek başına yeterli değildir. İşveren, örneğin zarar etmesine rağmen üretimi aynı biçimde, aynı sayı ve nitelikte işçiye ihtiyaç duyacak şekilde sürdürüyor ise fesih hakkı doğmaz. Üretimi aynı sayıda işçiye ihtiyaç duyacak şekilde sürdürmeye devam ederken işgücü maliyetinden tasarruf için düşük ücretli işçi çalıştırmak amacıyla yapılan fesih geçersizdir.

Bunun gibi, işverenin bir kısım işçiyi çalıştırmaya devam etmesini engelleyen, yani ifayı kabul engeli yaratan bu haller **geçici nitelikteyse** fesih hakkı doğmaz. Girişimci kimliği taşıyan işveren, her zaman ortaya çıkabilecek olan kimi aksaklıkları ve işletme risklerini baştan göze almış sayılır. Hammadde sıkıntısı, stok fazlası gibi üretimi geçici olarak engelleyen tipik işletme risklerine işveren katlanmak durumundadır. İşletme riskine işveren katlanmak zorunda olduğu için ücret ödeme borcu da devam eder. Geçici engellerde işveren, fesih dışında alternatif yollara yönelmeli, örneğin İK. m. 22 de düzenlenen usule uygun olarak ücretsiz izne çıkarma yolu denenmelidir.

Ekonomik güçlüklerde fesih hakkının doğumu için işverenin, işyerini yeni üretim zorunluluklarına uyarlayan belirli bazı tedbirler alması aranır. Örneğin, pazar payındaki daralma nedeniyle üretimi eski düzeyinde sürdürmek artık fiilen mümkün olmadığı için işveren üretim bantlarının bir bölümünü devreden çıkarabilir, işyerinin bir bölümünü kapatabilir. İşyerinin yeniden yapılanmasına ilişkin bu işletmesel kararın uygulanmasıyla bir kısım işçi çalışmaya devam olanağını **sürekli olarak yitirdiği takdirde** işgücü fazlası meydana gelir, yani işletme gereği doğar ve işveren fesih kararı alabilir.

Buna göre, ekonomik güçlüklerde feshe ilişkin işveren kararı iki aşamalıdır. İlk aşamada işveren işyerinin ekonomik güçlüklerle uyumu için vereceği işletmesel karar ve bu kararın uygulanması, ikinci aşamada, işletmesel kararın uygulanması sonucu işgücü fazlası meydana geldiği takdirde (işletme gereğinin doğumu) verilecek fesih kararı.

II. İşletme Verimliliği

İşletmesel karar özgürlüğü her şeyden önce, işverenin henüz gerçekleşmemiş, ancak muhtemel riskleri dikkate alarak yaptığı geleceğe yönelik plan-

larını, işverenin ekonomik takdirlerini kapsar. Sadece gerçekleşen ekonomik güçlükler değil, işletme verimliliğini amaçlayan olağan ekonomik kararları işletmesel karar özgürlüğüne dahilidir. İşveren, rekabet yeteneğinin ve verimliliğin artırılması, örneğin ürün fiyatlarını düşürerek pazar payını yükseltmek için yeni teknolojik yatırıma gidebilir, belirli bir üretim konusunda yoğunlaşmak için yaptığı diğer üretimleri durdurabilir, aynı üretimi sürdürmekle birlikte üretim yöntemlerini değiştirebilir, bu amaçlarla işyerinin bir bölümünü kapatabilir. Bunun gibi, işletme organizasyonunu değiştirerek işgücünü yeniden yapılandırma kararı alabilir.

İşverenin, işletme verimliliği amacıyla aldığı yeniden yapılanma (reorganizasyon) kararı ve bu işletmesel kararın uygulanması sonucunda bir kısım işçi çalışmaya devam olanağını sürekli biçimde yitirdiği, yani işgücü fazlası meydana geldiği takdirde işveren fesih kararı alabilir.

İşletmenin sürekli kâr ediyor olması, halihazırda ekonomik güçlük içinde bulunmaması yeniden yapılanma ve buna bağlı olarak fesih kararı alınmasına engel değildir. Anayasal girişim özgürlüğüne dayanan işveren, işletmesiyle ilgili her türlü yeniden yapılandırma kararını alabilir ve uygulayabilir. Bu uygulama sonucunda, bazı işçilerin o güne kadar yaptıkları iş ortadan kalkar ve bu işçilerin feshine alternatif teşkil eden önlemlerle bir başka şekilde çalıştırılması mümkün olmazsa işletme gereği doğar ve işveren fesih kararı alabilir.

III. Yargı Denetiminin İçeriği ve Sınırı

İşverenin işletmesel kararı ister ekonomik güçlükler, isterse işverenin verimliliğe ilişkin subjektif takdirine dayansın, feshine ilişkin yargı denetimi işletmesel karar sonucunda işgücü fazlasının gerçekten meydana gelip gelmediğinin denetimiyle sınırlıdır. Buna karşılık, işletmesel kararın kendisi yargı denetiminin dışındadır. İşverenden, örneğin işletme verimli olmasına rağmen neden teknolojik yatırıma gittiği, kâr grafiği yüksek olmasına rağmen neden işyerinin bir bölümünü kapattığını açıklaması yargı tarafından istenemez. Yargı, işverenin yapmış olduğu ekonomik seçimin yanlış olduğuna, başka türlü bir tedbir alınsa idi feshin gerekli olmayacağına karar veremez. Aksi halde yargı işverenin yerine geçmiş olur, işverenin işletmesiyle ilgili karar alma yetkisini ortadan kaldıran bu durum anayasal girişim özgürlüğünü ihlal ederdi.

Yargı denetiminin konusu işletmesel karar değil, işletmesel karar sonucunda alınan fesih kararıdır. Yargı denetimi işverenin ileri sürdüğü maddi olgu-

ları araştırmaya ve ispata yönelik teknik bir denetimdir. Yargı denetiminin ilk adımında işverenin işletmesel kararı gerçekten uygulayıp uygulamadığı ve bir kısım işçinin aynı işi sürdürme olanağının ortadan kalkıp kalkmadığı denetlenir. Kısaca, ilk adımda yeniden yapılanma uygulaması ile fesih kararının tutarlı olduğunu ispatlamakla yükümlüdür (Tutarlılık denetimi). İkinci adımda işveren, işçinin kısa bir mesleki eğitim veya daha kötü koşullarla da olsa başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olmadığını ispatlamakla yükümlüdür (Gereklilik denetimi).

1. Tutarlılık Denetimi

İşletmesel kararın nedeni ne olursa olsun feshin geçerli olması için ilk koşul, işveren tarafından alınan tedbirin fesih anında gerçekleştirilmiş, işyerinde elle tutulur bir değişikliğin meydana gelmiş ve işçinin edimine ihtiyaç kalmadığının kesinleşmiş olmasıdır. Tutarlılık denetiminde işveren, işletmesel kararın işçiye ihtiyacın kalmayacağı biçimde uygulandığını ispatlamak zorundadır.

İşverenin yeniden yapılanma iddiası göstermelikse, örneğin işletme hiyerarşisindeki unvan ve isimler kağıt üzerinde değiştirilmiş, ancak yapılan işin niteliğinde ve gerekli işçi sayısında herhangi bir değişiklik olmamışsa fesih geçersizdir.

İşveren aynı ürün için farklı metod ve üretim araçlarını devreye soktuğu, örneğin üretimde çelik yerine yeni teknoloji kompozit maddeleri kullanmaya başladığı için işin niteliği değişebilir ve farklı vasıflarda işçi ihtiyacı doğabilir. Bu durumda işçi sayısı değişmemiş bile olsa, yeni iş tanımına uymayan işçi, başka işte çalıştırılması imkanı da yoksa işgücü fazlası haline gelir ve sözleşmesi feshedilebilir.

Buna karşılık, işgücü ihtiyacı nitelik ve sayı olarak aynı kaldığı halde işveren daha düşük ücretli işçi çalıştırma veya sendikal nedenler gibi nedenlerle eski işçilerin sözleşmesini feshederek yerlerine yeni işçi alıyorsa, temel koşul olan işgücü fazlası ortaya çıkmadığı için yapılan fesihler geçersizdir.

Alt işverene devir amacıyla fesih temel kurala istisna teşkil eder. Kanun, alt işveren uygulamasını tanıdığı ve düzenlediği için, kanunun sınırları içinde alt işverene devir amacıyla fesih yoluna gidildiği takdirde, devirden sonra alt işveren tarafından aynı sayı ve nitelikte işçi çalıştırılrsa da yapılmış olan fesihler geçerlidir.

Buna karşılık, sürekli işçilerin işten çıkartılarak yerlerine geçici işçi adı altında işçi çalıştırılması halinde yapılan fesihler geçersizdir.

2. Gereklilik Denetimi ve Feshin Son Çare Olması İlkesi

Hukukta sözleşmeye bağlılık ilkesi esastır ve fesih hakkı ancak sözleşmeye devam beklenmez hale gelirse doğar. Buna bağlı olarak, işçinin çalışmaya devamı için başka bir çare bulunmadığı takdirde fesih yoluna gidilebilir. Feshin son çare olması ilkesi adı verilen bu ilkeye göre, işverenin fesih dışında daha hafif bir tedbirle amaca ulaşması mümkün ve beklenebilir ise fesih geçersizdir.

Feshin son çare olması ilkesinin sınırını işletmesel amaç çizer. İşverenden ancak amacı boşa çıkarmayan ve amaca ulaşmak için fesihle aynı ölçüde elverişli olan tedbirleri alması beklenebilir. Buna karşılık, işverenden aşırı masraflı taleplerde bulunulamaz, özellikle olmayan işi yaratması beklenebilir.

Feshe alternatif teşkil eden daha hafif tedbirler somut olaya göre farklılaşır. Örneğin, geçici ekonomik güçlük hallerinde ücretsiz izin uygulanabilir.

Yargıtay kararlarında feshe alternatif tedbir olarak fazla çalışmaların kaldırılması sayılıyorsa da, fazla çalışma kanununun tanıdığı bir olanaktır ve fazla çalışma yaptırma işletmesel bir karardır. İşverenden, kanuna uygun fazla çalışma yaptırmaktan vazgeçmesi istenemez, fazla çalışmaların kaldırılması feshin alternatifi değildir.

Fesih yerine geçen alternatif tedbirler, meslek içi eğitim, çalışma koşullarında esaslı değişiklik ve ücretsiz izin olmak üzere üç grupta toplanabilir.

a. Meslek içi eğitim

İşyerinde yeni teknolojilerin uygulanması gibi nedenlerle eski işinde çalışma olanağını yitiren işçiye meslek içi eğitim verilerek yeni işte çalışabilecek yetenek kazandırılması beklenebilir. Beklenebilir olmaktan anlaşılan, işçinin eğitim sonunda işverenin talep ettiği vasıfları kazanabilmesidir.

Buna karşılık, meslek eğitimi yarar sağlamayacaksa, makul sürede tamamlanması mümkün bulunmaz ve işveren için aşırı masraflı olacak ise işverenden işçiye mesleki eğitim vermesi beklenebilir.

b. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi

İşçinin tabi olacağı bütün şartları ifade eden çalışma koşulları deyimi, iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçları kapsar. Bu bakımdan, çalışma koşulları iş sözleşmeleri ile yasa, tüzük ve yönetmeliklerden oluşan hukuki çerçeveye ile eş anlamlıdır.

İş sözleşmesinde dört esaslı unsur ücret, yapılan iş, çalışma yeri ve çalışma saatleridir. İşveren, işletme gereksinimlerine uyum amacıyla iş sözleşmesinde değişiklik yapmak isteyebilir.

İş Kanunu m. 22 ye göre, iş sözleşmesinde esaslı değişiklik yapmak isteyen işveren, durumu işçiye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. Hükümün ifadesinden, yazılı bildirim geçerlilik şekli olarak öngörüldüğü açıkça anlaşılmaktadır. İşçi öneriyi altı işgünü içinde kabul ettiği takdirde sözleşme yeni koşullarla devam edecek ve fesih gerekçesi ortadan kalkacaktır. İşçinin açıkça veya altı işgünü içinde yazılı cevap vermeyerek zımni reddi halinde, sözleşme ya eski koşullarda devam edecek veya işveren, değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını ileri sürerek süreli fesihte bulunacaktır.

Değişiklik feshinin önde gelen amacı, iş sözleşmesinin bildirimli feshinin mümkün olduğu bir durumda esaslı değişiklik yoluyla feshi engellemektir. Esaslı değişiklik yoluyla sözleşmenin ayakta tutulmasının mümkün olduğu hallerde işveren, değişiklik ile feshi birbirinin alternatifi olarak ileri sürecektir. Bu nedenle, İK. m. 22 de açıkça hükme bağlandığı gibi, feshin gerekçesi esaslı değişiklik için de aranmaktadır. İşçinin esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde fesih süreci işlemeye başlayacaktır.

Önemli olan, somut durumda yapılacak olan esaslı değişikliğin belirlenmesi ve bu esaslı değişikliğin feshe alternatif teşkil etmesinin mümkün ve beklenebilir olmasıdır. İşletme gereğinin ortaya çıktığı somut duruma göre esaslı koşullardan birinde veya bir kaçında değişiklik gündeme gelebilecektir.

aa. İşçinin Yapmakla Yükümlü Olduğu İşte ve Çalışma Yerinde Esaslı Değişiklik

İşletmesel karar sonucunda işçinin yaptığı iş ortadan kalktığı takdirde esaslı iş değişikliği gündeme gelebilir. Bu durumda işveren mümkünse, daha aleyhe koşullarla da olsa İK. m. 22 de öngörülen usul çerçevesinde işçiye işi ni veya çalışma yerini değiştirmeyi teklif etmelidir.

Çalışma yerinde değişiklik işyerinin bir başka bölümünde olabileceği gibi, aynı işletmeye ait bir başka işyerinde de olabilir. Çalışma yerinde esaslı değişiklik aynı zamanda yapılan işte esaslı değişikliği de beraberinde getirebileceği gibi, çalışma saatlerinin düşürülmesini, örneğin tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçişi de gerekli kılabilir. Önemli olan, somut durumda işverenin yeni bir iş verme olanağının bulunmasıdır.

İşçinin değişiklik önerisini reddi halinde sözleşme işletme gereği nedeniyle sona erdirilebilecektir. Gereklik denetiminde mahkeme, esaslı değişikliğin mümkün ve beklenebilir olup olmadığını inceleyecektir. Denetim sırasında işveren, eğer doğrudan fesih yoluna gitmişse, esaslı değişikliğin beklenebilir olmadığını, sözleşmeyi değişiklik feshiyle ve işçinin değişikliği reddi üzerine sona erdirmişse reddin feshi gerekli kıldığını ispat etmekte yükümlüdür.

bb. Çalışma Süreleri ve Ücrette Esaslı Değişiklik

İş sözleşmesinin esaslı unsuru olan çalışma saatlerinde değişiklik farklı nedenlere dayanabilir ve farklı görünüm biçimleri alabilir. Ayrıca, ücretin miktarı çalışma süresi ile belirlendiği için, çalışma sürelerinde esaslı değişiklik, kural olarak ücrette değişikliği de beraberinde getirir. Çalışma saatlerinde değişiklik öncelikle işte ve çalışma yerinde değişiklik ile birlikte ortaya çıkabilir. Yukarıda değindiğimiz gibi, yeni iş tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmeyi gerekli kılıyorsa, iş ve çalışma yeri ile birlikte çalışma saatleri ve buna bağlı olarak ücret işçi aleyhine esaslı biçimde değişir.

Çalışma sürelerinde ve ücrette esaslı değişikliğin asıl önemli uygulaması ekonomik kriz ve diğer ekonomik güçlük hallerinde ortaya çıkar. Daha önce belirttiğimiz gibi, ifayı kabul engelleri kural olarak geçici niteliktedir ve bu nedenle işverenin risk alanı içinde kalır. İfayı kabul engeli sürekli hale dönüşmedikçe feshi geçerli kılan bir işletme gereği ortaya çıkmaz. Bu nedenle, ekonomik güçlük hallerinde işverenin fesih dışı tedbirlere başvurması beklenir. İşletme riskinin ortaya çıktığı durumlarda işverenin başvurabileceği ilk geçici tedbir çalışma sürelerinin kısmen veya tamamen düşürülmesi, yani çalışmanın durdurulmasıdır. Ayrıca, çalışma sürelerinden bağımsız olarak ücrette işçi aleyhine esaslı değişiklik gündeme gelebilir.

Ücretin Düşürülmesi

Yakın dönemlerde ülkemizde meydana gelen genel ekonomik krizler sırasında işyeri ve işletme genelinde ücretin düşürülmesi uygulamasına sıkça rast-

lanmıştır. Amerikan doları üzerinden belirlenmiş olan ücretin Türk lirasına çevrilerek belirli bir kurda sabitlenmesi, ayda üç gün ücretsiz izne çıkarma, çalışmaya devam edildiği halde aylık maktu ücretin on günlük kısmının kesilmesi gibi tedbirler ekonomik kriz sırasında uygulanan esaslı değişikliklere örnek verilebilir. Ücretlerin düşürülmesi geçici ekonomik sıkıntıları aşma amacıyla başvurulacak bir tedbirdir. İş Kanunu m. 22 deki usule uygun olarak yapılan ücretlerin düşürülmesi teklifini işçilerin reddetmesi halinde feshe giden işveren, işletme gereğinin doğduğunu ve değişiklik feshinin geçerli nedene dayandığını ispatlamakla yükümlüdür. Bu ispatı yaparken işletmenin durumunu somut verilerle göstermeli ve ücretlerden indirim yapılmadığı veya fesih yoluna gidilmediği takdirde somut piyasa koşullarında ayakta kalmasının mümkün olmadığını ortaya koymalıdır.

Değişiklik feshiyle ücretin düşürülmesinin geçici bir tedbir mi olduğu, yoksa bir kez uygulandıktan sonra süreklilik mi kazanacağı tartışılabilir. İşçinin ekonomik riski kısmen de olsa üstlenmesi ancak sözleşmenin devamının tehlikeye düşmesi halinde mümkün olduğuna göre, ücretin düşürülmesinin, kural olarak ekonomik kriz süresi ile sınırlı ve geçici nitelikte olduğu, krizin etkisi sona erince işletme gereği ortadan kalkacağı için ücretin eski düzeyine yükseltilmesinin gerektiği söylenebilir. Bununla birlikte kanımızca, ekonomik durum dengeye kavuşsa bile, işletmenin yapısının kriz öncesi ücret yükünü artık kaldıramayacağı, yeni ekonomik koşullarda yeni ücret düzeyinin rasyonel olduğu anlaşılıyorsa uygulamanın sürekli hale geleceği kabul edilmelidir.

cc. Kısa Çalışma ve Ücretsiz İzin

Kısa Çalışma

Kısa çalışma başlığı altında düzenlenen İş Kanunu m. 65 e göre, genel ekonomik kriz ve zorlayıcı nedenlerle işyerindeki haftalık çalışma süresini geçici olarak önemli ölçüde azaltan veya faaliyeti durduran işveren durumu Türkiye İş Kurumuna bildirecektir. İşin geçici olarak en az dört hafta durması halinde ve en çok üç ay için işçilere işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği verilecektir.

Genel ekonomik kriz dıştan gelen ve işletmeyi kaçınılmaz biçimde etkileyen olgudur ve bir zorlayıcı nedendir. İş Kanunu m. 64, zorlayıcı nedene dayanan askı halini süre ve kapsam bakımından daha geniş bir şekilde düzenlemektedir. Zorlayıcı nedenin varlığı durumunda sözleşmenin askıya alınması için işverenin işçinin rızasını aramasına ve bu amaçla değişiklik feshi yoluna git-

mesine gerek kalmamaktadır. Yasa, kısa çalışma süresinin zorlayıcı nedenin devam süresini ve herhalde üç ayı aşamayacağı hükmü ile zorlayıcı nedenden kaynaklanan askı halinin devam süresini belirlemektedir.

Zorlayıcı nedenden kaynaklanan ve üç ayı aşmayan askı halinde işçilere işsizlik sigortasından ödenek verilmesini öngören yasa hükmü, tipik işletme riskleri dışında kalan, dolayısıyla işverenin sorumlu olmadığı olağanüstü kriz ve felaket hallerinde riskin toplumun geneline yayılması anlamına gelmektedir. Olağan işletme riskleri İK. m. 64 ün kapsamı dışındadır.

Zorlayıcı nedenin üç ayı aşması halinde askı hali kendiliğinden sona erecektir. Bu durumda işverenin geçerli nedene dayanarak fesih yoluna gidebileceğini kabul etmek gerekir.

Ücretsiz İzin

Olağan işletme riskleri nedeniyle işveren geçici olarak işçiyi çalıştıramazsa sözleşme kendiliğinden askıya alınmaz, işveenin ücret ödeme borcu devam eder. Bu durumda işverenin ücret borcundan kurtulmasının tek yolu tarafların karşılıklı rızasıyla sözleşmenin askıya alınmasıdır. Tarafların karşılıklı rızasıyla ortaya çıkan bu iradi askı durumu uygulamada ücretsiz izin olarak adlandırılmaktadır. Ücretsiz izin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olduğundan, işveren İK. m. 22 ye göre değişiklik feshini uygulamalıdır.

Ücretsiz izin, son çare olarak başvurulması gereken fesihten önceki bir tedbir, sözleşme ilişkisinin değişen koşullara uyarlanarak devamını sağlayan bir yöntemdir. Bununla birlikte, ücretsiz izin aynı zamanda işverene ait olan işletme riskinin işçiye yüklenmesi anlamına gelmektedir. İş sözleşmesinin niteliğine aykırı olan işletme riskinin işçi tarafından yüklenilmesi ancak ortada haklı işletme gereklerinin bulunması ve işçinin hukuken geçerli rızasıyla mümkün olabilir. İşçileri ücretsiz izne çıkarmak isteyen işveren değişiklik feshi yoluyla işçilerin rızasını aramalıdır. İşçilerin rıza göstermemesi halinde işveren işletme gereği nedeniniyle fesih yoluna gidebilecektir.

IV. Feshe Muhatap Olacak İşçilerin Seçimi

İşletme gerekleri nedeniyle feshin temel koşulu üretim için gereğinden fazla iş gücünün bulunmasıdır. İşletme gerekleri nedeniyle yapılacak olan fesih çoğu kez aynı durumdaki toplam işçi sayısının belirli bir oranı olarak tespit edilmektedir. Bu nedenle, aynı durumda olan işçiler arasından sözleşmesi

feshedilecek olanların belirlenmesi, diğer deyimle feshin bireyselleştirilmesi gerekmektedir.

Eşit davranma ilkesini dzenleyen İş Kanunu m. 5 burada uygulama alanı bulur. İşverenin aynı durumdaki işçiler arasında objektif bir neden olmamasına rağmen ayırım yapması, orneğin sadece hamile veya sendikalı işçilerin sözleşmesini feshetmesi halinde, keyfi hareket ettiği ve fesih hakkını kötüye kullandığı sonucuna varılabilir. İşçi kötüniyeti ispatladığı takdirde, fesih hakkı doğmuş olmasına rağmen amacından saptığı için İK. m. 5 e göre veya Sendikalar Kanunu m. 31 e göre işverenin tazminat ödemesi gerekebilir.

AVRUPA'NIN KÜLTÜREL TEMELLERİ: RESMİ TARİH VE GERÇEKLER

*Doç. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ**

“Çağdaş Avrupa Kültür dünyasının bir üyesi, evrensel tarihin herhangi bir sorununu, kaçınılmazcasına ve haklı olarak şu soru çerçevesinde ele alacaktır; Batı'ya özgü ve yalnızca orada ortaya çıkmış kültür olgularının yine de *evrensel* -en azından öyle olmasını içtenlikle varsaydığımız- anlam ve gerçekliğe sahip gelişme çizgisi içinde yer almalarına, koşulların ne tür bir birradalığı yol açmıştır.

Bugün *bilim* ‘geçerli’ saydığımız bir düzeyde yalnızca Batı’da vardır. Deneysel bilgiler, dünya ve yaşam sorunları üzerine düşünme, en yüksek düzeyde felsefi bilgelik ve Hellenizm’in etkisiyle Hıristiyanlık’ta tam bir gelişme göstermiş olmasına karşın (İslam’da ve bazı Hint kabilelerinde ilk örnekleri bulunan) en derin teolojik bilgelik, son derece incelmış bilme ve gözlem biçimleri, başka yerlerde olduğu gibi özellikle Hindistan’da, Çin’de, Babil ve Mısır’da da vardı.”¹

Avrupa Birliği üyesi bir Türkiye! Tam üyeliğin, ciddi olarak Türkiye’nin ve Avrupa’nın gündemine girdiğinden bu yana, en çok tartışılan konulardan birini oluşturmaya başladığı kuşkusuzdur. AB’ye dahil hiçbir ülkede Türkiye’nin üyeliğine ‘evet’ diyenlerin oranı %40’ın üstüne çıkmadığı gibi son dönemdeki gelişmeler de bu yüzdeyi düşürmeye başlamıştır. *Aday ülke* (Türkiye) kamu oyunun, AB’ye dahil olma arzusu, daha yüksek bir orandan başlamakla birlikte aynı nedenlerle düşme eğilimi göstermektedir. Dahası hem *aday ülkede* hem de Birlik içinde üyeliğin gerçekleşmesi olasılığından derin üzüntü duyan azımsanamayacak miktarda kişi ve gruplar vardır. İlginç olan

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ **Max Weber**, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizm Ruhu*, Çev. **Zeynep Aruoba**, 2. Baskı, Hil Yayınları, İstanbul 1997, s.13 (vurgular metne ait).

nokta ise her iki taraftaki muhaliflerin hem Türkiye'nin AB'ye üye olmamasında, hem de bunun temel gerekçesinde anlaşmalarınıdır. Muhaliflerin birçok gerekçesi olmakla birlikte, açık ya da örtülü olarak ileri sürdükleri temel tez Türkiye ile AB arasında bir tür 'kan uyuşmazlığı', *derin bir tarihsel-kültürel ayrılık sonucunda ortaya çıkan, Türklerle Avrupalıların birlikte yaşamalarını (Almanya, Hollanda vb. örneklerde görüldüğü gibi) güçleştiren, bir dünya görüşü farklılığı* bulunduğu ve tam üyeliğin gerçekleşmesi durumunda bu farklılıktan dolayı kötü sonuçların ortaya çıkacağı biçimindedir. Her iki taraftan da üyeliğe karşı olanların korktukları bu sonuçların özünü Avrupa'yı Avrupa yapan değerlerin ya da Türkiye'yi en geniş anlamda belirleyen değerlerin, yani *kimliğin alt yapısının* önce aşındırılması, ardından dejenere edilmesi ve zamanla da yok edilmesi endişesi oluşturmaktadır.² Söz konusu değerler, doğal olarak, tarihsel, dinsel, sosyal ya da tüm bunları içeren en geniş anlamıyla kültürel'dir. Bu endişeyi toplumların, dinlerin, tarihlerin ve sonuç olarak da kültürlerin ayrılığı ve uzlaşmazlığı düşüncesi temellendirir. Bu düşünceye göre eğer belirli dönemlerde bazı ilişkiler olmuşsa, bunlar da savaş gibi söz konusu karşıtlığı daha da belirginleştirip arttıracak olaylardır ve kültürel olarak tahribi hatta yok etmeyi amaç edinmekteydiler.

Yukarıda özetlenen tartışmayı mümkün en rasyonel zemine yerleştirebilmek için tartışmanın kalbindeki *tarihsel-kültürel* ayrılık tezi üzerinde durmak ve Avrupa'yı özgül olarak belirleyen süreci kısaca gözden geçirmek gereklidir. Böylece diğer kültürün (Türkiye'nin de ağırlıklı olarak içinde yer aldığı Doğu kültürünün) ayrılığının ve ileri sürülen karşıtlığın doğuracağı sorunları saptamak ve değerlendirmek çok daha kolay olacaktır. Dolayısıyla bu noktada gözden geçirilmesi gereken Avrupa'nın tarihsel oluşum şemasıdır, ancak tarihin nasıl yazılacağı ya da nasıl okunacağı asıl sorunu oluşturmaktadır.

Avrupa'nın Resmî Tarihi İle Doğu Batı Çatışması

“Avrupa ve Asya ikiliği Modern Batı'nın Helen dünyasından aldığı mirastan en az yararlı olanıdır.”³

Avrupa kültür ve uygarlığı tarihi genelde, girişteki alıntıda Weber'in özetlediği biçimde anlatılır: İnsan türünün kendisini ve çevresini açık bir görüşle

² Belirtildiği biçimiyle Kimlik sorunu için bkz. **Kevin Robins**, “Interrupting Identities”, S. **Hall P. Gay (Ed.)**, Questions of Cultural Identity, ss.61-86, ayrıca The European Identity, Colloquy in three parts organized by the Secretary General of Council of Europe, 17-18 April 2001 Strasbourg, summary.

³ **Arnold J. Toynbee**, A Study of History, (Abridgement of Volumes VII-X by D. C. Somervell) Oxford University Press, London 1957, s.240.

kavraması, bilincine varması süreci eski Yunan'dan başlatılır. Burada Avrupa'yı özgün kılan 'insan onuru ya da insana saygı', 'otorite karşıtlığı' fikirlerinin kökleri gerek mitolojideki Olimpos'un 'insan biçimli' ölümsüz tanrılarında gerekse İlk Çağ'ın rasyonalist filozoflarının (Sokrat, Platon, Aristo) insanın değeri ve siyasal sistemin buna uygun olmasına ilişkin spekülasyon eserlerinde bulunur. Ancak mitolojinin insanı tutkular yumağı olarak gören ve onun tutkularını yücelten, hatta bu yönüyle tanrılaştıran 'insan' anlayışıyla; rasyonalistlerin, Helenistik Stoa okulu tarafından yetkinleştirilecek tutkularını denetleyerek akılla yücelen 'insan' anlayışı arasında ne denli bir karşıtlık olduğuna pek dikkat edilmez.⁴ Daha önemlisi, yalnızca kendi dilinden farklı bir dil konuştuğundan dolayı karşısındakini anlamayan ve yabancıyı çıkaracağı seslere gönderme yaparak *barbar* diye adlandıran Antik Yunan'ın 'yabancıya ve köleye' yeterince insan olmadıklarından(!) dolayı bu 'onur ve saygı'dan pek de pay vermediği gerçeği genelde gözden kaçırılır.⁵ Bu kültürün dilini anlamadığına, yabancıya, günümüz deyimleriyle 'ötekine' yüklediği olumsuz özelliklerin ne denli ciddi olduğu 'barbar' sözcüğünün bugünkü anlamına bakılarak kolayca görülebilir. Hatta, Aristo *Politika* adlı kitabında Yunanlılar dışındaki *Avrupalı ve Asyalı* halklarını 'barbar' olarak adlandırmış⁶ ve Montesquieu *Kanunların Ruhunu* ile *İran Mektupları*'nı yazmadan Asırlar önce Asyalıların köleliğe daha eğilimli olduğu saptamasını yapmıştı. Aslında Yunanlılar kendilerini Avrupalı ya da Batılı olarak görmüyorlardı. Yunanlıların Avrupalılaştırılması inşası sonradan aşama ile gerçekleştirilmiştir.

Yine gözden kaçırılan bir nokta da tıpkı biyolojik olarak Dünya'da saf insan ırkı bulunmaması gibi, hiçbir kültürün de 'saf olmadığı gerçeğidir. Bu bağlamda Platon'un diyaloglarıyla eski Hint metinleri arasındaki benzerliklerdeki kanıtların yetersizliğinden belki belirli bir değerlendirme yapılmasına olanak tanımayacak ölçüde müphemdir. Ancak Büyük İskender'in siyasi alt yapısını hazırladığı Helenistik dönemde (MÖ 323-MÖ 31) Yunan düşüncesinin Doğu'yu tanıyarak farklı bir renge büründüğünü yadsımak olanaksızdır. "... *Büyük İskender döneminden sonra Yunan kültürü artık Yunanlılara ait olmaktan çıkmıştır*".⁷

4 Bu karşıtlığı fark edip en iyi biçimde ortaya kayanlardan biri Nietzsche'dir, bkz. F. Nietzsche, Yunanlıların Trajik Çağında Felsefe, Çev. Nusret Hızır, B/F/S Yay., İstanbul 1985.

5 Site nüfusu yaklaşık rakamlarla 300.000 kabul edildiğinde 120.000 köle + 90.000 kadın + 20.000 yerleşik yabancı + 40.000 genç çıkarıldığında 30.000 aktif yurttaşa ulaşılır, aslında %10'luk yurttaşlık demokrasiden çok aristokrasi gibi görünmektedir. Eski Yunan'da kölelik – Özgürlük ve Onur kavramıyla ilgili bkz. Oktay Uygun, Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları; İnkılap, İstanbul 2003, ss.53, 67 dn.94, 72-76, 86-92.

6 Gerard Delanty, Avrupa'nın İcadı, Çev. Hüsamettin İnanç, Adres Yay., Ankara 2004, s.28 vd.

7 Delanty, s.30 (vurgu bana ait). Klasik söyleme daha yakın olan Barthold'a göre ise İskender'in fetihleri: "*Yunanlaşmış bir Şark medeniyeti* vücuda getirmiştir. Aslında bazı cihetlerden, bilakis, Asya'nın Yunanlılara tesiri daha kuvvetli olmuşsa da... medeni rehberlik Yunanlıların elinde kalmış(tır)...". W. Barthold, İslam Medeniyeti Tarihi, Çev. M. Fuad Köprülü, Diyanet Yay., Ankara 1984, s. 4 (vurgu metne ait).

Bu dönemde beliren belli başlı düşünce okullarına kısa bir bakış hem günümüze ulaşan gelişmelerin hem de konunun anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Bu okullar Stoacılık, Epikürcülük ve Phyrronculuk'tur.⁸ Stoa okulu rasyonalist-evrenselci yaklaşımıyla 1776 Amerikan, 1789 Fransız, 1948 Birleşmiş Milletler bildirileri çizgisinde insan haklarının gelişmesinde rol oynayan 'doğal hukuk ilkelerinin' kaynağıdır. İnsan için coğrafi, kültürel ve geniş anlamda tarihi farkları 'Logos-Evrensel Akıl' kavramında eriten Stoa değişik kültürlerin ve halkların siyasi, hukuki ve ahlaki birlikteliğine olanak tanıyan bir anlayış getirmiştir. Aslında insanı haz-acı düalizmi içinde kavrayan Epikürcülük de temelde kültür ve tarihten bağımsız bir yaklaşım sergilemiştir. Phyrronculuk ise gerçek, sistematik bir kuşkuculuktur. Böylece Sokrat'ın daha ziyade Kartezyen kuşkuculuğu hazırlayan yaklaşımına karşılık Phyrronculuk bilinemezciğe (Agnostisizm) sapmayan ve gerçeğin bilinebilir olup olmadığından sürekli kuşulanmayı içeren bir anlayış getirmiştir.

Burada çok ilginç ve o ölçüde de önemli bir nokta görünür olmaktadır. Tarihsel süreçte Helenistik üçlemeye benzer birçok felsefi akım ortaya çıkmış olmakla birlikte, aynı tür akımların düşünce dünyasının merkezinde yer aldığı iki dönem daha vardır. Bu da 17. (Akıl çağı) ilâ 18. (Aydınlanma) yüzyıllardaki büyük değişime ve gelişme dönemi ile günümüz ya da postmodern dünyadır. Bu üç dönemde de olabildiğince tarih ve kültürden bağımsız evrenselcilik, insanı biyo-fizyolojik özelliklerine indirgeyen yararcılık ve her ikisi karşısında, kuşkuculuk temelli bir rölativizm egemendir. Yani bu okullar genel-geçer kabul edilebilir bir doğru kurma çabasında varılacak üç farklı noktayı temsil etmektedirler: Söz konusu çaba ya umutsuzlukla kuşkuculuğa ulaşmakta, ya insanı tarihsel-kültürel farklılıklardan tümüyle sıyırmak, tüm insanoğlunda ortak asgari özelliklere ulaşmak için biyolojiye dayanmakta ya da ortak tabanı biyolojide değil de her insanda ortak olduğuna inanılan akılda bulmaktadır. Tüm bu çabaların nedeni nedir? Doğal olarak bu üç dönemin birbiriyle aynı olması söz konusu olmadığı gibi akımların ortaya çıkış koşullarının ve içeriklerinin de aynılığı ileri sürülemez. Ancak ortak noktanın mantıklı biçimde saptanması olanaklıdır: *Bu üç dönemde de yaşanan tarihsel koşullar nedeniyle farklı düşünce tarzları birbiri ile yüzleşmek zorunda kalmıştır.* Son iki dönem için bu yüzleşmeye 'bilimsel gelişmeler ve buluşlar' ile 'teknolojik ilerlemeyi' eklemek gerekir. Daha açık bir ifadeyle geniş anlamda Avrupa tarafından bizatihi kendisi ile birlikte inşa edildiği biçimde, Doğu ve Batı düşünceleri ya da daha doğrusu, ileride Avrupalı *kabul edilecek* olan ile bunun dışında kalan karşılaşmıştır.

⁸ Niyazi Öktem, Ahmet U. Türkbağ; Felsefe Sosyoloji Devlet ve Hukuk; Der Yayınları, İstanbul 1999; bu okulların temel özellikleri için bkz. 'Helenistik Felsefe', Ulaş, Sarp E., Felsefe Sözlüğü, (Haz. A. B. Güçlü, E. Uzun, S. Uzun, Ü. H. Yolsal) Bilim ve Sanat Yay., Ankara 2002, ss.662-663.

Farklılıkların karşılaşmasıyla ortaya çıkan ürünün saf ve katıksız olduğunu iddia etmek olanaksız olduğuna göre en azında şu saptama oldukça güvenilirdir: Bir düşünce sistemi kendisi dışında farklı bir düşünce sistemiyle yüzleştiğinde, yalın olarak *evren*, *doğa*, *değer*, *insan* ve *yaşama* ilişkin değişik görüş ve önceliklerle karşılaştığında onu reddetmek için, ondan yararlanmak için, onu taklit etmek ya da ona dahil olmak için, fikirler üretmek gibi çeşitli biçimde tepkiler verebilir ama her durumda etkilenme sonucu ortaya çıkan saf bir form değil (ama eklektik de değil), bir melezdır. Olayların yaşandığı dönemden çok sonraları yazılan *Resmi Avrupa tarihi* bu gelişmeleri dikkate almaz. Avrupa'nın kökeninde saf ve katıksız bir Batı düşüncesi olarak antik Yunan'ı görür oysa bu uygarlık ne Batılı ne de katıksızdır. Antik dönemdeki temel karşıtlık Doğu - Batı değil, Kuzey - Güney'dir. Aslında Avrupa'nın biçimlenmesi sürecinde uzun süre rol oynayacak olanlar da Kuzey'deki 'barbar' halklardır. Dahası *Resmi tarihte* Antik Yunan Batılı olarak nitelendirildikten hemen sonra asıl amaç olan değerlendirmeye başlanır: "Dünya özgürlük, sorumluluk, yurtseverlik, dini inançlara saygı gibi değerlerle Yunanlılar aracılığıyla tanışmıştır. Şark, en yalın halleriyle bu ahlaki değerleri henüz bilmiyordu"⁹ Şark'ın (Doğu'nun), sayılan ahlaki değerleri bilmemesi iddiasının özellikle doğu terimiyle yalnızca bugünkü İran'ın değil Hindistan ve Çin'i de içine alacak biçimde tüm bir Asya kıtasının hatta, Orta Doğu ile birlikte Afrika'nın da bir bölümünün kastedildiği anımsanırsa oldukça abartılı olduğu anlaşılabilir. İleride değinileceği gibi çoğu zaman Doğu'nun 'ahlak'ı Avrupa tarafından tartışma konularından biri olarak kabul edildiğinden dolayı, bu duruma pek de şaşmamak gerekir. Ayrıca Antik Yunan neden yazar tarafından Doğu ile karşılaştırılmaktadır? Değinildiği gibi o dönemin dünyasındaki asıl kutuplaşma Güney-Kuzey biçimindedir ve Orta Çağ'ın başlarına değin süren barbar istilalarının Avrupa tarihindeki rolünden zaten durum anlaşılmaktadır. Dahası yukarıdaki değerleri tek elinde bulunduran bir toplumda, Sokrates'in ölümle cezalandırılması ya da Darius'u yenen İskender'in onun kızıyla evlenip imparatorluğunun merkezi olarak bugünkü İran topraklarını seçmesi ve 'yurtseverliği bilmeyen' Doğu'nun devlet teşkilatını esas alması nasıl açıklanabilir.

Eski Yunan'ın insanlık tarihinde, kültür ve uygarlık tarihinde önemli bir yere sahip olduğu kuşku götürmez bir gerçektir ancak, hem Avrupa ve Asya ya da geniş anlamıyla Doğu Batı adlandırmaları hem de izole bir tarih anlayışının yaşanmış tarihle hiçbir ilgi ve bağlantısı bulunmadığı da bir gerçektir. Bu çarpık anlayışın kökleri Toynbee'nin de saptadığı gibi, Herodot'un Avrupa ile Asya arasında Truva Savaşı'ndan kalan bir kan davası bunduğu ve Asyalıların bu nedenle Avrupa'ya düşman oldukları biçimindeki hayali anlatı-

⁹ (Egon Fridell, Antik Yunan'ın Kültür Tarihi, Çev. N. Aça, Dost, Ankara 1999, s.49)'dan aktaran Uygun, s.82.

sında bulunabilir.¹⁰ Oysa büyük olasılıkla Truva efsanesinden haberi bile olmayan Perslere yapılan bu yakıştırma, masum coğrafi adların Heredot tarafından bu biçimde kullanılmaları, deyim yerindeyse, o günün halklarında heyecan uyandıracak bir formda sunulmaları, zamanla kullanışlı bir ideolojinin (Marksist anlamda, yani gerçekliğin çarpıtılmış bir yansıması) yapı taşı olmalarını sağlamıştır. Ama Avrupa ve Asya'nın (ya da Doğu ile Batı'nın) tarihsel belirlenmesinden asıl önemli gelişme Orta Çağ'da ile Aydınlanma'da olmuştur. Günümüzün koşul ve sorunlarında asli rol oynayan da bunlardır.

Resmi Avrupa tarihi, Avrupa'nın kökeniyle ilgili anlatısına Eski Yunan'ın ardından Hıristiyanlıkla devam eder. Ancak onu kendi coğrafyasından ve tarihsel köklerinden koparır, bir Batı(!) dini olarak takdim eder. Oysa Musevilik, Hıristiyanlık ve Müslümanlık çizgisindeki tek Tanrı'lı dinler, bir Avrupalının adlandırmasıyla, 'Orta Doğu'da doğup gelişmişlerdir, kutsalları da (Filistin, Beytullahim, Kudüs, Urfa, Hicaz) yine Doğu'dadır. Batı'daki Roma kilisesinin Hıristiyanlıkta merkezi bir konum elde etmesi ise, bu dinin ortaya çıkmasından asırlar sonra meydana gelen bir dizi tarihsel rastlantının sonucudur. Havari Petrus'un dini yaymak için buraya gelmesi, bir kilise kurması, daha sonraysa bu kilisenin belirli tarihsel gelişmeler sonucu Hıristiyan dünyada (Christendom) sivrilmesi ile mümkün olmuştur. Bu olaylar zincirinin en önemli halkalarından bazıları Hun İmparatoru Atilla'nın Papa I. Leo (440-461) tarafından, Roma'ya saldırmaması konusunda ikna edilmesi, barbar saldırıları karşısında Papalığın Hıristiyan dünyanın umudu olması,¹¹ 476'da Batı Roma'nın yıkılışı ile Avrupa'da örgütlü en büyük gücün Roma kilisesi olmasıdır.

Hıristiyanlığın tarih sahnesine çıkışı dini kaygıların ötesinde, çok önemli bir olay, bir dönüm noktasıdır. Belirli niteliklere sahip tek Tanrı'nın bilinen tarihte ilk ortaya çıkışı Mısır'da IV Firavun Amenhotep (MÖ 1375) devrindedir. Yeni bir dinin, Aton dininin öncülüğünü yapan Firavun adını Akenaton olarak değiştirmiş ve başkenti de Teb'den Amarna'ya almıştır. Ancak bu girişim firavunun kısa hayatıyla sınırlı kalmış, tek, adil ve bağışlayıcı bir Tanrı'nın yeniden görünmesi için 600'ü beklemek gerekmişti.¹² İbranilerde gö-

¹⁰ **Toynbee**, A Study of History, ss.238-39; Avrupa'nın adı (Europe adı, mitolojide Fenike, günümüzde Filistin, kralının Zeus tarafından kandırılan kızının adı ya da Sümerce ya da Arapça garp sözcüğünün karşılığı; her koşulda Doğu kaynaklıdır) dahil bir çok kavramın aslında yabancı olduğu iddia edilen Asya'dan gelmesi ve aksinin de söz konusu olması, Avrupa ile Asya arasında daha doğrusu komşular arasında savaştan çok, sürekli değişen rollerle derinden yol alan güçlü bir paylaşımın bulunduğunu ortaya koymaktadır.

¹¹ **İbrahim Kafesoğlu**, Türk Milli Kültürü, 2. Baskı, Boğaziçi Yay., İstanbul 1983, s.78; Georg Ostrogorsky, Bizans Devleti Tarihi, Çev. Fikret Işıltan, T. T. K. Yay., Ankara 1981,53.

¹² **Robert E. Lerner**, S. Meacham, E. N. Burns, Western Civilisations, 13th Ed., Norton & Com., New York 1998, ss.46-49, bu süre tartışmalı olmakla birlikte her durumda tek Tanrı'nın İbranilerden önce Mısır'da görüldüğü kesindir.

rülen tek Tanrı, Mısır'daki süreçten çok farklı bir gelişme göstermiş ve kalıcı olmuştur. Böylece bazı toplumlarda payen, çok tanrılı dönemden tek Tanrılı döneme geçilmiştir. Ancak Musevi anlayışı Tanrı ile Musevi kavmi arasında özel bir ilişki ön gördüğünden, 'seçilmişlik' kavramı bu inancın temelinde yer aldığından tek Tanrı İbranilere özgü olarak kalmıştır. İşte Hıristiyanlığın önemi bu noktada ortaya çıkmaktadır: Hıristiyanlık Tanrı'yı evrenselleştirmiş tek bir kavme ait olmaktan çıkarmış bu anlamda insanoglunu Tanrı önünde eşit kılmıştır.¹³

Ancak *resmi tarih* Hıristiyanlığın evrenselliğinden çok onun Orta Çağ boyunca İslam'la yaptığı mücadeleyi temel alır. Öncelikle Emevilerin, Abbasilerin ardından Selçuklu ve Osmanlıların Bizans'a ve Avrupa'ya karşı gerçekleştirdikleri fetihlerle, Hıristiyanlar tarafından düzenlenen Haçlı Seferleri bu tarihin temel olgularıdır. İlginç olan nokta Avrupa'nın, tanıdığı ve ilişki kurduğu, her alanda alış veriş ettiği İslam dini ve uygarlığından kendisini tümüyle yalıttığı bir *resmi tarihe* sahip olmasıdır.¹⁴ Oysa "Hz. İsa'nın peygamberliğine, İncil'e inanan ve Hz. Meryem'in İsa'yı bakire olarak doğurduğunu kabul eden, böylece Hıristiyanlığa en çok yakınlık gösteren din İslamiyet"¹⁵ olmasına rağmen Avrupa tüm Orta Çağ'da ve daha sonrasında Doğu'yu *bilmemekte* direnç göstermiştir. Bu yaklaşım yalnızca bilmemek değil aynı zamanda marjinalleştirmek hatta insan olmaktan çıkarmak biçiminde de nitelenebilir: "Netice bir karikatürdür; Müslümanların hayatı, görünüşü, âdetleri, çarpık bir aynada aksettirilmiş gibidir. Hıristiyanların iğrenç ve gayri ahlaki bulduğu her şey Müslüman inanç ve âdetlerinin bir parçası olarak takdim edilmiştir... Bu örneklerle bütün Avrupa'da rastlandığı için tesadüf mahsulü oldukları söylenemez; tamamen cehalet neticesi de değildirler. Karşımızda bir dini taassup abidesi var."¹⁶ Aslında yapılan somutlaştırmak için çarpıcı tek bir örnek yeterlidir: *Termagant*. Bu sözcük tüm Orta Çağ boyunca hatta çok daha sonra da Batı tarafından, (geç ve ünlü bir örnek olarak Shakespeare 1564-1616 tarafından), Müslümanların Tanrısı olarak (tabi ki bu kavram 'zalim ve zorba' gibi kötü özelliklere sahiptir ve hatta günümüz İngilizce'sinde halen olumsuz bir sıfat olarak vardır) kullanılan hayali bir kavramdır. 17. Yüzyıl gibi geç bir dönemde Batı Hıristiyanlığının İslam'la ilgili bu denli temel bilgiler konusunda eksik olabileceğini kabul etmek ise olanaksızdır. Tüm bu marjinalleştirme çabalarının belki de en önemli nedeni tek Tanrılı dinler arasındaki teorik yakınlıktır. Ne yönden ba-

¹³ **Server Tanilli**, *Uygarlık Tarihi*, Adam Yay., İstanbul 1999, ss. 45-46.

¹⁴ "Haçlı seferlerinden önce, ve hatta bir dereceye kadar bu seferler esnasında, Hıristiyanlarla Müslümanlar arasında ticari münasebetler devam etmişti." Bkz. **Sencer Tonguç**, "Ortaçağ Avrupa'sı ve İslam Dünyası", *Güney Doğu Avrupa Araştırmaları* F1, ss.1-10, s.2.

¹⁵ **Suat Yıldırım**, *Mevcut Kaynaklara Göre Hıristiyanlık*, Diyanet Yay., Ankara 1988, s.7.

¹⁶ **Tonguç**, s.3.

kılırsa bakılsın bu dinlerden birinin temellerine yapılacak ciddi bir saldırıdan diğerleri de etkilenmektedir. Bu nedenle ancak düşünsel bir çarpıtmının, daha doğrusu karşı tarafın arzusu doğrultusunda yeniden yazmanın ardından bu yapılan kopyaya asılmış gibi hücum etmek en kolay taktik olarak görünmektedir.

Bu konuda değinilmesi gereken çok önemli bir nokta daha vardır. Coğrafi olarak gelişme gösteren İslam dünyası 8.-12. yüzyıllar arasında uygarlık alanında da büyük bir ilerleme kaydetmiştir. Bu ilerleme çok ciddi bir tercüme faaliyeti ile başlamış, hem mantık ve matematik gibi teorik alanlarda hem de tıp ve denizcilik gibi pratik alanlarda olmuştur.¹⁷ Önce Eski Yunanca ve diğer dillerden Arapça'ya döneme göre çok büyük miktarda çeviri yapılmış, ardından çeviri ile birlikte yorumlar, şerhler ve özgün eserler verilmiştir. Ancak yaklaşık 500 yıl süren bu dönem 13. yüzyıldan sonra hem Doğu'da hem de Endülüs İspanyasında eski hız ve parlaklığını yitirmiştir. Aynı zamanda bu uygarlık Arapça ortak dilinde olmakla birlikte çok dilli ve kültürlüdür. Arapların yanında Süryaniler, Acemler, Türkler ve daha bir çok din ve kültürden insan bu dönemde birlikte çalışıp eserler vermiştir.

Bu birikim *resmi Avrupa tarihi* tarafından iki yönlü olarak çarpıtılır: Öncelikle kendi içinde ardından da Avrupa ile ilişkisinde. *İlkin* bu anlayışa göre İslam'ın yükselişiyle ortaya çıkan bir doğu uygarlığı yoktur(!) Daha doğrusu özgün denebilecek bir uygarlık yoktur. Takdire şayan bir tercüme faaliyeti vardır. Yani uygarlık tarihinde bir tür emanetçi rolü Doğu için fazlasıyla yeterlidir. İslam uygarlığı, Batı'nın her nedense bu girişimi yapmadığı bir dönemde onun temeli, öz malı olan Eski Yunan kaynaklarının yok olmasını önlemiş, Batı toparlanıp alana kadar (en az 7 yüzyıl) onun mirasına gözcülük etmiştir(!). *İkincisi* Avrupa'nın İslam uygarlığından aldığı yalnızca Eski Yunan'dır. Yani o kendi mirasını almış, içine karışan yabancı öğelerden en ufak bir sızıntıya izin vermemiştir. Çünkü, böyle bir olasılık sonuçta ortaya katıksız bir Batı uygarlığı çıkmasına engel olacaktır.

Ancak durum hiç de yukarıda anlatıldığı gibi değildir. Nasıl ki İslam düşüncesi, bilimi ve siyaseti özellikle İslam İmparatorluğu'nun genişlemesinden sonra saf olarak adlandırılmazsa, Eski Yunan, Roma, Hıristiyanlık, Rönesans ve Aydınlanma çizgisinde 'steril' bir Avrupa tarihinden ya da Batı uygarlığı tarihinden söz etmek de olanaksızdır. Öncelikle belirtilmesi gereken İslam düşüncesinin Eski Yunan'a çok şey borçlu olduğu ve tüm teolojik-felsefi tartışmalara rağmen onu kendi içinde belli bir ölçüde eritebilmiş, kendisine mal edebilmiş bulunduğudır. Bu uygarlık yalnızca bir tercüme faaliyetinden iba-

¹⁷ Nejat Bozkurt, *Bilim Tarihi ve Felsefesi*, Sarmal Yay., İstanbul 1998, ss.17-34.

ret de değildir, öyle olsaydı Batı'da 5-6 yüzyıl kullanılacak bilimsel eserler veremez ve Batı'nın onu aşması yine 5-6 yüzyıl sürmezdi.¹⁸ Tam burada belirtilmesi gereken İslam uygarlığı içinde de en azından felsefe için Batı ile benzer görüşlerin bulunmasıdır. Örneğin Gazali'nin "Tehâfütü'l Felâsife" adlı kitabı bu yaklaşım açısından temsil edicidir ve dinin özü ile özgünlüğünü koruma kaygısıyla Eski Yunan'ı dini temel açısından eleştiriye tabi tutmakta, genelde de felsefenin tümüyle terk edilmesi sonucuna varmaktadır.¹⁹

Ayrıca Batı'nın, Doğu'dan, en geniş anlamıyla İslam uygarlığından bir şeyler almadığı ya da aldıklarının yalnızca önemsiz noktalara ilişkin olduğu düşüncesi tarihsel gerçeklerle kesin bir uyumsuzluk içerisindedir: "Avrupa aritmetiği, trigonometriyi, cebiri, fiziği, tıbbı, eczacılığı, Yunan felsefesini Doğu bilginlerinin eserlerini çevirerek öğrendi. Rönesans ve Aydınlanma'nın temelinde bu müthiş birikim yatar"²⁰. "13. Yüzyılın başından itibaren duraksama dönemine giren Doğu uygarlığı, felsefi ve bilimsel ürünlerini İspanya, Sicilya ve Anadolu üzerinden Batı'ya aktarmaya başlamıştı. Batı 16. yüzyılda gelişen Rönesans'la birlikte özgün eserler vererek, Doğu uygarlığını aşmayı başardı."²¹

Sonuç

"...hiçbir medeniyet tek başına ele alınamaz. Medeniyetler birbirlerine zincirleme bağlıdır. her biri kendinden öncekinin eseridir; ona bir şeyler katarak kendinden sonrakini hazırlamıştır."²²

Gerçektende bir uygarlığın tarihini diğeri olmadan yazmak olanaksızdır. Tarihte hiçbir kültür yalnızca kendi ile ayakta durmamıştır. İnsanların birbir-

18 **Sadık Usta**, "Doğu Rönesans'ı", ss. 37-43, Bilim ve Ütopya Kasım 2001.

19 Benzer anlayış günümüze kadar süregelmiştir ve çok miktarda taraftarı da bulmaktadır. Örneğin: "İslam alemini saran felsefe hareketi, gerek Grek, gerekse Hıristiyan metafiziğine dayalı felsefe artıklarıydı. *Bu felsefelerin çeşitli toplulukların gelişmesinde önemli etkileri olmuştur. Gerçi bu felsefeler Grek felsefesinin son zamanlardaki açıklamalarından başka bir şey değildi.*" **Seyyid Kutub**, İslam Düşüncesi, Çev. **H. Şükrü, R. Tosun, M. Çelen**, Dünya Yay., İstanbul 1992., s.14 tam bir değerlendirme için bkz. ss12-22 (vurgu bana ait).

20 **H. Ziya Ülken**, "Batı Uygarlığı'nın Temelindeki Doğu", ss. 24-36, Bilim ve Ütopya Kasım 2001, s.24 (giriş yazısı); Ayrıca bu konu ile ilgili bkz. **H. Z. Ülken**, İslam Felsefesi, Selçuk Yay., Ankara 1967 ss.304-338; Abdurrahman Bedevi, Batı Düşüncesinin Oluşumunda İslam'ın Rolü, Çev. M. Tan, İz Yay., İstanbul 2002; **Bekir Karlığa**, İslam Düşüncesinin Batı Düşüncesine Etkileri, Litera Yay., İstanbul 2004.

21 **Usta**, s.43.

22 **Ülken**, İslam Felsefesi, s.338.

lerinden etkilenmelerini önlemenin olanaksızlığı gibi kültürlerin de, dönemin 'moda'larından en derin felsefi-bilimsel yaklaşımlara kadar her şeyi aktardığını, bazen aynıyla alıp bazen de tepki olarak değiştirdiğini ya da tam aksini kabul ettiğini yadsımak da olanaksızdır. Örneğin 1789'dan sonraki Terör devirlerinde giyotine gidenlerden esinlenen bayanların boğazlarına kırmızı bir bant takması modası Fransa'dan tüm Avrupa'ya hatta Osmanlı topraklarına dek uzanmıştı. Günümüzdeki günlük yaşamda, toplumsal alışkanlıklarda Doğu ile Batı arasında büyük farklar vardır. Ancak bu farklar uygarlıklar arasındaki farklardan ziyade, bunun dışındaki öğelerden kaynaklanmaktadır. Örneğin Doğu uygarlığı parlak dönemlerinde bile ürünlerini halkın tabanına yaymada başarılı olamamıştır. Dolayısıyla bugünkü İslam coğrafyasında, 12. yüzyıldaki İslam uygarlığının düzeyinin altında bir yaşam süren halklar bulunmaktadır. Ancak unutulmaması gereken bugün Batı uygarlığının yaşadığı bazı çok önemli sorunları, çözüm olanaklarının Doğu uygarlığı içinde potansiyel olarak bulunduğu ve eğer Batı uygarlığı: "...refah ve sosyal dayanışmaya özen; vahşet, terörizm ve savaş gibi konulara karşı özgül bir tavır; yaşama saygı; insandaki düşmanını şeytanlaştırma (kötüleme) güdüsünün reddi; çok önemli çevre koruma sorunu dahil, dünyanın yoksul bölgeleri ve gelecek nesillerin kaderi için sorumluluk duyma"²³ gibi sayılan öğelerle kendini tanımlama gayretinde içten olduğunda Doğu uygarlığı ile uyşamaması için bir neden yoktur. Bunun için ise öncelikle Doğu ve Batı'nın gerçek tarihinin yazılması ya da okunması gereklidir.

²³ **Gianluigi Palombelle**, Politics and Rights: The Future of The EU from European Perspective, Ratio Juris Vol: 18, No:3 September 2005 (400-409) Blackwell Publishing, s.404.

AVRUPA BİRLİĞİ, TÜRKİYE VE VERGİ UYUMU

*Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK**

Avrupa Birliği-Türkiye vergi ilişkileri bünyesinde bulundurduğu taviz verilmeyen katı yaklaşım sebebiyle gerek ayrımcılık gerekse egemenlik bakımından çok detaylı incelenen, incelendikçe de daha karmaşık ilişkilere ve yaklaşımlara yol açan bir konudur. Bu alanda geçerli olan çok sayıdaki çifte vergilendirmeyi önlem anlaşmalarının yanında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın vergilerle ilgili kararları Avrupa Birliği'nin vergiler konusundaki tartışma ve kararlarıyla ve üye devletlerin kendi düzenlemeleriyle birleşince içinden çıkılmaz bir hale gelmiştir.

Avrupa Birliği içerisinde en fazla problem yaratan hususlardan olan ve çözümlenmesi üye ülkelerin tutumları ve ilgili mevzuatlarındaki uyumsuzluklar sebebi ile oldukça yavaş bir şekilde ilerleyen vergiler konusunda yapılması gereken vergi mevzuatımız ile Topluluk vergi mevzuatı arasında mevcut farklılıkları ortadan kaldırarak uyumun sağlanmasıdır. İfadesi rahat, fakat içeriği karmaşık bu durumla ilgili olarak bugüne kadar Topluluk bünyesinde tam anlamı ile bir uyumlaştırmanın gerçekleştirilmesi mümkün olmadığı gibi kısa sürede gerçekleşme ihtimali de çok azdır. Şimdiye kadar yapılan çalışmalarda bu konudaki gelişmeler ağırlıklı olarak dolaylı vergiler alanında yer almış, dolaysız vergiler alanındaki çalışmalar ise esas olarak üye ülkelerin başta vergilendirme yetkisinden vazgeçememeleri olmak üzere çok çeşitli sebeplerle başarılı olamamıştır. Bu sebeple Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki vergi uyumu konusu olayın sadece bir boyutudur. Asıl sorun Birlik bünyesindeki problemlerdir. Bununla birlikte Türkiye siyasi kriterleri yerine getirme çabasına paralel olarak ekonomik alanda ve özellikle vergiler konusunda da çok daha fazla çalışma yapılmalıdır.

Türkiye-Avrupa Birliği arasında vergi uyumunun sağlanması konusunda öncelikle hazırlanan İlerleme Raporları incelendiğinde problem yaratan hususlar daha rahat görülebilmektedir. Avrupa Birliği tarafından hazırlanan

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

2000 ve 2001 yılı İlerleme Raporlarına baktığımızda 1999 Raporu'na nazaran çok küçük bir gelişme kaydedildiği belirtilerek Katma Değer Vergisi konusunda Ocak-2000 yılında bazı değişiklikler yapıldığı, amacın ise ithaldeki istisnalar konusundaki düzenlemelerin Topluluk mevzuatı ile aynı seviyeye getirilmesi olduğu vurgulanmıştır. Birlik bünyesinde en fazla ilerleme kaydedilen vergi alanlarından birisi olan Katma Değer Vergisi ile ilgili olarak özellikle oranlar ve istisnalar konusunda düzenlemelere ihtiyaç olduğu belirtilen Rapor'da özel tüketim vergilerinde vergi yapısı ve oranlar da çalışılması gereken alanlar içinde yer almakta, özellikle eşit vergilendirme ilkesi ön plana çıkmaktadır. Türkiye'nin vergi ile ilgili düzenlemelerin Birlik mevzuatı ile uyumlu hale getirilmesi konusuna en yüksek seviyede öncelik vermesi gerektiği Rapor'da özellikle vurgulanmış, idari yapının güçlendirilmesi hususu da bir öncelik olarak yer almıştır.

Biraz geriye gittiğimizde, Kopenhag Kriterleri açısından ekonomik birliğin sağlanması hususundaki mükellefiyetlerin yerine getirilebilmesi gerekliliğinin vurgulanması dışında, Avrupa Konseyi'nin Madrid ve Feira toplantılarında uyum çalışmalarına katkı sağlamak amacıyla idari yapının geliştirilmesi, Lüksemburg toplantısında mevzuatın uyumlaştırılmasının temini ve Helsinki Toplantısında Türkiye'nin yapması gereken reformlar konusunda ifadelerin yer aldığını görüyoruz.

Helsinki Bildirisi'nde Türkiye ile ilgili olarak kısa (2001) ve orta vadeli (2004) öncelikler ve hedefler yer almaktadır. Kısa vadeli öncelikler kısmında vergiler bölümünde özel tüketim ve katma değer vergisi, özellikle oranlar, muafiyetlerin kapsamı, matrah ve vergi yapısı hususunda yapılması gereken düzenlemelere başlanması; yeni vergi düzenlemelerinde ayrımcılık içeren düzenlemelerin kaldırılması hususları yer almıştır.

Orta vadeli hedefler kısmında ise vergilerle ilgili olarak milli düzenlemelerin Avrupa Birliği mevzuatı ile tam uyumlu hale getirilmesi vurgulanmaktadır. Her ne kadar bu ifade ile hedeflenen amaç ortaya konmuş ise de vergiler konusunda ulaşılan noktadan vergi düzenlemelerine baktığımızda bu amacın diğer ülkeler açısından bugüne kadar gerçekleşmemiş olduğunu görmekteyiz.

Avrupa Topluluğu vergi sistemi ile Türk vergi sistemi arasında mevcut farklılıkların giderilmesi çalışmaları hem uyum sürecini kısıltacak hem de Türk vergi sistemi içerisinde yer sistemi olumsuz yönde etkileyen bazı unsurların ayıklanması sebebiyle sisteme işlerlik kazandıracaktır. Bu olumsuz unsurların neler olduğu çeşitli kereler dile getirilmesine rağmen asıl bulunması gereken siyasi kararlılık zaafiyeti sebebiyle bunlar bugüne kadar ortadan kaldırılamamıştır.

Bunun dışında daha önemlisi vergilendirmenin hukuk boyutuna gereken önem verilmemiş, getirilen düzenlemeler bir sistem dahilinde değil ortaya çıkan aksaklıkların giderilmesine yönelik kısa vadeli olarak düşünülmüş veya gerçekleştirilememiştir. Bunun sonucunda ise sistemin bütünü arasındaki uyumsuzluk artmış ve birçok önemli noktada ortaya çıkan boşluklar tebliğler yolu ile doldurulmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla en başta vergilerin kanuniliği ilkesi olmak üzere çeşitli vergi hukuku prensipleri aşınmaya başlamıştır.

Bu sebeple sadece Avrupa Birliği üyesi olmak amacıyla değil modern bir vergilendirme sistemine sahip olabilmemiz amacıyla başta Topluluk bünyesinde en fazla uyum sağlanabilen Katma Değer Vergisi konusunda olmak üzere oran uyumunun sağlanması ve istisna ve muafiyetlerin kapsamının yeniden düzenlenmesi çalışmaları yapılmalıdır. Ayrıca doğrudan vergiler alanında kabul edilen düzenlemeler ve yapılan çalışmaların Türk vergi sistemine uyumu konusu araştırılmalıdır. Özellikle Topluluk bünyesinde çeşitli davalara konu olan ayrımcılığın önlenmesi konusunda ciddi çalışmalar yapılması gerekmektedir.

Bu kapsamda *the Code of Conduct on Business Taxation* (İşletme Vergilendirmesi Temel Kuralları) veya kısaca *Code of Conduct* (Temel Kurallar) adlı 1997 tarihinde kabul edilen çalışma ve bu çalışmalarla ilgili kaydedilen gelişmeler çerçevesinde bazı düzenlemeler yapılması gerekecektir. Amaç ülkeler arasındaki farklı vergi uygulamalarının önlenmesi, bu sayede uyum çabalarına katkıda bulunulmasıdır. Bütün bu çalışmalar yapılırken de yol gösterici unsur hukuk olmalı, çalışmalar vergi hukuku çerçevesinde yapılmalıdır.

Bu açıklamalar çerçevesinde üzerinde çalışılması gereken bazı konular şu şekilde ortaya konulabilir:

1- Vergiler ekonomik sistemin temel taşıdır. Bu taşın yerine oturması buna bağlı ekonomik birimlerin faaliyetlerinin de daha verimli olması sonucunu doğurur. Bu nedenle yapılacak düzenlemeler iyi planlanmalı, uzun vadeli sonuçlar gözönünde bulundurulmalıdır.

2- Vergi idaresine güven duyulması sağlanmalı, bu amaçla hem çağdaş bir gelir idaresi yapısı oluşturulmalı, hem vergi gelirlerinin ne şekilde kullanıldığı halka izah edilmeli hem de etkili bir denetim sistemi oluşturulmalıdır. Bunun için bankalar, çeşitli finans kurumları ve idare arasında sağlıklı bir bilgi akışı temin edilmelidir. Bu şekilde bir kontrol mekanizması sağlanamazsa yapılan birebir denetimler amaca hizmet etmeyecektir (Bu durum gü-

nümüzde açıkça görülmektedir). Böyle bir bilgi akışı ile yargı organlarının da yükü azalacak, ayrıca fonksiyonları etkili hale gelecektir.

3- Ekonomik faaliyetlerin çeşitlilik kazanması ve globalleşmesi sonucu buna uygun düzenlemelerin ciddi çalışmalarla hayata geçirilmesi zorunludur. Bu sebeple akademisyenlerin, idarecilerin ve uygulamacıların bu gelişmeleri değerlendirdikleri ve devamlı olarak faaliyet gösteren bazı birimlere ihtiyaç duyulacaktır. Bu konuda Avrupa Birliği'nin de desteği gerekmektedir.

4- Öncelikle Türk vergi sisteminde yapılacak yenileştirme çalışmalarından sonra uluslararası vergi hukuku alanındaki gelişmelerle birlikte Avrupa Birliği kapsamında neler yapılabileceği detaylı olarak incelenmeye muhtaçtır. Vergilendirme alanında Türkiye'ye söylenenler mevcut problemlerin çok az bir kısmını gösteren iyimser bir değerlendirmedir. Gerçekte ise çok daha fazla değişiklik ve düzenlemelere ihtiyaç vardır.

Ulusal Program'da neler olduğuna baktığımızda, vergilerle ilgili çok genel ifadelerin yer aldığını, detaylardan kaçınıldığını görmekteyiz. Her ne kadar mevcut durumun ifade edilmesinde ayrımcı ve koruyucu vergilendirmenin yasak olduğu ve ilerleyen bölümlerde Türkiye şartlarına atıf yapılarak ayrımcılık bulunmadığı belirtilse de bu konuda mevcut uygulamalar Türkiye için problemler teşkil edecektir.

Ulusal Program vergi uyumu konusunda Topluluk ile aramızda çok büyük farkların olmadığı ve mevcut farklılıkların büyük bir kısmının tam üyelik sonrası gerçekleştirilebileceğinden bahisle genelde iyimser bir tablo çizmektedir. Fakat belirtilenlerin aksine, hem bugüne kadar vergi konusuna bakış açısı, hem de vergilerin toplanmasındaki problemler ve özellikle ekonomik krizler sebebiyle vergiler alanında yapılması gereken düzenlemelerin kısa sürede gerçekleşmesi ihtimali oldukça zayıf görünmektedir.

2001 Raporu Ulusal Program'ın ardından gelmesi sebebiyle biraz daha önem kazanmıştır. Raporda genel olarak vaat edilen reformlarla ilgili şüphelerden bahsedilmiş, bu reformların ne şekilde ve hangi kaynaklarla yapılacağına açık olmadığı ifade edilmiştir. Katma Değer Vergisi açısından, özellikle muaf tutulan işlemler ve uygulanan oranlar ile ilgili olarak, önemli ölçüde uyumlaştırma gerektiği belirtilmiş, tüketim vergileri konusunda, verginin yapısı, zorunlu muafiyetler, tütün ve alkol ürünlerine uygulanan oranlar ile ilgili olarak daha fazla uyumlaştırma gerektiği vurgulanmıştır. Asıl önemli eleştiri ise Türkiye'nin vergi idaresini modernleştirip güçlendirmesi gerektiği noktasındadır. Rapor'da sanayi ve ticaret sektörlerinde vergi kaçığının da yaygın olarak devam ettiği belirtilmektedir.

2002 İlerleme Raporu'nda ise özel tüketim ve katma değer vergilerindeki gelişmelere rağmen bunların yeterli olmadığı belirtilmiş, özellikle doğrudan vergilerin tahsili ve ayrımcı vergi uygulamaları konusunda problemler bulunduğu ifade edilmiştir.

2003 İlerleme Raporu'na baktığımızda, dolaylı vergiler gelişmelerin sınırlı olduğu ve sadece tüketim vergileri alanında bulunduğu belirtilmiş görüyoruz. Bu sınırlı gelişme de vergi oranının artırılarak Avrupa Birliği seviyesine yaklaşmasıdır. Dolaysız vergiler alanında bildirilecek herhangi bir gelişme olmadığı belirtilen Rapor'da idari alanda vergi numaralarının yaygınlaştırılması olumlu bir gelişme olarak kabul edilmiştir. Vergi İdaresi tarafından hazırlanan otomasyon projesi de olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir.

Yapılan genel değerlendirmede, muafiyetler, indirimli oranların kapsamı ve düzeyi ile özel düzenlemelerin kapsamı konusunda çaba sarfedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Tüketim vergileri alanında kısmi uyum vardır. Muafiyetler tam olarak uyumlu değildir. Dolaysız vergiler alanında işletmelerin vergilendirilmesinde temel kurallar üzerinde durulmalıdır. Vergi İdaresinin modernleşmesi ve güçlendirilmesi gerekmektedir. Elektronik veri transferi ve işlenmesi konusunda çalışılmalıdır. Otomasyon'un kapsamı genişletilmelidir. Vergi barışında da hukuki belirlilik mevcut değildir. Bu sebeplerle, ilerleme raporunda ancak sınırlı bir ilerleme olduğu belirtilmiştir.

2004 İlerleme Raporu'na baktığımızda ise, yine ilerlemenin sınırlı bir düzeyde kaldığı belirtilmektedir. Dolaylı vergiler alanında, KDV'de bir ilerleme sağlanamamıştır. Muafiyetlerin kapsamı, indirimli oranların kapsamı ve özel düzenlemeler alanında büyük çaba gerekmektedir. ÖTV 3 numaralı liste bakımından tütün ürünlerine getirilen maktu vergi ayrımcılık yarattığı için (tütün cinsine göre) müktesebata aykırıdır. Aynı şekilde alkollü içkilere getirilen minimum vergi de ayrımcılığa yol açmaktadır. Özellikle içeceğin türü yerine alkol içeriğine göre belirlendiğinde yabancı ürünler daha yüksek vergilendirilmektedir. Kaçakçılık riskiyle mücadelede vergi erteleme ve mali antrepoların uygulanması amacıyla hukuki ve idari tedbirler alınmalıdır.

Dolaysız vergiler alanında, idari işbirliği ve karşılıklı yardım konusunda ilerleme kaydedilmemiştir. İşletme vergilendirilmesinde, usulüne uygun olmayan vergi düzenlemeleri yapılmamalıdır. Otomasyon çabaları sürmektedir.

İdari kapasite ile ilgili olarak, vergi idaresinin bilgi teknolojisi ile donatılması çalışmaları artırılmalıdır. Vergi idaresi modernleşmelidir (özellikle gönül-

lü vergi uyumu ve muktesabat çalışmaları için). Vergi kaçakçılığı, denetim, kayıt dışı ile mücadele konularında çalışılmalıdır.

Görüldüğü üzere Türkiye konusunda hazırlanan İlerleme Raporları'nda vergiler konusunda benzer ifadeler sürekli devam etmekte, hemen hemen benzer eksiklikler sürekli tekrarlanmaktadır. Türkiye'nin Avrupa Birliği ile uyum çalışmalarında vergiler alanında temel nokta bu eksikliklerin giderilmesi olmalıdır. Bu eksikliklerin giderilmesinde Gelir İdaresi'nin yanında, sivil toplum kuruluşları, mükellefler ve yargıya da önemli görevler düşmektedir. Ancak bu eksiklikler tek başına yeterli değildir. Vergi sistemimizin bunların dışında bugün burada zaman sebebiyle değinme imkanı bulamayacağımız sistem ve uygulama konusunda çok büyük eksiklikleri vardır. Bu çalışmaların özellikle yan yana gelmesi ülkemiz bakımından hep zor olmuş vergi ve hukuk kavramlarının temelinde yapılması gerekmektedir. Söz konusu çalışmaların yapılmasında da her anın kıymeti vardır.

DİN OLGUSU VE AVRUPA BİRLİĞİ'NE KATILIM SÜRECİNDE TÜRKİYE

*Yrd. Doç Dr. Emre ÖKTEM**

Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında nüfusunun büyük çoğunluğu Müslüman olan tek Devlet, Türkiye'dir. Diğer yandan, Müslüman nüfusun çoğunlukta olduğu¹ Devletler arasında, laikliği temel ilke edinerek siyasi programını onun üzerine inşa eden tek Devlet, yine Türkiye'dir. Türkiye'de laiklik, dindışı ve dinsel alanların ayrımının ötesinde, temel bir misyon üstlenmiştir: "...laiklik ilkesi ve onu toplumda yerleştirme aracı olan Atatürk ilke ve inkılaplarının amacı, batının, Rönesans reform ve aydınlanma çağının Türkiye'de çok kısa bir süre içinde yaşanması ve oluşturulan laik bir toplum biçimiyle hızla çağdaş uygarlık düzeyine ulaşılması olmuştur. Bu nedenle, aslında laiklik ilkesinin, Türkiye için hukuki boyutundan çok daha önemli olan ve onun alt-zemininin oluşturan sosyal boyutu vardır."² Bu bakımdan, Cumhuriyet'in yapısı gibi din-Devlet ilişkilerinin gelişim süreci de kendine özgü koşullardan kaynaklanan bir laiklik anlayışıyla belirlenmiştir ve bu gelişim sürecinde iç dinamikler kadar değişen dünya konjonktürünün de yansıdığı görülmektedir³. Türkiye'nin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvuru hakkının ve Mahkeme'nin zorunlu yetkisinin tanınmasından sonra, Türkiye'de hukukun dini kavrayışını etkileyen dış faktörlerin arasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Strasbourg denetim organları da girmiş bulunmaktadır. Din özgürlüğü ile laiklik ilkesi arasındaki yakın ilişki, aşikârdır: Bu özgürlüğe yönelik taleplerin hukuken kabul görebilmesi için ilk

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Nüfusun büyük çoğunluğunun Müslüman oluşunun, laiklik ilkesinin uygulanışı bakımından güçlükler doğurduğu fikri üzerinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de önemle durmaktadır: "...nüfusunun büyük çoğunluğunun Müslüman dinine mensubiyeti göz önünde tutulacak olursa, ...teokratik bir rejimin tesis edilmesi, Türkiye açısından tamamen bir haval ürünü değildir." (Refah Partisi ve diğerleri Türkiye'ye karşı, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 31 Temmuz 2001, § 64.

2 **Yüzbaşıoğlu**, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul Üniversitesi yay, No. 3762, İstanbul, 1993, s. 170.

3 **Tarhanlı**, İhtar B., Müslüman Toplum, "Laik" Devlet. Türkiye'de Diyanet İşleri Başkanlığı, Afa yay, İstanbul, 1993, s. 15.

sorgulanan husus, söz konusu taleplerin laiklik ilkesine uygunluğudur. Laiklik-din özgürlüğü problematiği, şüphesiz bu sorgulamadan ibaret olmayıp sosyal ve siyasi boyutları da daima gündeme gelecektir.

Burada din özgürlüğü konulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine intikal eden Türkiye ve başka ülke kökenli bazı vakaların ve diğer belgelerin ışığında, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılımı halinde ortaya çıkabilecek sorunları irdelemeye çalışacağız.

Askeri personelin din özgürlüğüne ilişkin olarak Strasbourg denetim organları önüne Türk vakaları gelmiştir. Yanaşık davasında başvuru sahibi, Kara Harp Akademisi'nde öğrenciyken, köktendinci eğilimli eylemleri yüzünden bir dizi disiplin cezasına çarptırılmış ve nihayet okulla ilişkisi kesilmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne başvuran Yanaşık'ın avukatları, müvekkilinin, Anayasa tarafından güvencelenen bir hak uyarınca dinini izhar etmekten başka bir şey yapmadığının öne sürmüşler, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise, Yanaşık'a isnad edilen eylemlerin bir kısmını kendisinin de ikrar ettiğine dikkat çekerek okula ilişkisi kesme işleminin hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuran Yanaşık, diğer iddialarının yanında⁴, kendisine yöneltilen köktendinci faaliyet yürütme suçlamalarının, asılsız olmakla beraber, dinin kanaatlerini cezalandırma amacı güttüğünü ve Sözleşme'nin 9.maddesinin ihlal ettiğini öne sürmektedir. Hükümet, başvuru sahibinin, Sözleşme'ye aykırılık iddiasını iç yargı mercileri önünde ileri sürmediği için iç başvuru yollarının tüketilmediği yönünde savunmada bulunmuştur. Komisyon, kendisine yapılan şikayetin içeriğinin, öz olarak iç mahkemelerde ileri sürülmüş olmasını yeterli sayan ve Sözleşme'nin açıkça zikredilmesinin aramayan önceki içtihadına göndermede bulunarak Hükümet'in bu defiiini reddetmiştir. Komisyon, yine Arrowsmith kararına göndermede bulunarak 9. maddenin kamusal alanda dini kanaatler uyarınca davranma hakkının her zaman korumadığını hatırlatmaktadır. Komisyona göre, askeri okula giren subay adayı, bu okulun yönetmeliğinde iyice tanımlanan askeri kurallara kendi rızasıyla itaat etmiş sayılır. Bu yönetmelik, ordunun düzen içinde işlev görmesini sağlamak amacıyla, öğrencilerin ibadet özgürlüklerini zaman ve yer bakımından sınırlayabilir, ama tamamen ortadan kaldıramaz. Askeri okul öğrencilerinin, dini vecibelerini, askeri hayatın gereklerinden kaynaklanan sınırlar dahilinde yerine getirebildikleri hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. Komisyon, dini

⁴ **Yanaşık**, kanunen öngörülmemiş ve ispatlanmamış bir suçtan dolayı okuldan tard edilmesinin, Sözleşme'nin 7. maddesi anlamında suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılığının ileri sürmüştür. Türkiye'nin Sözleşme'ye koyduğu "askeri personelin hukuki statüsü ve özellikle silahlı kuvvetlerin disiplin rejimine ilişkin konular" a yönelik olarak koyduğu çekiince nedeniyle bu iddia, *ratione materiae* bakımından reddedilmiştir. Bkz. **Kemal Yanaşık** Türkiye'ye karşı, 14524/89, 6 Ocak 1993, DR 74, s. 18-19.

vecibelerle çatışan iş saatlerinin dayatılmasını din özgürlüğü ile uyumlu bulunan kendi kararına⁵ ve silahlı kuvvetler mensuplarına, sivillerden beklenmeyecek bazı yükümler dayatılabileceğinin öngören Mahkeme kararına⁶ atıfta bulunmaktadır. Olayda, askeri merciler, başvuru sahibinin birden fazla disiplin suçu işlediğini gözlemleyip, faaliyet ve görüşlerini de dikkate alarak, bir subay adayından beklenen nitelikleri taşımadığı kanaatine varmışlardır. Bu nedenlerle, 9. madde tarafından korunan hakka bir müdahale söz konusu değildir ve dolayısıyla başvuru, Sözleşme'nin 27. maddesi anlamında açıkça temelsizdir⁷. Evans, Komisyon'un, askeri okul öğrencilerinin, askeri hayatın gerekleri çerçevesinde dini vecibelerinin yerine getirebildiklerinin gözlemlemesini "ilginç" bulmakta ve Arrowsmith kararına uzanan içtihadın dini uygulamaları "çok dar" yorumladığını belirtmektedir⁸. Gonzalez ise, gerek Karaduman davasında, gerekse Yanaşık davasında, başvuru sahiplerinin gönül rızasıyla üstlendikleri yükümlere dayanan argümanların tartışılmaz biçimde ikna edici olduklarının teslim ederken şu soruyu sormaktadır: Dini kanaatleri tatmin edecek alternatif eğitim imkânlarının bulunmadığı durumlarda, bu argümanlar geçerli olacaklar mıdır?⁹ Bu sorun, Dahlab İsviçre'ye karşı davasında da gündeme gelmişti: Hükümet, kamu okulunda çalışan Müslüman başvuru sahibine, laik giyim zorunluluğu olmayan özel okullara yönelmesini öneriyordu. Ne var ki, Dahlab'ın yaşadığı kantonda özel okullar, genellikle Hristiyan mezheplerine aitti.

Mahkeme'nin karara bağladığı Kalaç davası da, Yanaşık davası ile büyük benzerlikler göstermektedir. Albay rütbesiyle askeri hakimlik yapan Faruk Kalaç, yasadışı köktendinci görüşleri nedeniyle Yüksek Askeri Şura tarafından erken emekliye ayrılmıştır. Kalaç'ın Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne yaptığı başvuru, Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimi dışında kaldığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir. Komisyon, askeri hakim statüsünün başvuru sahibinin 9. maddenin korumasından mahrum bırakmadığını belirterek dini kanaatleri nedeniyle emekliye ayrılmasının vicdan ve din özgürlüğüne müdahale oluşturduğuna karar vermiştir. Emekliye ayırma işleminden önce Kalaç'a herhangi bir uyarıda bulunulmadığını ve bu kararın herhangi bir disiplin prosedürü gözetilmeden ve yargı denetimine tabi olmaksızın alındığını gözlemleyen Komisyon, 9. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ise, daha basit bir mantık izleyerek, Komisyon'un Yanaşık kararındaki ifadeleri tekrarlamış ve

5 X. Birleşik Krallık'a karşı, 8160/78, 12 Mart 1981, DR 22, s. 27 is.

6 Engel, 8 Haziran 1976, série A, No. 22, s. 24 § 57.

7 Kemal Yanaşık Türkiye'ye karşı, 14524/89, 6 Ocak 1993, DR 74, s. 19-21.

8 **Evans**, Religious liberty..., s. 311-312.

9 **Gonzalez**, La convention Européenne...s.266. Yazarın görüşü, şüphesiz sivil eğitim açısından dikkate alınabilir, zira "alternatif askeri eğitim", mantıklı görünmemektedir!

askerlik mesleğinin seçen Kalaç'ın, gönül rızasıyla askeri disiplin sistemine itaat etme yükümü altına girdiği argümanına dayanmıştır. Askeri Yüksek Şura kararı, Albay Kalaç'ın dini görüş ve kanaatlerine ya da dini vecibelerini yerine getiriş şekline değil, tavır ve eylemlerine dayanmaktadır. Bu tavır ve eylemler, milli mercilere göre, askeri disiplin ve laiklik ilkesine aykırıdır. Mahkeme, emekliye ayırma işleminin, başvuru sahibinin dinini izhar etme biçimine dayanmadığından yola çıkarak, bu işlemin 9. maddede öngörülen hakka müdahale oluşturmadığı sonucuna varmıştır¹⁰.

Başörtüsü sorunu bağlamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Leyla Şahin'in Türkiye'ye karşı başvurusunu 29 Haziran 2004 tarihinde karara bağlayarak İstanbul Üniversitesi'nin İslami başörtüsünü sınırlamalara tabi tutan yönetmeliğini ve uygulama işlemlerinin "başkalarının hak ve özgürlükleri ile düzenin korunmasına dayalı meşru bir amaç" güttüğüne ve "demokratik bir toplumda zorunlu" sayılabileceklerine hükmetmiştir. Karar, bir sürpriz değildir: İpuçlarını, Strasbourg içtihadında Karaduman¹¹, Dahlab¹² ve Refah¹³ Partisi, kararlarında okumak mümkündür. Bu kararların ilk ikisi, yine başörtüsüne ilişkili ve yine yasaklama tedbirlerinin AİHS'ne uygunluğu yönünde sonuçlanmıştı. Şenay Karaduman, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurarak, inançlarına aykırı biçimde fotoğraf vermediği için Eczacılık Fakültesi diplomasının iki yıl boyunca kendisine verilmemesinin Sözleşme'nin, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin 9. maddesini ihlal ettiğini öne sürmüştür. Komisyon'a göre, laik bir üniversitede eğitim görmeyi tercih eden öğrenci, bu üniversitenin düzenlemelerine de razı olmuş demektir. Bu düzenlemeler, farklı inançtan öğrencilerin beraberliğini sağlamak adına dini izhar etme özgürlüğünü sınırlamalara tabi tutabilirler. Özellikle, nüfusun büyük çoğunluğunun belli bir dine mensup olduğu ülkelerde, bu dinin tezahür ve sembolleri, mekan ve biçim sınırlaması olmaksızın, söz konusu dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka bir dine mensup öğrenciler üzerinde baskı oluşturabilir. Laik üniversiteler, bazı köktendinci akımların kamu düzenine ve başkalarının inançlarına hanel getirmemesi için tedbirler alabilir. Laik bir üniversitenin yönetmeliği, öğrencilere verilen diplomanın dini bir kimliği yansıtmamasını da öngörebilir. Diplomada yer alan fotoğraf, ilgilinin teşhisini sağlar ve dini kanaatleri izhar etme amacıyla kullanılamaz. Mezuniyet belgesinin verilmesinin reddinin, din ve vicdan özgürlüğüne müdahale sayılamayacağını belirten Komisyon, başvurunun, Sözleşme'nin 27. maddesi anlamında "açıkça temelsiz" olduğuna hükmetmiştir.

¹⁰ Kalaç Türkiye'ye karşı, 61/1996/680/870, 23 Haziran 1997, § 28-31.

¹¹ Karaduman Türkiye'ye karşı, 16278/90, 3 Mayıs 1993, DR 74, s. 99-102

¹² Lucia Dahlab İsviçre'ye karşı, 42393/98, 15 Şubat 2001.(en droit)

¹³ Refah Partisi ve Diğerleri Türkiye'ye karşı, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 31 Temmuz 2001.

Din özgürlüğü ile ilgili “Türk” davalarında dikkat çekici bir husus şudur: Davaların daima siyasi bir boyutu mevcuttur. Müdafî Devlet tarafından böylece ortaya konulan problematik, Strasbourg organlarında da kabul görmüş ve dinsel taleplerin siyasi boyutuna kararlarda da değinilmiştir. Başvuru sahipleri, siyasi alanda etkin görüş ya da gruplarla doğrudan ilişkili konularda başvuruda bulunmuşlar, ya da, en azından, iç hukuk mercileri ve Strasbourg organlarıncı bu şekilde mütalâa edilmişlerdir. Strasbourg organlarına başka ülkelerden ulaşan dini içerikli başvurularda bu siyasi niteliğe rastlanmamaktadır. Gerçi, söz konusu başvuruların sahiplerinin büyük çoğunluğu oluşturan Yehova şahitleri, Devletin hukuki-siyasi düzeniyle çelişen talepler öne sürmektedirler. Ancak, köktendinci İslam’dan farklı olarak Yehova şahitlerinin amacı, Devlet cihazını ele geçirmek değil, ondan mümkün olduğu kadar uzak durmaktır. Gonzalez, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin, din değiştirme hakkını en geniş boyutuyla açıkça tanıyan tek uluslararası belge oluşunu, taraf Devletlerin müşterek Hristiyan değerlerine bağlılığı ile açıklama eğilimi göstererek, “laik Türkiye’nin bu bağlılığı rahatsız etmediğini” belirtmektedir¹⁴. Bu görüş, eleştiriye açık olmakla beraber, Türkiye’nin dinsel tarafsızlığının, Avrupa ile asgari müşterekleri yakalamayı kolaylaştırdığı söylenebilir. Ancak, Sözleşme’nin akdedilmesinden günümüze geçen yarım asır boyunca siyasi İslam dünyada ve bu arada Türkiye’de de tırmanışa geçmiştir. Bu tırmanış, din özgürlüğü bağlamında Türkiye-Strasbourg ilişkilerini etkileyebilir. Laikliğe aykırı faaliyetleri nedeniyle Anayasa Mahkemesi’nce kapatılan Refah partisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yaptığı başvuru sonucunda Mahkeme, meseleyi 11. madde bağlamında ele almış ve Sözleşme’nin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Refah kararında, yükselen siyasi İslam karşısında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kaygılarını okumak zor değildir. Türk anayasa Mahkemesinin görüşlerine tamamen itibar eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre: “...bir yandan, nisbeten yakın tarihi, diğer yandan nüfusunun büyük çoğunluğunun Müslüman dinine mensubiyeti göz önünde tutulacak olursa, hem kamusal hem de özel hukuk alanında geçerli kurallarıyla birlikte teokratik bir rejimin tesis edilmesi, Türkiye açısından tamamen bir hayal ürünü değildir.”¹⁵ Bu yaklaşım, Mahkeme’yi, Refah Partisi ve mensuplarına yönelik müdahalelerin, “buyurucu bir sosyal ihtiyaç”ı karşıladıkları için, güdülen meşru amaçlarla¹⁶ orantılı oldukları sonucuna götürecektir¹⁷. Ne ilginçtir ki, Refah Partisi’nin soy ağacının başlangıcında yer alan Milli Nizam Partisi’nin de Anayasa

¹⁴ **Gonzalez**, La convention Européenne...s. 92.

¹⁵ Refah Partisi ve diğerleri Türkiye’ye karşı, 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, 31 Temmuz 2001, § 64.

¹⁶ Milli güvenlik ve kamu güvenliğinin korunması, düzenin savunulması ve/veya suçun önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması. Bkz. aynı karar, § 41.

¹⁷ Aynı karar, § 82

Mahkemesi kararı ile kapatılmasına yol açan İddianamede yer alan, söz konusu partinin yöneticilerine ait sözler, koyu bir Avrupa aleyhtarlığını açığa vurmaktaydı¹⁸. Refah Partisinin yöneticileri ise, partilerinin kapatılmasına karşı bir Avrupa'lı bir yargı merciinin kapısının çalmakta tereddüt etmemişlerdir.

Din özgürlüğünün Türk "iç" siyasi yaşantısını ilgilendiren boyutunun yanında, uluslararası siyasete dek uzanan boyutlarıyla karşılaşmak da mümkündür. Türkiye'nin Kıbrıs politikası bakımından önemli sorunları gündeme getiren "Kıbrıs Türkiye'ye karşı" kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Loizidou kararını izleyen çizgide hareket ederek, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ülkesinde vuku bulan eylem ve işlemleri Türkiye Cumhuriyetine izafe etmiş ve diğer hususların yanında, adanın kuzeyinde kalan Hristiyan cemaatin din özgürlüğünün ihlale uğradığına hükmetmiştir. Komisyonun görüşünü izleyen Mahkeme'ye göre, KKTC, Hristiyan (Rum-Ortodoks) cemaatinin seyahat özgürlüğünü, dolayısıyla ibadethanelere ulaşma özgürlüğünü engellemiş ve ilgili bölgede (Karpas) rahip tayinini tasdikten kaçınmıştır. Seyahat özgürlüğüne yönelik engellemelerin amacının, dinsel hakları çiğnemek olmadığını kabul eden Mahkeme, uygulamada bu sonucu doğuran engellemelerin Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme, aynı ihlal iddialarını, Maruni cemaati bakımından, delil yetersizliği sebebiyle reddetmiştir¹⁹.

Türkiye'nin Avrupa Birliğine katılımı halinde, din özgürlüğü bağlamında ne gibi sorunlar gündeme gelebilir? Avrupa kurumları, bileşik kaplar²⁰ gibi çalışmakta ve Avrupa Birliği, insan haklarının korunması bakımından, Avrupa Konseyi çerçevesinde örgütlenen yarı-ulusüstü kurumlara güvenmektedir. Dolayısıyla, Avrupa Konseyi ve özellikle Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi bağlamında kaydedilen gelişmeler, Türkiye'nin muhtemel bir katılımı halinde etki doğuracaktır²¹. Avrupa Birliği'ne katılım perspektifi, Türkiye'nin din özgürlüğüne ilişkin güncel sorunlarına güncel sorunlarına çeşitli biçimlerde eklenilebilir.

18 bkz.E.S. 1971/1(Parti kapatılması), K. S. 1971/1, K. G. 20/5/1971, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı 9, s. 6: "Avrupalılar, teahret dahi bilmeyen hipiler(dir)" s. 8 "Ortak Pazar gir(mek) İslam aleminin başı olan Türkiye'yi Hristiyan pazarında eritmek (tir) s. 63: "Ortak Pazar bir Katolik birliğidir"

19 Kıbrıs Türkiye'ye karşı, 25781/94, 10 Mayıs 2001, § 241-247.

20 Bkz. Maastricht Andlaşması. m. F§2 (yeni numaralandırmada m. 6 § 2) : "Birlik , 4. kısım 195,'de imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alındığı ve üye devletlerin geleneklerinden sonuçlandığı biçimiyle, topluluk hukukunun genel ilkeler olarak temle haklara saygı gösterir." Bu hüküm, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 1970'lerden beri sürdürmekte olduğu içtihadi eğilimin kodifikasyonunu oluşturmaktadır.

21 **Gündüz**, "Türkiye'nin AB Üyeliği..." s. 50.

8 Kasım 2000 tarihli “Katılım Yolunda Türkiye’nin kaydettiği İlerlemeler Üzerine Komisyon’un Periyodik 2000 Raporu”nda şu paragraf yer almaktadır: “Görünen odur ki, yetkili makamların Alevilere karşı tutumları değişmemiştir. Aleviler, özellikle, okullarda ve okul kitaplarına kendi kimliklerine uygun olmayan mecburi dini eğitimden ve sadece Sünni camiler ve dini vakıfların mali yardım almasından şikâyetçidirler. Bunlar, son derece hassas sorunlardır, ancak açık bir tartışmaya konu oluşturabilmelidirler.”²² Türk basınına yansıyan bilgilere göre, Alevi toplumu, Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne tam üyelik başvurusuyla birlikte sivil toplum örgütlenmesini hızlandırmıştır ve katılımdan bir dizi beklenti içindedir. Bunların arasında, dini harcamaların Alevi kurumlarına da yansıtılması, Diyanet Teşkilatı’nın özerk örgütlenmesi, din dersi kitaplarının ve zorunlu din eğitiminin gözden geçirilmesi gibi talepler, konumuz açısından dikkat çekicidir²³. Bu talepler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bazı kararlarını çağrıştırmaktadır.

Şerif Yunanistan’a karşı kararında, Mahkeme’ye göre, “demokratik toplumlarda, Devletin, dini toplulukların tek bir yönetim altında tutulmalarını sağlayacak tedbirler almaya ihtiyacı yoktur. Mevcut vakada, cemaatin bölünme içinde olduğu doğrudur, ancak bu çoğulculuğun kaçınılmaz bir sonucudur. Bu koşullar altında Devletin rolü, çoğulculuğu ortadan kaldırmak değil, rakip grupların birbirlerini hoşgörmesini sağlamak olmalıdır. ²⁴ Gündüz, Şerif Yunanistan’a karşı kararının, doğrudan Avrupa Birliği’ne katılıma ilişkin bir yönüne daha işaret etmektedir: Serbest dolaşım ilkesinin etkisiyle Avrupa’da daha yoğun varlık gösterecek Türk yurttaşlarının, kamu düzeni ve güvenliğinin tehdit etmediği sürece manevi bir lider etrafında örgütlenmelerine hukuki bir engel bulunmamaktadır²⁵.

Şerif vakasıyla benzerlikler gösteren Hassan ve Tchaouch Bulgaristan’a karşı davasında da, Bulgar makamlarının, Müslüman cemaatinin dinin örgütlenmesine keyfi müdahalelerde bulunduğu öne sürülmüştür. Kamu makamlarının, dini alanda tarafsızlık yükümlerinden sapmalarının, müminlerin

²² Rapport régulier 2000 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie d’adhésion, 8 novembre 2000, s. 19. (İnternet’ten temin edilmiştir)

²³ “Alevilerin AB beklentisi” in Radikal, 26 Şubat 2001.

²⁴ Serif Yunanistan’a karşı, 38178/97, 14 Aralık 1999, §46-54. Mahkemenin koyduğu ilke, aslında Türkiye Cumhuriyeti’nin çok daha temel normlarıyla çatışma eğilimi göstermektedir. Gerçekten de, 677 sayılı “Tekke ve Zaviyelerle türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun” un 1. maddesi, genel olarak tarikatlerle bunlar bağlı sıfat ve unvanları yasaklamaktadır. (Resmi Gazete, 13/12/1925, sayı 243) Söz konusu kanunun, 1982 Anayasasının 174. maddesinin koruması altında bulunan inkılap kanunları kapsamına girdiği ve hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı hatırlanmalıdır.

²⁵ Gündüz, “Türkiye’nin AB Üyeliği...” s. 54.

dinlerini izhar etme özgürlüklerinin ihlaline yol açtığını söylemekte tereddüt etmeyen Mahkemeye göre, bölünmüş bir dini cemaatin şu veya bu yöneticisini kayıran ya da cemaati, müminlerin iradesi hilafına, tek bir yönetim altında toplamaya zorlayan Devlet tedbirleri, din özgürlüğüne aykırılık oluştururlar. Bulgar makamlarının aldığı tedbirler, bazı yöneticilerin, Müslüman cemaatin bir kısmını temsil etme imkanını hukuken ve fiilen ortadan kaldırmıştır. Dolayısıyla, Mahkeme, Müslüman cemaatinin iç örgütlenmesine ve Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında din özgürlüğüne müdahale olduğuna hükmetmiştir²⁶.

Şerif Yunanistan'a karşı ve Hassan ve Tchaouch Bulgaristan'a karşı kararları, Alevi toplumunun örgütlenme taleplerine benzer sorunların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce nasıl kavranıldığı hususunda ipuçları vermektedir. Konuyla ilişkilendirilebilecek olan Manoussakis Yunanistan'a karşı kararında Mahkeme, Sözleşme'nin anladığı manada din özgürlüğünün, dini inançların ve bunların ifade biçimlerinin meşruiyetinin Devlet'çe takdir edilmesine izin vermediğini belirmiş ve ibadethane açma hususunda, Ortodoks inancı dışında kalan gruplara kamu makamlarınca kasıtlı olarak güçlükler çıkarıldığını gözlemleyerek 9. maddenin ihlaline hükmetmiştir²⁷. Bu karar, Türkiye'nin Avrupa Birliğine katılımından sonra, Türkiye'ye gelip yerleşecek Hristiyan nüfus kadar Avrupa'ya göçüp yerleşecek Müslüman Türk nüfusu da ilgilendirmektedir²⁸.

Besarabya Kilisesi ve diğerleri Moldova'ya karşı davasında, merkezi Moldova Kilisesinden ayrılarak bağımsız bir ortodoks kilisesi oluşturma girişiminin resmi makamlarca tanınmaması söz konusudur. Mahkeme, aynı halk kitlesinde birden fazla dinin bir arada yaşayabilirliğini öngören demokratik toplum anlayışı uyarınca, muhtelif grupların menfaatlerini bağdaştırmak ve herkesin inançlarının saygı görmesini sağlamak amacıyla din özgürlüğüne sınırlamalar getirilebileceğini, ancak bu alanda düzenleme yetkisini kullanan devletin tarafsız kalması gerektiği yönündeki içtihadını tekrarlamıştır. Devletin tarafsız kalma yükümü, dini inanışların meşruiyetini takdir etme yetkisi ile bağdaşmaz ve devletin, aynı grup içinden çıksalar bile ihtilaf halinde bulunan grupların birbirleirni hoşgörmelerini sağlamasını gerektirir. Olayda, başvuru sahibi kilisenin yeni bir mezhep olmadığı görüşünü benimseyen ve onun tanınması kararını, daha önce tanınmış bir kilise otoritesi olan Moldova Kilisesine bırakan devlet, tarafsızlık yükümünü yerine getirmekte başarısız olmuştur²⁹.

²⁶ Hassan ve Tchaouch Bulgaristan'a karşı, 30985/96, 26 ekim 2000, § 75-82.

²⁷ Manoussakis Yunanistan'a karşı, 59/1995/565/651, 26 Eylül 1996, § 47-53.

²⁸ **Gündüz**, "Türkiye'nin AB Üyeliği..." s. 53.

²⁹ Metropolitan Besarabya Kilisesi ve diğerleri Moldova'ya karşı, 45701/99, 13 Aralık 2001, § 115, 123.

Türkiye'deki gayrimüslim vakıflarının mülkiyet sorunları ile yakınlık gösteren davalar da Strasbourg organları önüne gelmiştir. Kutsal Manastırlar Yunanistan'a karşı davasında, Yunanistan'ın değişik yerlerinde bulunan manastırlara ait tarım ve orman arazilerinin bir kanun çıkarılarak tazminat ödemeksizin Devlet mülkiyetine geçirilmesi söz konusudur. Hükümet, Yunanistan'da Kilise kurumlarının Devlet cihazından ayrı mütalâa edilemeyeceği, dolayısıyla manastırların hükümet dışı örgüt sıfatıyla başvuruda bulunamayacağı ve söz konusu gayrimenkullerin kamulaştırmaya değil Devlet içi basit bir transfere tabi tutulduklarını öne sürmüştür. Bu iddiaları reddeden Mahkeme, farklı kanunlara ve hukuki rejimlere tabi manastırlar arasında bir ayrıma giderek ihtilafli arazilerini 1988'de gönül rızasıyla Devlete devreden manastırlar dışında kalan manastırlar açısından Ek Protokolün 1. Maddesinin (mülkiyet hakkına ilişkin) ihlale uğradığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre, mülkün değeriyle makul biçimde orantılı bir bedel ödenmeksizin kişilerin mülkiyet hakkından mahrum bırakılmaları normal olarak aşırı bir müdahale teşkil eder, hiç tazminat verilmemesi ise ancak istisnai hallerde haklı görülebilir. Olayda, manastırların elinden alınan araziler önemli bir gelir kaynağı teşkil etmekteydi. Bu gelirden yoksun kalan manastırlara "münhasıran keşişlerin tarım yapmasına yetecek kadar" arazi verilmesi imkanının kanunla tanınması tazminat olarak değerlendirilmez. Söz konusu kanun, 1. Protokolün 1. Maddesinin değişik menfaatler arasında kurulmasını aradığı adil dengeyi gözetmemiştir. Davada, manastırlar, mülklerinin ellerinden alınmasının dini amaçlarını Hristiyan mirasını koruma görevlerini engellediğini, dolayısıyla din özgürlüklerini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, bu yaklaşımı ilke olarak reddetmemiş, ancak olaydaki kamulaştırmaların konusunun dini binalar olmadığını tespit etmiştir.³⁰

Konumuzu dolaylı olarak ilgilendiren bir davada, Hanya Katolik Kilisesi, bahçe duvarına zarar veren komşuları aleyhine Yunan Mahkemeleri önünde açtığı davada tüzel kişiliği olmadığı için yargıya başvuramayacağı cevabıyla karşılaşmıştır. Kilise adına Piskopos Papamanolis'in yaptığı başvuruya bakan Komisyon, bu kişinin Kilisenin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiğini gözlemleyerek başvurunun Kilise tarafından yapıldığını kabul etmiştir. Komisyon, 9. Madde ile bileşik olarak 14. Maddenin ihlal edildiğine hükmederek 6. Madde bakımından bağımsız bir sorun bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme farklı bir çözüm benimseyecektir. Davada dosyasına bakıldığında, Yunan Devletin kuruluşundan beri Katolik Kilisesi ve diğer cemaatlerin tüzel kişiliğinin asla tartışma konusu edilmediği görülmektedir. Bu kiliseler, menkul ve gayri menkul eşya alım satımında bulunmuşlar, sözleşme akdetmişler ve noter muameleleri yapmışlardır. Bu sabit uygulama, başvuru sahibi

³⁰ Kutsal Manastırlar Yunanistan'a karşı, (Les Saints Monastères c. Grèce) 10/1993/405/483-484, 9 Aralık 1994, § 70-75.

kilisede hem tüzel kişilik hem de malvarlığı ve hukuki temsil meseleleri bakımından haklı olarak hukuki güven uyandırmıştır. Tüzel kişiliğin reddi, geçmişte yapılan sayısız hukuki işlemin butlanının itirafı anlamına gelmektedir. Son aşamada Yargıtay'ın, kiliseye yargısal yollara başvuru hakkını tanımaması, malvarlığı haklarına ilişkin doğmuş ve doğabilecek tüm ihtilafları mahkeme önüne götürerek çözme hakkından yoksun bırakan önemli bir sınırlamadır. Böyle bir sınırlama, başvuru sahibinin “mahkemeye hak” kının özünü zedeleyerek 6. Maddenin (adil yargılanma hakkı) 1. Paragrafını ihlal etmiştir. Başvuru sahibi Kiliseye kamu hukuku ya da özel hukuk tüzel kişiliklerinden hangisinin uygun düşeceği sorununu çözmekten kaçınan Mahkeme, Ortodoks Kilisesi ya da Yahudi Cemaatinin sahip bulunduğu adaletle başvuru hakkının Katolik Kilisesinden esirgenmesinin ayrımcılık oluşturduğuna hükmetmiştir. Bu cemaatlerin farklı muameleye tabi tutulmalarını haklı gösterecek hiçbir objektif ve makul gerekçe gösterilemediğinden 6. Maddenin 1. Paragrafıyla bileşim halinde 14. Madde (ayrımcılık yasağı) de ihlale uğramıştır. Mahkeme, 14. Madde ile bileşim halinde ya da bağımsız olarak 9. Maddenin (din özgürlüğü) ve 1. Protokolün 1. Maddesinin (mülkiyet hakkı) ihlale uğradıkları iddiaları hakkında karar vermeyi gerekli görmemiştir³¹. Geçmişteki yargısal ve idari uygulamanın yarattığı güvene itibar eden karar, “dinlerin, özgürlüklerini kullanmalarına yetecek bir sosyal varlığa sahip olma ve “geniş manada hukuki güvenlik” hakları bulunduğu biçiminde yorumlanmıştır³².

Zorunlu din eğitimi ve bu eğitimin içeriği konusundaki talepler ise şu kararları akla getirmektedir: Danimarka cinsel eğitim davası olarak anılan Kjøldsen ve diğerleri davasında Mahkeme, Ek Protokolün 2. Maddesinin 2. Cümlesinin, Devletlerin dini ve felsefi nitelikte haber ve bilgileri öğretim ve eğitim yoluyla, dolaylı ve dolaysız biçimde yaymasına engel olmadığını tespit etmiştir. Ancak, Devlet, eğitim ve öğretim alanında üstlendiği görevleri yerine getirirken programlarda yer alan bilgilerin objektif, eleştirel, ve çoğulcu biçimde aktarılmasına özen göstermesi gerekir. Bu cümle, Devletin, ebeveynin dini ve felsefi kanaatlerine aykırı sayılabilecek biçimde sistematik telkin (*endoctrinement, indoctrination*) amacı gütmemesini yasaklamaktadır. İşte, aşılması gereken sınır budur.³³. Strasbourg organları, kamusal eğitimde Devletin ebeveynin din ve kanaatlerine saygı yükümünü belirleyen başlıca

³¹ Hanya Katolik Kilisesi (Eglise Catholique de la Canée) Yunanistan'a karşı, 25528/94, 16 Aralık 1997, § 34-50.

³² **Rolland**, Patrice, “Le fait religieux devant la Cour européenne des droits de l'homme” in Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme, Mélanges Raymond Goy, publications de l'Université de Rouen, 1998.s.278.

³³ Kjøldsen, Busk Madsen ve Pedersen Danimarka'ya karşı, 5095/71, 5920/72, 59226/72, 7 Aralık 1976, § 50-54.

ilkeyi “sistemantik telkin” (*endoctrinement, indoctrination*) yasağı olarak tespit etmiş ve da bu yaklaşımlarını sürdürmüşlerdir. Yakın tarihli Valsamis kararında ise Mahkeme, bu yaklaşımı daha derinlemesine irdelemiştir: “...1. Protokolün 2. maddesi, Devleti, kamu eğitim programının bütününde, ebeveynin hem felsefi hem de dini kanaatlerine saygı göstermeye mecbur etmektedir... Bu yüküm, geniş bir uygulamaya sahiptir, zira, öğretimin içeriği ve verilmiş biçimi kadar, Devletin üstlendiği tüm ‘işlevlerin’ uygulanması bakımından da geçerlidir. ‘Saygı göstermek’ fiili, ‘tanımak’ ya da ‘dikkate almak’tan fazlasının gerektirir. (bu fiil), olumsuz sayılabilecek bir taahhüdün ötesinde, Devlete olumlu bir yüküm de getirir”³⁴

Alevi toplumu, Devlete ödenen vergilerden dini harcamalara ayrılan payın sadece Sünni Müslümanlar lehine kullanılması uygulamasına son verilmesini talep etmektedir. Özellikle, Alevilerin Diyanet İşleri Başkanlığında temsil edilmeleri yönündeki taleplere, Başkanlığın bütçesinin bir kısmının orantısız olarak Alevilere özgülenmesi talepleri de eklenebilmektedir³⁵. Bu talepleri Strasbourg denetim organlarının içtihadı ışığında değerlendirmek güçtür, zira Avrupa’da beliren “dini” vergi sorunları genellikle Devlet Kiliseleri ya savaş harcamalarına yönelik vicdani red vakalarına ilişkindir. Bu bakımdan, mukayese imkânları sınırlı kalmaktadır. Katolik çoğunluklu İspanya’ya sonradan yerleşen bir Protestan kilisesinin vergiden muafiyet talebini geri çeviren Komisyon, din özgürlüğünün, belli bir kilise mensuplarına diğer vergi mükelleflerinden farklı bir statü tanınmasını gerektirmediğine hükmetmişti³⁶. Ancak, İspanya’daki Protestan cemaati ile Türk Alevi toplumunun nüfusun bütününe oranları ve söz konusu devletlerin siyasi-hukuki yapısında dini yeri düşünülecek olursa, İspanya’ya ilişkin karardaki imtiyazcı mantığın doğrudan Türkiye’ye uygulanması muhtemel görünmemektedir.

Komisyon’un Periyodik 2000 Raporu’nda bir paragraf da gayrimüslim azınlıklara ayrılmıştır: “Din özgürlüğü konusunda, bazı gayrimüslim cemaatler ve özellikle Rum Ortodoks, Ermeni, Katolik ve Süryani Ortodoks kiliselerine yönelik hoşgörüde ilerleme kaydedildiğine dair bazı işaretler gözlemlenmiştir. 1999 Aralık ayında yetkililer, dini cemaatlere, Devlet izni olmaksızın hayır kurumu ve ibadethane binalarını restore etme izni veren bir sirküler yayınlamışlardır. Genel olarak, bu olumlu yaklaşım sürdürülmeli ve 1923 tarihli Lozan Andlaşmasının korunması altında olsun veya olmasınlar, gayri-

³⁴ Valsamis Yunanistan’a karşı, 74/1995/580/666, 18 Aralık 1996, § 27.

³⁵ Bkz. **Benusiglio**, Yvette, “Le nouveau visage de la direction des affaires religieuses en Turquie” in Cahiers d’Etudes sur la Méditerranée et le monde turco-iranien, No. 31, janvier-juin 2001., s. 282, 284, 285.

³⁶ Iglesia Bautista ‘el Salvador’ ve Ortega Moratilla İspanya’ya karşı, 17522/90, 11 Ocak 1992, DR 72, s. 258-259.

müslimlerin somut talepleri, Halki (Heybeliada) ruhban okulunun uzun süredir kapalı olmasından dolayı süregelen sorun dahil olma üzere, gerektiği gibi incelenmelidir.”³⁷ Bu ifadeler, 14 Aralık 2000 tarihli Fransız Rahipler Enstitüsü ve diğerleri Türkiye’ye karşı, kararıyla beraber okunduğunda, dini azınlıkların bazı sorunlarının uluslararası platformlara taşınmış olduğu gözlemlenmektedir. Dini Vakıf Mallarının mülkiyetinin Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne aktarılması ve Heybeliada Ruhban Okulu’nun kapalı durmasına ilişkin sorunlara Amerika Birleşik Devletleri Dışişleri Bakanlığı’nca (U. S. Department of State) hazırlanan “Yıllık Uluslararası Din Özgürlüğü Raporu”nda da değinilmektedir³⁸.

2002 raporu, din özgürlüğü bağlamında şu ifadelere yer vermektedir:

“Din özgürlüğü güvence altındadır ama gayrimüslim dini cemaatler hukuki engellerle karşılaşmaktadırlar... bu engellerin bir kısmı, Ağustos 2002’deki reform paketinde ele alınmıştır.

1923 Lausanne Andlaşması’nca tanınmış olsunlar veya olmasınlar, gayrimüslim dini cemaatler (Rumlar, Ermeniler ve Yunanlılar, güçlüklerle karşılaşmışlardır (tüzel kişilik yokluğu ve mülkiyet hakkının verilmemesi) ve ruhbanlarını Türkiye’de eğitmeleri yasaklanmıştır.

Gayrimenkullerin tapuda tescili vakıfların değil, bireylerin adına yapılmaktadır. Gayrimüslim dini cemaatler bakımından sadece 1936 tarihli ve 2762 sayılı kanun uyarınca beyan edilen gayrimenkuller kanunen tanınmaktadır ve 1936’da beyan edilmeyen bütün gayrimenkuller Türk Devletince müsadere edilmiştir veya hala edilebilir. Ermeni, Rum ve Katoliklere ait gayrimenkuller müsadere edilmiştir veya bu tehlike ile karşı karşıyadır. Son aylarda, Ermenilere ait iki gayrimenkul müsadere vakası kaydedilmiştir. Protestan cemaati, ibadethane kiralama ve yeni mabet (kilise) inşa etmek bakımından idari güçlüklerle karşılaşmaktadır. Bununla beraber, resmi yetkililer, 2002 Temmuzunda Diyarbakır’da yeni bir Protestan mabedi inşasını sürdürme izni vermişlerdir.

Kilise ve okul binaları restorasyonu konusunda sınırlamalar olduğu öne sürülmüştür.

Mülkiyet hakkına ilişkin bazı sorunları halletmek üzere, üçüncü bir “reform

³⁷ Rapport régulier 2000... s. 19.

³⁸ 2000 Annual Report on International Religious Freedom: Turkey, Released by the Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor U.S: Department of State, September 5, 2000. bkz. www.state.gov/www/global/human_rights/irf/irf_rpt/irf_turkey.html

paketi” Vakıflar Kanunu’na bir değişiklik getirmiştir. Cemaat vakıfları, Ağustos 2002’den itibaren, vakıf statüsüne sahip olsun veya olmasın gayrimenkul iktisap etmek ve bunların üzerinde tasarruf etmek hakkını haizdirler. Dahası, malik olduklarını ispat etmeleri halinde, bu cemaatler bilfiil kullandıkları gayrimenkulleri tescil imkanına sahiptirler. Bu kanuni değişikliğin uygulanması bir dizi şarta tabidir. Gayrimenkul iktisap etmek ve bunların üzerinde tasarrufta bulunmak için Bakanlar Kurulu Kararı lazımdır ve hiçbir üst-başvuru yolu öngörülmemiştir. Tescil talebinde bulunmak için altı aylık bir süre tespit edilmiş, ancak bu talebin hangi idari birime yöneltileceği açıklık kazanmamıştır. Uygulamada, bu kısa süre, reform paketine bir engel oluşturabilir, zira altı aylık süre 9 Ağustos 2002’de başlamıştır ve uygulanacak usul hala açıklık beklemektedir.

Bu yeni hükümlerin uygulanma alanları hala belirsiz de olsa, bunlar sadece gayrimüslim vakıflarını ilgilendirir gibi görünmektedirler. Böyle bir yaklaşım ise, Türk olmayan Katolik ve Protestan cemaatleri dahil olmak üzere, vakıf statüsü bulunmayan dini cemaatleri dışlar.

Vakıflar Kanunu, Ağustos 2002 reformu kapsamına girmeyen mülklerin kiralanmasını ve ariyet verilmesini yasaklamaya devam etmektedir. Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün dini vakıflar üzerindeki mutlak takdir yetkisi değiştirilmediği gibi, dini vakıf yöneticilerini görevden alma imkanı baki kalmıştır. Son kanun değişikliği, müsadere edilen gayrimenkullerin iadesini öngörmemektedir.

Dini azınlıkların ruhbanlarının eğitmeleri hala yasaktır. Türk olmayan ruhban, vize ve ikamet izni alırken çoğunlukla güçlüklerle karşılaşmaktadır.

Ermeni Patriği, İstanbul’da, Hristiyanlık eğitimi veren bir özel fakülte kurulmasını talep etmiştir. Yetkililer, bu öneriyi kabul etmişler, ama eğitimi Müslümanların yürütmesi hususunda ısrar etmişler, Patrik ise bu öneriyi geri reddetmiştir. Rum Ortodoks Cemaati, birkaç defa, 1971’den beri kapalı duran Halki (Heybeliada) Ruhban Okulu’nun³⁹ yeniden açılmasını talep et-

³⁹ Türkiye’deki Rum Ortodoks cemaatin ruhban ihtiyacını karşılan ve uluslararası düzeyde öğrenci kabul eden Heybeliada Ruhban Okulu, 8 Haziran 1965 tarih ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun bazı maddelerinin 12 Ocak 1971’de Anayasa Mahkemesince iptali üzerine, İstanbul Milli Eğitim Müdürlüğü’nün kararıyla kapatılır. (Anayasa Mahkemesi Kararı: ES 1969/31, KS 1971/3, KG 12/1/1971 in Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı 9, s. 131 is. Anayasa Mahkemesi kararının temel gerekçesine göre devletin eğitim ödevinin “kazanç ereği güden özel kuruluşlarca yerine getirilmesi; öğretim ve eğitimin temel hedefinden saptırılması, gitgide soysuzlaştırılması sakıncasını da doğurur” bkz. s. 152) Kapatma kararına karşı Patrikhane’nin Danıştay’a açtığı dava, Patrikhane’nin tüzel kişiliği olmadığı, yargıya başvurma ve okul açma ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle redde-

miştir. Protestan ve Katolik cemaatleri de, Türkiye’de ruhban eğitime özgürlüğünden yararlanmaları gerektiğini düşünmektedirler.

Dini cemaatler kendi okullarına sahip olabilirler ama bu okulların müdür yardımcısı, Milli Eğitim Bakanlığı’nın (Müslüman) bir temsilcisi olmalıdır. Bu kişi, sözkonusu cemaate mensup müdürden daha büyük yetkiye sahiptir. Süryani cemaatinin kendine özgü okulları yoktur ve gençliğine ayın dilini⁴⁰ öğretmenin zor olduğunu belirtmektedir.

Zorunlu din derslerinde muhtelif dinler sunulmaktadır, ancak pek çok gayrimüslim cemaat bu sunumların subjektif ve hatalı olduğu kanaatindedir. Yakın tarihli bir girişim çerçevesinde Milli Eğitim Bakanlığı Hristiyan cemaatlerinin söz konusu kitaplar için ilave bölümler hazırlamasını önermişlerdir; bu girişimin sonuca ulaşması beklenmektedir.

Bazı raporlar, ruhbanın yetkililerce taciz edildiğini bildirmektedirler. Caritas gibi hayır dernekleri, hukuki statüye sahip olmadıkları gerekçesiyle güçlüklerle karşılaşmaktadırlar.

Bütün bu güçlüklerle rağmen, gayrimüslim cemaatlerin gittikçe *de facto* olarak tanınıyor gibi görünmektedirler. Türkiye Devleti, uluslararası düzeyde dinlerarası diyaloga giderek daha fazla katılmakta⁴¹ ve din eğitiminde daha global bir yaklaşım benimsemektedir. 2001 Ekiminde, İçişleri Bakanı, muhtelif dini cemaatlerin reislerini, kaygılarını ve dileklerini ifade etmeye davet etmiştir. Bu güne kadar, söz konusu girişimin uygun bir biçimde arkası gelmemiştir; Talepler cevapsız kalmış ya da reddedilmiştir. 2002 başında, Diyanet İşleri Başkanlığı, Yahudi ve Hristiyan temsilcilere, Ortadoğu’da barış üzerine müşterek bildirgeye katılma davetinde bulunmuştur⁴².

2003 raporunda, şu ifadeler göze çarpmaktadır:

... “Din özgürlüğü ile ilgili olarak ibadethane inşaatı ve mülkiyeti hakları

dilir. Günümüzde, Türkiye’deki Hristiyan cemaatlerinin ruhban ihtiyaçlarının İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi bünyesinde kurulacak bir bölüm sayesinde giderilmesi önerisi gündemdedir, ancak dini cemaat reisleri bu öneriye sıcak bakmamaktadırlar. Daha fazla bilgi için bkz. **Macar**, Elçin, Cumhuriyet Döneminde İstanbul Rum Patrikhanesi, İletişim yay, İstanbul, 2003, s. 293-299.

40 Süryani Kadim Kilisesi’nin ayın dili, Aramice’dir. İlkçağ’da tüm Ortadoğu’da geçerli bir iletişim dili (*lingua franca*) olan Aramice, aynı zamanda Hz. İsa’nın da konuşma diliydi.

41 Türkiye’de dinlerarası diyalog faaliyetleri için bkz. **Öktem**, Emre, “Le dialogue islamo-chrétien en Turquie” in ISLAMOCRISTIANA, 26 (2000) s. 107-131.

42 Rapport régulier 2002 sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie d’adhésion, < COM (2002) final>, s. 40-41

alanında tedbirler alınmıştır. Ancak, bunların etkisi sınırlı kalmıştır. Gayrimüslim azınlıklar, tüzel kişilik, mülkiyet hakları ve iç yönetimleri bakımından ciddi engellerle hala karşılaşmaktadırlar ve ruhban sınıflarını eğitmele-ri yasaktır.

203 Eylülünde, belli başlı dört (Rum Ortodoks, Katolik, Ermeni ve Süryani) gayrimüslim cemaatin temsilcileri ortak bir çağrıda bulunarak Türk yetkililerin bütün bu sorunları çözmelerini istemişlerdir.

Mülkiyet hakları bakımından, dördüncü reform paketi çerçevesinde Vakıflar Kanunu tadil edilmiş ve 2003 Ocak ayında bir yönetmelik kabul edilmiştir. Bu Yönetmelik, vakıfların gayrimenkul iktisap etmek, satmak ve tescil etmek için Bakanlar Kurulu'ndan izin alma yükümünü ortadan kaldırmıştır. (Ekim 2002 tarihli eski yönetmelik bu usulü gerektirmekteydi.) Mevcut düzenlemede, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün izni aranmakla beraber, yönetmelik, "gerekli görüldüğü hallerde" yetkili bakanlık ve kamu kurumlarına danışılmasını öngörmektedir. Altıncı reform paketi, azınlık vakıflarının gayrimenkullerinin tescil süresini altı aydan on sekiz aya çıkarmaktadır.

Ocak ayında çıkan yönetmelik, sadece gayrimüslim vakıflarını ilgilendirmektedir. Böylece, vakıf kurabilecek durumda olmayan dini cemaatler, bu arada katolik ve protestanlar da dışlanmış olmaktadır. Dahası, yönetmeliğe eklenen ve 160 vakıftan oluşan listede yer almayan vakıflar gayrimenkul tescil ettirememektedirler.

Gayrimüslim cemaatlerin sorunlarının belli başlı sorunlarından biri olan gayrimenkul müsadere sorunu da hala çözülmemiştir. Bu cemaatlerin hukuki kişiliği olmadığı için gayrimenkulleri her an müsadere edilme tehdidi altındadır ve bunları hukuki yollarla geri alma girişimleri sayısız engelle karşılaşmaktadır. Özellikle Rum Ortodoks cemaati, müsadere edilmiş bulunan mallarınının bir kısmını geri almak için kısa süre önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur.

Gayrimenkullerin tescili bakımından vakıflar önemli güçlüklerle karşılaşmışlardır. Resmi kaynaklara göre, 116 vakıf toplam 2234 aşvuruda bulunmuş, bunların çoğu, ya kamu kurumları ya da özel kişiler adına tescillere ilişkin oldukları için kabul görmemiş (622) ya da eksiklikler nedeniyle başvuru sahibine iade edilmiştir. (...) 2000 yılı Aralık ayında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde gerçekleşen ve Fransız Rahipler Enstitüsü'nün bir arazi ve üzerinde bulunan binalar üzerinde intifa hakkına sahip olmasını ve bu araziye kar amaçlı olarak kiralayabilmesini öngören dostane çözümün gerekleri, Türk makamlarınca yerine getirilmemiştir.

Dini vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün müdahalelerine maruz kalmaya devam etmekte ve bu husus, özerkliklerini büyük ölçüde kısıtlamaktadır. Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün, özellikle, vakıf yöneticilerinin görevlerine son vermek, mali kaynaklarının yönetimine ve muhasebelerine müdahale etmek imkanı bulunmaktadır.

Resmi kaynaklar, 2001 ila 2003 arasında 406 vakfın lağvedildiğini belirtmektedirler. Vakıfların yönetim kurulları, özellikle seçimler konusunda sorunlarla karşılaşmakta, seçimler yapılmazsa vakfın varlığı tehlikeye düşmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin, vakfın cemaat bölgesinde buluna kişilerce seçilmeleri gerektiğinden ve seçmenlerin zamanla bu bölgeyi terk etmiş olmalarından dolayı seçimleri düzenlemek her zaman mümkün olmamaktadır. Gereken zamanda seçimlerin düzenlenmemiş olması, gayrümenkülün müsadereğine yol açabilir. Bu sorunu çözmek üzere bazı cemaat bölgeleri genişletilmiş, ancak vakıfların büyük kısmı bu değişiklikten yararlanamamıştır.

İbadethane inşası izni bakımından, İmar Kanunu, 6. reform paketi çerçevesinde tadil edilmiş ve 2003 Eylülünde bir sürküler yayınlanarak "cami" kelimesinin yerini "ibadethane" almıştır. Artık kilise ve sinagoglar da bu kapsama girmektedir. Özellikle Protestan cemaati ibadethane bulmakta zorluklarla karşılaşmıştır. 2003 Nisanından bu yana ibadete açık olmasına rağmen Diyarbakır Protestan Kilisesi'nin hala hukuki bir statüsü bulunmamaktadır.

Dini cemaatlerin ruhban sınıfının eğitimi hala yasaktır. Bazı cemaatler, kiliselerindeki rahip sayısının azalmasından dolayı bu yasağı varlıklarına karşı bir tehdit olarak görmektedir. Tekrarlanan taleplere rağmen, Halki (Heybeliada) ruhban okulu hala kapalıdır, ancak yetkililer 2003 ağustosunda meseleyi yeniden incelemeye girişmişlerdir. Sınırlı mali kaynaklar sebebiyle dini cemaatlerin büyük çoğunluğu ruhban sınıfını yurt dışında okutacak durumda değildir ve bazı vatandaşlı ölçütleri, Türk olmayan ruhbanın, örneğin Süryani ve Keldani Kiliselerinde çalışmalarını ya da ökümenik patrik olma imkanlarını sınırlamaktadır. Dahası, türk olmayan ruhban, vize ve ikamet izinlerinin verilmesi ve yenilenmesi konusunda güçlüklerle karşılaşmaya devam etmektedir. Bu sorun, özellikle Katoli cemaati bakımından endişe vericidir.

Ökümenik patrik unvanının alenen kullanılması bazı gerilimlere yol açmıştır. Örneğin, 2003 Haziranında, Ortodoks Patriği Bartholomeo'un verdiği bir konferansın davetiyesinde bu şahıs ökümenik sıfatıyla anıldığı için, Türk devlet memurlarının söz konusu konferansa gitmeleri yasaklanmıştır.

Dinbilgisi ders kitaplarında Hristiyan mezheplerinin tanıtımının yeniden ele

alınmasına ilişkin çalışmaların sonuca ulaşması, olumlu bir gelişme olarak kaydedilmektedir. Bu kitaplar, pek çok dini azınlık tarafından, sübjektif ve hatalı oldukları için eleştirilmişlerdir. Söz konusu cemaatler, kitapların yapılan çalışmanın sonuçlarına uygun olarak gözden geçirilmesini beklemektedirler. Onaylanmamış dini ders kitaplarının basım ve ithali yasak olup bu tür kitapların gümrüklerde müsadere edilmesi vakalarına rastlanmıştır.

Dini azınlık okullarının müdür yardımcısının Milli Eğitim Bakanlığı'na tayin edilen bir Müslüman oluşundan ve okul müdüründen daha önemli yetkilere sahip bulunmasından kaynaklanan güçlükler varlığını sürdürmektedir. Kilise mensupları ve ilahiyat okulu mezunlarının okullarda ders vermesine izin verilmemesi de azınlık dinlerinin öğretim bakımından güçlükler doğurmaktadır.

2003 yılının Temmuz ayında, türk makamları ve Avrupa Birliği Komisyonu'nun işbirliğiyle Ankara'da bir din özgürlüğü uzmanları toplantısı gerçekleştirilmiştir. Avrupa Birliğine üye devletlerden gelen uzmanlarla Türk uzmanlar, üye devletlerdeki din özgürlüğüne ilkin uygulama ve normlar hakkına bilgi alışverişinde bulunmuşlardır. Uzmanlar, o güne kadar kabul edilen hukuki reformların yetersiz olduğu, genel kabul gören ayrımcılık yasağı eşitlik ve işbirliği ilkeleri temel alınarak bu alandaki mevzuatın gözden geçirilmesi gerektiği, dernek ve vakıflara ilişkin kanunların Avrupa Birliği normları ve temel alınarak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı göz önünde tutularak yeniden ele alınmasının zorunlu olduğu sonucuna varmışlardır.

Sünni olmayan Müslüman cemaatlerinin durumuna gelince, Aleviler bakımından bir değişikliğin gerçekleştiği görülmektedir. Önelier yassaklanmış bulunan alevi ve Bektâşi dernekleri birliği, 2003 yılının Nisan ayında hukuki statüye kavuşarak faaliyetlerini yürütme imkanı bulmuştur. Bununla beraber, Diyanet İşleri Başkanlığı nezdinde temsil ve alevi kimiliğini tanımayan okullardaki mecburi din eğitimi konularında endişeler hala geçerlidir.(...)⁴³

2004 raporu ise, din özgürlüğü bağlamında şu ifadelere yer vermektedir:

...Ocak 2004'te, Hükümet, 1962 yılında gizli bir kararname ile, azınlıkları gözlem altında tutmak için kurulmuş olan "Azınlıklar tali komisyonu"nu lağvetmiştir. Azınlık sorunlarının ele almak amacıyla, yeni bir kurumsal organ olarak, Azınlık sorunlarını değerlendirme kurulu" oluşturulmuştur. Bu kurul, İçişleri, Milli Eğitim, Dışişleri ve Vakıflardan sorumlu devlet başkanlığının temsilcilerinden oluşmaktadır. Bununla beraber, azınlıklarla ilişkiler

⁴³ Rapport régulier 2003 sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie d'adhésion, < COM (2003) final>, s. 37-39.

hala İçişleri Bakanlığı Emniyet Müdürüğü bünyesindeki azınlıklar şubesinin alanına girmektedir. Azınlıklar hala bazı ayrımcı uygulamalardan mağdur olmaktadır. Azınlık cemaati mensuplarının idare ve orduda yüksek kademelere güçlkle ulaştıkları belirtilmektedir.

2003-2004 ders yılı tarih kitapları azınlıkları hala güvenilmez, sadakatsiz ve devlet için tehlikeli olarak tanıtmaktadırlar. Bununla beraber, yetkililer, ders kitaplarındaki ayrımcı söylemi düzeltmeye başlamışlar ve Mart 2004'te, bir yönetmelik çıkarılarak ders kitaplarının ırk, din, cinsiyet, dil, etnik grup, felsefi inanış ya da din temelli ayrımcılık yapmaması öngörülmüştür.

Yahudi, Rum ve Ermeni okullarının yönetimindeki ikibaşlılık sorunu üzerine yetkililerle diyalog devam etmektedir.(Bu okullarda müdür yardımcısı, Milli Eğitim Bakanlığını temsil eden bir Müslümandır ve müdürden daha fazla yetkiye sahiptir) 2004 Mayısında, Milli eğitim Bakanlığı, annesi azınlık mensubu olan çocukların da bu okullara devam edebileceğini bildirmiştir. (Daha önce, sadece babası azınlık mensubu olan çocuklar bu okullara devam edebilirlerdi.) Bununla beraber, ebeveynlerin azınlığa mensup oldukları yöündeki beyanları, Milli Eğitim Bakanlığınca incelemeye alınacaktır. Yeni eğitim malzemesinin onaylanması ve yurt dışında eğitim almış öğretmenlerin anılması konusunda Rum cemaati güçlkle karşılaşmıştır. Dahası, 2003 tarihli iş mevzuatını ihlal eder biçimde, Türk kökenli meslektaşlarından farklı olarak Rum cemaatinin öğretmenleri sadece bir okulda ders verebilmektedirler. Ermeni cemaati ise, Ermenice dil öğretiminin yetersizliğinden şikayet etmektedir.

Süryaniler gibi, Lausanne Andlaşması ile ilişkilendirilmeyen gayrimüslim azınlıklar hala okul açmamaktadırlar. Gökçeada'daki Rum azınlık, okullarının yeniden açmak konusunda güçlkle karşılaşmıştır. Burada, tapu sicilinin adil ve saydam usullerce tutulmaması nedeniyle bazı mallar müsadereye uğramaktadır.

...

Din özgürlüğünün anayasal güvence altına alınması ve ibadet özgürlüğünün pek engellenmemesine rağmen, gayrimüslim azınlıklar tüzel kişiliğinin tanınması, mülkiyet hakkı, ruhban eğitimi, okullar ve iç yönetim gibi konularda güçlkle karşılaşmaktadırlar. Uygun bir mevzuat bu güçlükleri halledebilir. Aleviler hala müslüman bir azınlık olarak tanınmamaktadırlar⁴⁴.

⁴⁴ Rapport régulier 2004 sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie d'adhésion <Com(2004) 656 final>., s. 49-50.

Türkiye'nin Avrupa Birliğine girişinin inanç boyutu asla göz ardı edilmemelidir: "AB üyeliği ile birlikte artık sadece malların değil inançların da serbest dolaşacağı bir inançlar pazarı yaratılmıştır.⁴⁵" Bu bağlamda, misyonerlik faaliyetlerinin artış göstermesi şaşırtıcı olmayacaktır. Din yayma özgürlüğü konusunda ilke kararı niteliği taşıyan Kokkinakis kararında göre Mahkeme, dinini izhar etme özgürlüğünün ".. ilke olarak başkalarını, örneğin 'öğreti' yoluyla, ikna etmeye çalışma hakkını da içerdini, aksi takdirde 9. Madde'nin kabul ettiği 'din ya da kanaatini değiştirme özgürlüğü'nün hükümsüz kalacağını"⁴⁶ belirterek dini öğreti ile "istismarcı prozelitizm'i ayırdetme yoluna gitmektedir. Dolayısıyla, günümüzde, Avrupa Birliği'ne katılım öncesinde dahi faaliyetleri tırmanan⁴⁷ Batılı dini örgütlerin, katılım sonrasında daha elverişli bir ortam bularak mensuplarının sayısının arttırma isteyecekleri gerçeği göz önünde tutulmalı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sağladığı güvence altında faaliyet gösteren bu grupların yol açabilecekleri sosyal ve hukuki sorunlara karşı hazırlıklı olunmalıdır. Böyle bir hazırlık, her şeyden önce, problemin tarihi, hukuki, sosyolojik ve hatta teolojik boyutları üzerine yoğun bilimsel çalışmaların yapılmasını gerektirmektedir.

⁴⁵ **Gündüz**, "Türkiye'nin AB Üyeliği..." s. 56.

⁴⁶ Kokkinakis Yunanistan'a karşı, 3/192/348/421, 25 Mayıs , § 31.

⁴⁷ Bkz. **Öktem**, Emre, "Le dialogue islamo-chrétien en Turquie" in ISLAMOCRISTIANA, 26, (2000) s. 24, dn. 91.

MAKALELER

KAMU HUKUKU

LES LIMITES DE LA CRITIQUE ADMISSIBLE ENVERS LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE

Observations sur l'arrêt Pakdemirli c. Turquie

Dr. Melike Batur YAMANER*

A partir des années 90, la Turquie s'est trouvée plusieurs fois devant la Cour européenne des droits de l'homme pour se défendre contre les allégations concernant la violation de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme. La plupart de ces allégations qui ont abouti à des jugements de violation relevaient de l'application de l'article 8 du Code sur la Lutte contre le terrorisme et de l'article 312 du Code pénal.¹ Le but légitime prétendument poursuivi par l'Etat dans tous ces cas était la protection de la sécurité nationale et l'intégrité territoriale.

Le 22 Février 2005, la Cour européenne a rendu son jugement dans l'affaire Pakdemirli c. Turquie. C'est le premier arrêt de la Cour européenne rendu contre la Turquie concernant l'ingérence de l'Etat dans l'exercice de la liberté d'expression pour la protection de la dignité et les droits d'autrui. En ce qui

* Maître de conférence en Droit Public Générale, Faculté de Droit, de l'Université Galatasaray.

¹ L'article 8 de la Code sur la lutte contre le terrorisme qui a été amendé plusieurs fois, prévoyait la prohibition de la propagande écrite et orale, des réunions, assemblées et manifestations visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'Etat de la République de Turquie ou à l'unité indivisible de la nation. Cet article a été récemment abrogé. L'article 312 de l'ancien Code pénal qui pénalisait l'incitation du peuple à la haine a été amendé comme suit (art. 216) : Seront punis d'emprisonnement d'un an jusqu'à trois ans ceux qui incitent une partie du peuple ayant différentes caractéristiques concernant leur classe sociale, leur race, religion, secte ou appartenance régionale à la haine et l'hostilité contre un autre groupe, au cas où l'incitation constitue un danger évident et proche pour la sécurité publique. Seront punis d'emprisonnement de six mois jusqu'à un an ceux qui insultent explicitement une partie du peuple en raison de sa classe sociale, race, religion, secte, sexe ou région. Seront punis d'emprisonnement de six mois jusqu'à un an ceux qui insultent explicitement les valeurs religieuses d'une partie du peuple de façon à détruire la paix publique.

concerne les autres Etats partis, il existe un bon nombre d'arrêts concernant les limites de la critique admissible.² On peut raisonnablement déduire quelques principes fondamentaux de ces arrêts sur l'équilibre fragile que la Cour européenne tend à établir entre la critique et la diffamation et l'injure.

1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de diffamation:

Les limites de la critique admissible ne sont pas les mêmes selon différentes catégories des gens. Les limites de la critique à l'égard d'un politicien agissant en sa qualité de personnage public sont sans doute plus larges que pour un simple individu. Comme la Cour européenne a souligné maintes fois ".....Plus généralement, le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention tout entière. Partant, les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier: à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance. Assurément, l'article 10 par. 2 permet de protéger la réputation d'autrui, c'est-à-dire de chacun. L'homme politique en bénéficie lui aussi, même quand il n'agit pas dans le cadre de sa vie privée, mais en pareil cas les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques."³ Par conséquent, dans l'affaire *Lingens*, la Cour européenne a considéré les expressions utilisées par le requérant contre le Chancelier fédéral telles qu' "opportunisme le plus détestable", "immoral" et "dépourvu de dignité" comme étant malgré tout dans les limites de la critique admissible.

Pourtant la Cour européenne ne se montre pas aussi généreuse en traçant les limites de la critique à l'égard des fonctionnaires de magistrature. Dans l'arrêt *Barfod* où l'impartialité des juges avait été mise en cause, la Cour européenne, contrairement à la Commission européenne, a jugé à la non-violation de l'article 10.

Comme le suggère le juge Gölcüklü dans son opinion dissidente "Il n'est pas possible, à mon avis, de tirer un argument a contrario de l'affirmation de

² Pour citer parmi les plus connus *Lingens* 8.7.1986, *Castells c. Espagne*, 23.4.1992, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26.4.1995, *Barfod c. Islande*, 22.2.1989, *Colombani c. France*, 25.6.2002

³ *Lingens*, par.42

notre Cour dans l'affaire Lingens, où elle a déclaré que "les hommes politiques" doivent être prêts à subir plus de critiques que les autres. Par cette constatation, la Cour européenne n'a certainement pas voulu limiter aux seuls hommes politiques la portée de la critique publique en matière politique, exclure de l'arène des libres discussions et des débats démocratiques l'appréciation des institutions étatiques et de la position de ceux qui, n'étant pas des hommes politiques à proprement parler, prennent part cependant aux affaires publiques." Pareille opinion apparaît dans l'opinion dissidente du Juge Pettiti dans l'affaire Prager et Oberschlick où la Cour européenne n'a constaté aucune violation de l'article 10.⁴ En analysant les publications qui ont donné suites à la condamnation des deux journalistes pour le délit de diffamation, la Cour européenne a expressément tracé les limites de la critique admissible à l'égard des juges: "Il convient cependant de tenir compte de la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société. Comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un Etat de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer. Aussi peut-il s'avérer nécessaire de protéger celle-ci contre des attaques destructrices dénuées de fondement sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir."⁵

Quant aux limites de la critique à l'égard des fonctionnaires de l'Etat, la Commission européenne estime que les limites de la critique admissible sont, tout comme pour les hommes politiques, plus larges à l'égard de fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Dans un arrêt concernant la protection de la réputation et des droits des gardes municipaux, la Cour européenne a constaté que les fonctionnaires devaient, pour s'acquitter de leurs fonctions, bénéficier de la confiance du public sans être indûment perturbés et il pouvait dès lors s'avérer nécessaire de les protéger contre des attaques verbales offensantes lorsqu'ils sont en service.⁶

2. L'affaire Pakdemirli c. Turquie:

Dans le cas présent, il s'agit, en bref, la condamnation du requérant à payer une somme excessive d'indemnité à cause d'un discours qu'il a prononcé le 14 avril 1995, lors d'une réunion de presse publique, à l'occasion de la mise en service d'une autoroute, critiquant le Président de la République de

⁴ "...Les juges qui bénéficient d'immunités de fonction et sont à l'abri, dans la plupart des Etats membres, d'actions en responsabilité civile personnelle, doivent admettre en contrepartie l'exercice d'une critique libre et effectuée de bonne foi."

⁵ Prager et Oberschlick c. Autriche, par. 34

⁶ Janowski c. Pologne, 21.1.1999, par.33

l'époque, Süleyman Demirel. Quand M. Demirel était le chef de l'opposition, en 1991, il avait obtenu la levée de l'immunité parlementaire de deux anciens ministres de travaux publics, du parti ANAP dont le requérant était le porte-parole. L'accusation qui leur était adressée était le détournement de fonds publics réservés à la construction d'autoroutes. Traduits devant la Cour Suprême, un non-lieu venait d'être prononcé à leur égard. Ces deux anciens ministres se trouvaient aux côtés du requérant lors de son discours.

« Demirel est menteur, calomniateur. Qu'il ne prenne pas les autoroutes. S'il le fait, que ses pneus crèvent! » (...) « Demirel est politiquement invalide » (...) « S'il ne nous présente pas ses excuses, si pour une fois dans sa vie il ne dit pas la vérité, il est calomniateur, il n'est pas notre Président de la République. Nous l'appellerons désormais le Gros de Çankaya, le Menteur » (...) « Il est allé trouver deux [inspecteurs], des indignes, il leur a ordonné: 'si tu rédiges ton rapport dans ce sens, tu auras une promotion' » [le requérant en s'adressant à M. Demirel] « Ne sors pas de chez toi. Restes-y. Quitte le sommet de Çankaya et consacre-toi à la prière. Dans l'au-delà, Dieu ne pardonnera pas ceux qui ont usurpé les droits de ses serviteurs. Personne ne peut emporter ce qui revient de droit aux serviteurs de Dieu dans l'au-delà; ni Demirel, ni sa fille » (...) « celui qui n'a aucune perspective, qui ne connaît pas le monde, qui ne connaît que le pillage en matière de service public, qui ne sait que proférer des calomnies boueuses et des mensonges au lieu de reconnaître les vérités » (...) « Ces esprits bornés, ces gens qui ne connaissent pas le monde, qui n'ont été à l'étranger qu'après leur nomination à Çankaya [Résidence du Président de la République], ceux qui cherchent à déshonorer les gens par pure calomnie... » (...) « sans scrupule, ils ont cherché à salir la réputation des personnes qui ont réalisé un service public » (...) « Ces gens qui nous ont diffamés, ces gens qui ont voulu nous salir avec leur esprit borné et dépourvu de perspectives car s'ils n'étaient pas bornés, s'ils connaissaient un peu le monde... » (...) « Cette personne qui, de honte, ne devrait même pas sortir de chez elle, ose déclarer sans vergogne, depuis le Brésil 'mais c'est le tribunal qui les a acquittés, je n'y peux rien'. Eh bien arrête de mentir et de salir les gens par tes calomnies, tu devrais avoir honte et demander pardon. »

M. Demirel intenta une action en dommages et intérêts contre le requérant, en vertu de l'article 49 § 2 du code des obligations, pour diffamation et injures contre sa personne et au titre de Président de la République. La 11ème chambre du tribunal de grande instance d'Ankara condamna le

requérant à verser 5 milliards de livres turques (cinquante-cinq mille euros (EUR) environ) à titre de dommages et intérêts. Le tribunal ordonna également la publication du résumé de l'arrêt, une fois qu'il serait définitif, dans un quotidien à tirage élevé, et ce, aux frais du requérant.

Ce faisant, la 11^{ème} chambre a rejeté les allégations du requérant de la provocation et de l'instigation faite de la part de M. Demirel quand il était le chef d'opposition, se basant sur la jurisprudence bien établie qui prévoit que la provocation et l'instigation se rapportent à des faits s'étant produits dans un laps de temps court.

Le requérant se pourvut en cassation au motif, entre autres, que la somme fixée par le tribunal était exorbitante et non conforme au but visé par la loi. La Cour de cassation infirma le jugement aux motifs relatifs aux preuves et non à la somme fixée. Le tribunal de première instance maintint son jugement et le requérant se pourvut pour une deuxième fois en cassation. La Cour de cassation cette fois confirma le jugement du tribunal de première instance.

Le requérant introduisit un recours en rectification d'arrêt qui a été rejeté.

Par un arrêt de 22 février 2005, la Cour Européenne, estimant que la condamnation du requérant à payer des dommages-intérêts était prévue par la loi et poursuivait un but légitime au sens de l'article 10 par. 2, toutefois jugeait en unanimité contraire à l'article 10 la manière dont la loi a été appliquée.

Après avoir noté que les deux personnes avaient un long passé d'antagonisme politique et que les faits de la cause se situaient eux-mêmes dans un contexte politique, la Cour Européenne se livre à un examen attentif des facteurs qui ont emmené le juge national à allouer un montant si excessif d'indemnisation.

La Cour est particulièrement préoccupée par le montant excessif de l'indemnité et par les motifs invoqués par le juge national pour justifier un tel montant, notamment l'évaluation du statut du Président de la République.

A) La Surprotection du Statut du Président de la République:

L'affaire doit sans doute son originalité à l'approche du juge national qui

conclut à l'excessivité du montant de l'indemnité allouée. Le juge national s'est prononcé sur le statut de président de la République, un sujet qui semble passer inaperçu pour la Cour européenne. Avant tout, la 11ème chambre du tribunal de grande instance d'Ankara ne considère pas le président de la République comme un homme politique. Le tribunal souscrit à la thèse de la Cour européenne développée au cours des années sur les limites de la critique admissible en admettant que des propos virulents entre hommes politiques peuvent être acceptés comme une règle du jeu politique. Ce que le tribunal n'accepte pas c'est le traitement du Président de la République comme un « simple » homme politique. Aux yeux du tribunal, il est plus que cela. Il est intéressant de noter que le Tribunal met le président de la république à un rang quasi-sacré. Selon le Tribunal, M. Demirel, en sa qualité de Président de la République, est dépouillé du statut de politicien et porte désormais celui d'homme d'Etat. En citant la disposition du Code Pénal Turc sanctionnant le délit de diffamation à l'égard du président de la république il souligne que cela constitue la forme la plus grave du délit d'outrage.

Le Tribunal semble établir un parallélisme entre la République de la Turquie et la personnalité du Président de la République. Selon la logique du Tribunal, comme tout citoyen Turc a le devoir de protéger la République turque, par conséquent tout citoyen a le devoir de protéger/respecter son président.

Les termes et le ton utilisés dans le raisonnement derrière la condamnation sont plutôt lyriques. Il décrit la fondation de la République en faisant référence au "vénérable" fondateur Atatürk, aux martyrs et aux anciens combattants de la nation turque. Par conséquent, le Tribunal nous fait entendre implicitement que respecter le Président de la République revient à respecter Atatürk et les martyrs de la guerre d'indépendance. Le Tribunal prend aussi en considération l'existence tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières des gens qui visent à détruire l'unité du pays. Tenant compte que le jugement a été rendu en 1995, on peut raisonnablement penser qu'il s'agit de la menace de PKK. Selon le Tribunal, l'affaiblissement du statut de Président de la République ne pourrait qu'encourager leur action.

On voit clairement que ce cas n'est pas une simple affaire de diffamation. Il s'agit de quelque chose de plus important, de plus « sacré ». Il s'agit d'une menace contre la République turque à travers un discours diffamatoire ébranlant la réputation de son président auprès des pays étrangers.

Selon la constitution et la tradition Turque, le statut du président de la République est certes différent de celui d'un homme politique. Il est en même

temps un homme d'Etat -comme le dit le Tribunal- et aussi un homme politique en tant que le premier de la fonction exécutive. Le Tribunal sans doute se réfère à l'article 104 de la Constitution qui énonce que le président est le chef de l'état et qu'il représente la République Turque et l'unité de la nation Turque. Il est vrai qu'une telle qualification n'est attribuée à aucun homme politique. Mais le problème est de déterminer si cette qualification exclut le président de l'arène politique. Etant sans doute au milieu du débat politique et ayant des fonctions du pouvoir exécutif, est-ce qu'on peut nier le statut d'un homme politique du président –surtout quand il s'agit de M. Demirel qui a toujours joué un rôle important dans la vie politique Turque? Il serait intéressant de voir l'appréciation de la Cour Européenne des droits de l'Homme sur le statut du président mais comme elle ne s'est pas prononcée sur ce sujet et s'est contentée de répéter son principe bien établi sur la critique des hommes politiques, on peut donc admettre que la Cour ne fait aucune distinction entre le président et l'homme politique.

B) L'excessive du montant de l'indemnité:

La surprotection du président de la République par le juge national abouti à l'allocation d'un montant excessif de l'indemnisation. Ce qui est inquiétant pour la Cour est le fait que ce montant n'a pas été fixé eu égard au préjudice causé à la personne du demandeur mais à travers une surprotection du statut du Président de la République.

La fixation du montant de l'indemnisation n'est jamais simple. Il faut d'abord souligner que le but de l'indemnité morale est d'essayer de trouver un moyen de satisfaire le dommage moral du demandeur subi en conséquence d'une violation illégale de ses droits et non pas de punir le défendeur. On retrouve le même argument dans l'arrêt Tolstoy Miloslavsky où le jury avait été exhorté à ne pas punir le requérant mais seulement à accorder un montant qui indemniserait Lord Aldington de son préjudice moral.⁷

Comme la Cour a déjà énoncé dans l'arrêt Tolstoy Miloslavsky, les lois nationales relatives au calcul des dommages-intérêts pour atteinte à la réputation doivent permettre de tenir en compte de l'infinie variété des situations de fait qui peuvent se présenter.⁸ Mais ce qui est encore plus important, que cela soit accordé par un jury ou par un juge, le montant doit

⁷ Tolstoy Miloslavski c. Royaume-Uni, 23 juin 1995, par.49

⁸ Tolstoy Miloslavski, par. 41

être fixé en tenant compte du principe de proportionnalité. C'est-à-dire qu'il faut y avoir un rapport raisonnable de proportionnalité entre le montant de l'indemnité et le but de réparation du dommage causé au demandeur. A la différence du droit anglais applicable à l'époque, le droit Turc prévoit d'une façon un peu indirecte le principe de proportionnalité. Selon l'article 49 du Code civil Turc le juge doit prendre en considération, entre autres, le statut, la fonction et la situation socio-économique des parties. Bien que l'article 49 ne parle pas de proportionnalité, l'article 4 du Code Civil qui prévoit que le juge doit rendre son jugement avec équité et mesure quand la loi lui reconnaît un pouvoir d'appréciation fournit la base légale du principe de proportionnalité. Ainsi, doté d'armes nécessaires pour fixer le montant d'indemnité, il incombe au juge d'interpréter les lois d'une façon équitable. Or, dans la présente affaire ce n'est pas le cas. Le juge national interprète discrétionnairement la loi de façon à révéler sa conviction personnelle. Pour arriver là, le juge national part en premier lieu du statut du requérant: Le fait qu'il soit professeur de l'Université est une raison de plus pour ne pas s'engager aux discours pareils. D'autre part, le statut du demandeur aussi est pris en considération. Le fait qu'il soit le président de la république, le représentant du pays, rend la gravité de l'injure du défendeur flagrante. Selon le juge, il s'agit de la diminution d'une valeur personnelle qui ne sera jamais restituée. Sur ce point la Cour se réfère spécialement à l'arrêt Colombani où elle avait examiné l'article 36 de la loi française du 29 juillet 1881 portant sur les délits contre les chefs d'Etat et agents diplomatiques étrangers. La Cour avait expressément énoncé qu'une protection accrue par une loi spéciale en matière d'offense n'était, en principe, pas conforme à l'esprit de la Convention.⁹ La Cour réaffirme sa position dans l'affaire Pakdemirli où le juge interprète discrétionnairement l'article 49 d'une façon à privilégier le statut du président de la République¹⁰.

Ensuite, il passe par la législation pénale qui aurait été applicable dans le cas du requérant si celui-ci ne bénéficiait pas de l'immunité parlementaire. Sur ce point, la Cour européenne n'a pas de difficulté à constater la réflexion punitive du juge. Le juge national qui semble être déçu du fait que le requérant n'a pas pu être poursuivi du fait de son immunité parlementaire, essaie de le punir à travers le procès civil. Finalement, appuyant son interprétation sur le sujet de la réparation dans le système juridique occidental, il arrive facilement à la conclusion que la somme de la réparation doit être dissuasive pour l'auteur. Selon le juge national, l'octroi d'une réparation à caractère dissuasif pour l'auteur et satisfaisante pour la victime

⁹ Cour eur. dr. h., arrêt du 25 septembre 2002, Colombani et autres c. France, par.67

¹⁰ Pour une analyse de l'arrêt Colombani voir **Patrick Wachsmann**, Revue Trimestrielle des droits de l'Homme, 55/2003, p.975-997

est l'approche en vigueur dans le système juridique occidentale. La somme fixée par le juge national est certes très dissuasive puisqu'il s'agit d'une somme- record jamais accordée à personne en Turquie. Ainsi, le juge a réussi à transformer la réparation en une amende civile.

Sans se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de son pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable, La Cour Européenne a considéré si l'ingérence litigieuse était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissait pertinents et suffisants. Rien ne prouve que le juge national a agi de mauvaise foi et sans soin, pourtant son jugement est loin d'être raisonnable. Quant à l'ingérence litigieuse, notamment la fixation du montant qui correspond à la moitié des revenus du requérant, les motifs invoqués restent non pertinents et insuffisants.

LE TRAITE DE PARIS DE 1856 REVISITÉ À SON 150^{ème} ANNIVERSAIRE: QUELQUES ASPECTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX*

*Dr. Emre ÖKTEM***

La guerre de Crimée avait quatre enjeux principaux, à savoir: le statut des sujets non-musulmans de l'Empire ottoman et la question de l'ingérence étrangère qui y est relative; le statut des Principautés danubiennes et de la Serbie; la régulation de la navigation sur le Danube; la neutralité de la Mer noire et la question des Détroits¹. L'issue de ces problèmes, éminemment politiques, était étroitement liée à leur règlement juridique. Le Congrès de Paris introduisit parmi ces points de droit international la question du caractère "européen" de l'Empire ottoman.

Il est intéressant de relever qu'à l'exception de problèmes danubiens, toutes ces questions n'ont rien perdu de leur actualité. Avant d'aborder ces questions toujours présentes, il serait également intéressant d'étudier les techniques d'élaboration du Traité de Paris, qui constituent un pas important dans l'histoire du droit international.

1. Elaboration du Traité de Paris: Une nouvelle technique diplomatique

La première question est de nature purement technique: Le Traité de Paris de 1856 constitue le premier traité international véritablement multilatéral. Jusqu'au Congrès de Vienne, la pratique internationale ne connaissait que le traité bilatéral. Même le Traité de Westphalie était en réalité une

* Intervention présentée au Colloque « Le Congrès de Paris (1856) Un événement fondateur », 24-25 mars 2006, Musée d'Orsay.

** Maître de conférence en droit international public de la Faculté de Droit de l'Université Galatasaray.

¹ **I. H. Danişmend**, İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, (Chronologie commentée de l'Empire ottoman) vol. 4 Türkiye Yayınevi, Istanbul, 1972, p. 173.

accumulation des traités bilatéraux conclus entre deux groupes d'Etats. Ce n'est qu'au XIX^{ème} siècle que les puissances européennes prendront conscience de leur solidarité pour s'engager dans la voie du règlement collectif des problèmes d'intérêt commun et se doter d'un instrument simple et commode. L'acte final du Congrès de Vienne de 1818, qui est traditionnellement considéré comme le premier traité multilatéral n'était, en fait, qu'un instrument général, rassemblant dans le même document tous les traités particuliers conclus entre les participants du Congrès. En réalité, c'est le Traité de Paris de 1856 qui est le premier traité collectif parfait. Quant à la Convention annexée sur les détroits, elle est élaborée par une technique mixte, à cheval entre le traité bilatéral et le traité multilatéral. Elle est signée, d'une part, par l'Empire ottoman, et d'autre part, par les cinq grandes puissances européennes. Cette catégorie d'instruments que la doctrine qualifie de traité semi-collectif connaît aujourd'hui une résurgence, notamment avec les traités conclus d'une part, par les Etats-membres de l'Union européenne et d'autre part, des Etats tiers.²

Ce détail, apparemment insignifiant, révèle sans doute un esprit de rapprochement plus étroit dans la société internationale. Il s'était passé bien de l'eau sous les ponts depuis le Traité de Westphalie, qui fut négocié dans plus d'une ville, car les délégations de confessions différentes ne supportaient pas de se voir de face³. Le changement dans la confection des traités, qui sera suivi par d'autres conférences, souligne encore une fois l'importance du Traité de Paris.

2. La question des Détroits et de la démilitarisation de la Mer Noire

Le Traité de Paris, marque un moment crucial dans l'histoire de la question des détroits. Il comporte une convention relative aux Détroits et une seconde convention relative aux bâtiments de guerre que les Puissances riveraines entretiendraient dans la mer Noire.

Des dispositions relatives aux Détroits sont contenues soit dans l'acte général, soit dans la Convention qui lui est annexée.⁴ Le traité de Paris

² Cf. **N.Q.Dinh, P. Daillier, A. Pellet**, Droit international public, L. G. D. J. Paris, 1999, pp. 164-165, § 99.

³ **A. Hobza**, "Questions de droit international concernant les religions" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1924/IV, tome 5, s. 377.

⁴ Pour le texte du Traité, Cf. Bibliothèque diplomatique-Comte d'Angeberg, Le Traité de Paris du 30 mars 1856 et les conférences de Londres de 1871, le Traité modificatif du 13 mars 1871, traités, correspondances diplomatiques, protocoles et documents, Mayot, éditeur des archives diplomatiques, Paris, 1873.

reprend textuellement certaines dispositions du Traité de Londres de 1841 et confirme “l’ancienne règle de l’Empire”⁵, en vertu de laquelle il est de tout temps défendu aux bâtiments de guerre des Puissances étrangères d’entrer dans les détroits des Dardanelles et du Bosphore, tant que la Porte se trouve en paix”. Les Puissances signataires s’engagent à respecter cette prérogative du Sultan et à se conformer à ce principe, non seulement vis-à-vis du Sultan mais également envers l’autre (art. 10). Il s’agit bien d’une obligation solidaire et indivisible entre les Puissances contractantes. Mais, le changement vraiment fondamental et significatif décidé par le traité de Paris par rapport au statut antérieur se rapportait à la proclamation de la neutralisation de la mer Noire. Selon l’article 11: “La mer Noire est neutralisée; ouverte à la marine marchande de toutes les nations, ses eaux et ses ports sont formellement et à perpétuité interdits aux pavillons de guerre, soit des puissances riveraines, soit de toute autre puissance”.

L’article 13 pousse l’interdiction encore plus loin: “La mer Noire étant neutralisée, aux termes de l’article 11, le maintien ou l’établissement sur son littoral d’arsenaux militaires-maritimes devient sans nécessité comme sans objet; en conséquence, Sa Majesté l’Empereur de toutes les Russies et Sa Majesté Impériale le Sultan s’engagent à n’établir et à ne maintenir sur ce littoral aucun arsenal militaire-maritime.”

L’article 14 prévoit que les gouvernements turc et russe peuvent entretenir dans la Mer Noire des bâtiments légers, nécessaire au service de leur côtes, sans pour cela violer le principe de neutralisation de cette mer.

L’article 2 de la Convention annexée réaffirme la possibilité pour le Sultan de délivrer des firmans de passage aux bâtiments légers sous pavillons de guerre et employés au service de légations.

“La Convention de Paris consacre la victoire de la coalition turco-anglo-française contre les desseins russes d’exécuter la politique de Pierre le Grand de hâter le décès de l’homme malade et de faire ouvrir sa succession. L’équilibre établi par la Convention de Londres de 1841 était rompu aux dépens de la Russie. La neutralisation de la mer Noire constituait une innovation en droit international. Son grave défaut était d’être un simple avantage stratégique, produit éphémère d’une victoire plutôt que de l’application d’un principe généralement admis. Ce que le législateur de Paris avait cru établir à perpétuité ne devait avoir qu’une vie de quinze ans.

⁵ cf. **S. A. Scharfenberg**, “Regulating Traffic Flow in the Turkish Straits: A Test for Modern International Law” in *Emory International Law Review*, vol 10, spring 1996., p. 341.

Il était prévisible que la Russie profiterait de la première occasion fournie par la situation internationale pour secouer un joug qui lui paraissait trop lourd. Cette occasion se présenta lors de la défaite française à l'issue de la guerre franco-allemande de 1870. L'Europe était trop préoccupée par ses problèmes pour réagir devant la volonté russe".⁶ La Prusse de Bismarck soutint la Russie et conclut un accord secret avec elle.

La correspondance diplomatique entre Saint-Pétersbourg et l'ambassade russe à Londres exprime clairement la logique de la démarche du tsar. "L'expérience de quinze années a prouvé que (le principe de la neutralisation de la Mer noire) duquel dépend la sécurité de toute l'étendue des frontières de l'Empire russe dans cette direction, ne repose que sur une théorie. En réalité, tandis que la Russie désarmait dans la Mer noire et s'interdisait même loyalement, ... la possibilité de prendre des mesures de défense maritime efficaces dans les mers et ports adjacents, la Turquie conservait le droit d'entretenir des forces navales illimitées dans l'archipel et les détroits; la France et l'Angleterre gardaient la faculté de concentrer leurs escadres dans la Méditerranée. (...) S. M. I. ne saurait admettre en fait que la sécurité de la Russie dépende d'une fiction qui n'a pas résisté à l'épreuve du temps (...) L'Empereur vous ordonne de déclarer que S. M. I. ne saurait se considérer plus longtemps comme liée aux obligations du traité du 18/30 mars 1856, en tant qu'elles restreignent ses droits de souveraineté dans la Mer noire; Que S. M. I. se croit en droit et en devoir de dénoncer à S. M. Le Sultan la Convention spéciale et additionnelle audit Traité qui fixe le nombre et la dimension des bâtiments de guerre que les deux Puissances riveraines se réservent d'entretenir dans la Mer noire."⁷

Ainsi, prétextant un changement d'équilibre qui exposerait la Russie aux attaques en la privant des moyens de se défendre, le tsar se déclarait délié de ses obligations découlant du Traité de Paris.

Il s'agit d'une invocation implicite de la clause *rebus sic stantibus*, qui, comme le constate l'éminent juriste français, Le Fur, "jouait le rôle d'un prétexte juridique, et même fort mal choisi. Ce que la Russie invoquait en réalité, c'était bien plutôt le droit de nécessité de son développement".⁸ Les puissances protestèrent avec véhémence contre la dénonciation russe, au

⁶ **F. C. Erkin**, Les relations turco-soviétiques et la question des Détroits, Ankara, 1968, p. 34.

⁷ Le prince Gorschakoff au Baron de Brunnow, à Londres, 19-31 octobre 1870, in Le Traité de Paris du 30 mars 1856 et les conférences de Londres de 1871, le Traité modificatif du 13 mars 1871, traités, correspondances diplomatiques, protocoles et documents, pp. 177-180.

⁸ **L. Le Fur**, "La théorie du droit naturel depuis le XVIIème siècle et la doctrine moderne" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, tome 18, 1927/III, p.433.

mépris du principe essentiel du droit des gens qu'aucune Partie ne peut se délier des obligations du traité si ce n'est qu'avec le consentement des autres Parties contractantes. Pourtant, les Puissances finirent par s'incliner devant le fait accompli et mirent fin au régime de neutralisation par le Traité de Londres du 13 mars 1871. Les fruits de la Guerre de Crimée étaient anéantis⁹. Les Traités de Paris et de Londres se verront également violés par le Traité de San Stefano¹⁰.

La clause *rebus sic stantibus* au sujet des détroits turcs fut invoquée de manière bien plus appropriée et "honnête" en 1936 par la Turquie pour remanier les dispositions de la Convention des Détroits de Lausanne de 1923. Fondée essentiellement sur le changement de la situation politique en Europe, sur le fait que les garanties prévues en 1923 étaient devenues inopérantes en 1936 et sur l'éventualité d'une menace de guerre, la thèse turque fut bien accueillie et déclencha un processus qui donna lieu à la conclusion de la Convention concernant le régime des détroits signée à Montreux, le 20 juillet 1936¹¹.

Il serait superflu de rappeler l'actualité de la question des détroits turcs. En effet, la Convention de Montreux se trouve toujours en vigueur. Elle est toutefois largement dépassée par le temps, en raison, notamment de la recrudescence du trafic maritime, surtout pétrolier. Des propositions de modification, voire de dénonciation sont à l'ordre du jour. Pourtant, malgré les dispositions de la Convention qui prévoient un mécanisme de dissolution unilatérale (art. 28) et des possibilités de proposer des amendements (art. 29), aucun Etat –Partie n'a osé prendre l'initiative. Une nouvelle conférence serait une table de jeu de hasard dont le gagnant est imprévisible. Il s'agit d'enjeux complexes: les intérêts régionaux des Etats riverains, les préoccupations de la Turquie de sauvegarder sa sécurité militaire et d'éviter des accidents dont les antécédents sont nombreux, et enfin, les intérêts des grandes puissances maritimes. Depuis 1856, les acteurs n'ont que partiellement changé: la géographie, pas plus que la géologie n'ont pas changé et la mer Noire n'a toujours qu'une entrée.

⁹ **H. Bonfils**, Manuel de droit international public (Droit des gens) Arthur Rousseau, éditeur, Paris, 1912, p206, § 341.

¹⁰ Sir **J. F. Williams**, La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1933/II, t. 44, p. 281.

¹¹ **F. N. Berkol**, Le statut juridique actuel des portes maritimes orientales de la Méditerranée, (les détroits-le canal de Suez), Recueil Sirey, Paris, 1940., pp. 163 et ss.

3. Le statut des Principautés

Le traité de Paris consacra plusieurs articles au règlement de la question du statut des principautés danubiennes:

Art. 22. Les Principautés de Valachie et de Moldavie continueront à jouir, sous la suzeraineté de la Porte et sous la garantie des Puissances contractantes, des privilèges et des immunités dont elles sont en possession. Aucune protection exclusive ne sera exercée sur elles par une des Puissances garantes. Il n'y aura aucun droit particulier d'ingérence dans leurs affaires intérieures.

Art.23. La sublime Porte s'engage à conserver auxdites Principautés une administration indépendante et nationale, ainsi que la pleine liberté de culte, de législation de commerce et de navigation.

Les lois et statuts aujourd'hui en vigueur seront révisés. Pour établir un complet accord sur cette révision, une commission spéciale, sur la composition de laquelle les Hautes puissances contractantes s'entendront, se réunira sans délai à Bucarest, avec un commissaire de la Sublime Porte.

Cette Commission aura pour tâche de s'enquérir de l'état actuel des Principautés et de proposer les bases de leur future organisation.

Art. 24. S. M. Le Sultan promet de convoquer immédiatement, dans chacune de ces provinces, un divan ad hoc, composé de manière à constituer la représentation la plus exacte des intérêts de toutes les classes de la société. Ces divans seront appelés à exprimer les vœux des populations relativement à l'organisation définitive des Principautés.

Une instruction du Congrès règlera les rapports de la commission avec ces divans.

Art. 25. Prenant en considération l'opinion émise par les deux divans, la commission transmettra sans retard, au siège actuel des Conférences, le résultat de son propre travail.

L'entente finale avec la Puissance suzeraine sera consacrée par une convention conclue à Paris entre les Hautes Parties contractantes; et un Hatti-schérif, conforme aux stipulations de la Convention, constituera définitivement l'organisation des ces provinces, placées désormais sous la garantie collective de toutes les Puissances signataires.

Art. 26. Il est convenu qu'il y aura dans les Principautés une force armée nationale, organisée dans le but de maintenir la sûreté de l'intérieur et

d'assurer celle des frontières. Aucune entrave ne pourra être apportée aux mesures extraordinaires de défense que, d'accord avec la Sublime Porte, elles seraient appelées à prendre pour repousser toute agression étrangère.

Art. 27. Si le repos intérieur des Principautés se trouvait menacé ou compromis, la Sublime Porte s'entendra avec les autres Puissances contractantes sur les mesures à prendre pour maintenir ou rétablir l'ordre légal. Une intervention armée ne pourra avoir lieu sans un accord préalable entre ces puissances.

Les dispositions ci-dessus avaient été arrêtées, dans leurs grandes lignes, lors des séances du 14 mars et du 25 mars 1856 du Congrès de Paris. La "Convention pour l'Organisation des principautés unies de Moldavie et de Valachie" prévue par l'article 25 fut conclue le 19 août 1858. Cette convention confirme que les Principautés demeurent sous la suzeraineté du Sultan, mais leur octroie une administration autonome, en dehors de toute ingérence de la Sublime Porte. (art. 2) Les pouvoirs publics sont confiés, dans chaque principauté, à un Hospodar et à une Assemblée électorale. Le pouvoir exécutif est exercé par l'Hospodar, alors que le pouvoir législatif est partagé entre l'Hospodar, l'Assemblée et la Commission centrale, commune aux deux Principautés. (art. 3,-5) L'institution de la Commission centrale, ainsi que d'une Haute Cour de justice et de cassation commune siégeant à Fockshani, (art 27, 36) tend à unifier les Principautés, sous forme d'une monarchie constitutionnelle¹².

Le Traité de Paris était l'instrument d'un équilibre et d'une stabilité régionales qui reposaient sur l'intégrité de l'Empire ottoman. Or, c'est le Traité de Paris qui érigea la Moldavie, la Valachie et la Serbie en principautés, gouvernées par des princes dont l'élection devait obtenir l'entérinement de la Sublime Porte (art. 8). En fait, le démembrement de l'Empire commençait à la suite d'une guerre entreprise et d'un traité conclu pour défendre son intégrité¹³: L'autonomie accordée aux principautés en question ne faisait que paver le chemin de l'indépendance.

3. Origine de la Guerre de Crimée: Protection internationale des minorités religieuses

Le Congrès de Paris se réunit pour régler les conditions de paix au terme de la Guerre de Crimée. Or, cette guerre avait été déclenchée par une querelle

¹² **Danişmend**, *İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi*, p. 187.

¹³ **Bonfils**, *Manuel de droit international public*, p 51, § 122.

entre les religieux catholiques protégés de la France et les Orthodoxes protégés de la Russie qui se disputaient la possession des lieux saints de Palestine (Bethléem, le Saint Sépulcre) La question, à portée purement religieuse à l'origine, fit immédiatement l'objet d'une lutte politique internationale. La Russie jouissant déjà d'un certain prestige auprès des orthodoxes de l'Empire ottoman, ne voulait perdre cette influence en se désintéressant de leur sort. Après de longues négociations, le tsar chercha à régler le conflit en faisant entrer son armée en Moldavie, déclarant qu'il venait protéger l'Eglise orthodoxe. La France et l'Angleterre se virent liés par le Convention de 1841 qui prescrivait l'obligation de ne pas porter atteinte à l'intégrité ottomane. La nouvelle de l'anéantissement de la flotte ottomane par les forces navales russes au rade de Sinope Le 30 novembre 1853 provoqua dans ces pays une véritable levée des boucliers. Le 12 mars 1854, fut signé à Istanbul un traité d'alliance défensive et offensive entre la Sublime Porte, la Grande Bretagne et la France. L'Autriche adhéra à l'alliance le 14 juin 1854. L'évacuation par la Russie des Principautés danubiennes, de même que des négociations pour fixer le futur statut de la mer Noire ne purent empêcher la guerre. La prise de Sébastopol par les alliés européens en septembre 1855 porta le coup de grâce aux armées du tsar. ¹⁴

Le Traité des Paris comporte une disposition relative aux minorités religieuses. D'après l'article 9 du Protocole XV: "Sa majesté impériale, dans sa constante sollicitude pour le bien-être de ses sujets, ayant octroyé un firman qui, en améliorant leur sort, sans distinction de religion ni de race, consacre ses généreuses intentions envers les populations chrétiennes de son Empire,; et voulant donner un nouveau témoignage de ses sentiments à cet égard, a résolu de communiquer aux Puissances contractantes ledit firman, spontanément émané de sa volonté souveraine". Lors de la Séance du 28 février 1856 du Congrès de Paris, Aali Pacha avait annoncé "qu'un nouvel hattî-schérif a renouvelé les privilèges religieux octroyés aux sujets non-musulmans de la Porte, et prescrit de nouvelles réformes qui attestent la sollicitude de sa Majesté le Sultan pour tous les peuples indistinctement". Les plénipotentiaires décidèrent, lors de la même séance, qu'il soit fait mention dans le Traité général des mesures prises par le Gouvernement ottoman et jugèrent indispensable de rappeler que les dispositions en question ne font nullement naître un droit quelconque d'immixtion dans les rapports du Gouvernement de S. M. Le Sultan avec ses sujets. ¹⁵

¹⁴ Cf. Ch. **Seignobos**, Histoire politique de l'Europe contemporaine- Evolution des partis et des formes politiques, 1814-1896, Armand Colin et Cie, Paris, 1897, pp. 595 et ss.; **Berkol**, Le statut juridique..., pp. 78 et ss.

¹⁵ Le Traité de Paris du 30 mars 1856 et les conférences de Londres de 1871, le Traité modificatif du 13 mars 1871, traités, correspondances diplomatiques, protocoles et documents, pp. 9-10.

Ainsi, les assurances et les garanties promises par le concert européen avaient bien un prix¹⁶. Mais la protection d'une minorité confessionnelle particulière par telle ou telle Puissance est remplacée par la protection collective de toutes les Puissances signataires¹⁷, ce qui est plutôt un bénéfice pour la Porte.

Le firman en question est bien l'Edit de l'Islahat du 28 février 1856 qui fut proclamé par le Grand Vizir Aali Pacha à la Sublime Porte, devant tous les ministres, hauts fonctionnaires et dignitaires religieux. L'Edit débutait par des dispositions qui assuraient aux diverses communautés non-musulmanes la jouissance de leurs immunités traditionnelles, le libre exercice de culte, privé ou public, l'administration de leurs biens, la rétribution des ecclésiastiques, de manière à éviter des exactions dont se plaignaient souvent les chrétiens eux-mêmes. La disposition sans doute la plus importante de l'Edit stipulait que tous les sujets de l'Empire sans distinction, étaient admissibles aux emplois et pouvaient être reçus dans les écoles civiles et militaires de l'Etat. Les affaires commerciales, correctionnelles et criminelles entre musulmans et non-musulmans ou entre non-musulmans de confessions différentes seraient jugées par des tribunaux mixtes. Les impôts étaient exigibles, au même titre, de tous les sujets de l'Empire; le mode de perception serait réformé de manière à éviter les abus, notamment ceux qui résulteraient de l'affermage des dîmes. Il serait procédé à une réforme des conseils provinciaux et communaux, pour garantir la sincérité des choix des délégués musulmans, chrétiens ou autres, et la liberté de vote dans les conseils. Un des passages de l'Edit précisait que l'égalité des droits entraînant celle des devoirs, les sujets chrétiens ou autres non-musulmans devaient, comme les musulmans, satisfaire à la loi de recrutement¹⁸. C'était promettre d'ôter à l'Empire ottoman son caractère confessionnel¹⁹, ou une ébauche du processus de laïcisation qui aboutirait par les réformes républicaines.

¹⁶ **P. Dumont**, "Europe-Turquie: Une histoire partagée" in *Questions internationales*, No. 12, mai-avril 2005 (Dossier LA Turquie et l'Europe) p. 8.

¹⁷ **Hobza**, *Questions de droit international concernant les religions*, p. 412

¹⁸ Pour le texte en turc, cf. **Gözübüyük & S. Kili**, *Türk Anayasa Metinleri, 1839-1980*, (Textes constitutionnels turcs) Ankara, 1982, pp. 7-13; Pour le texte en français cf. *Législation ottomane ou Recueil des lois, règlements, ordonnances, traités, capitulations et autre documents officiels de l'Empire ottoman*, par **Aristarchi Bey** (Grégoire), publiée par Démétrius Nicolaidès, deuxième partie, *Droit public Intérieur*, Bureau du Journal Thraky, Constantinople, 1874, pp. 14-24.; Pour un résumé en français: Colonel Lamouche, *Histoire de la Turquie depuis ses origines jusqu'à nos jours*, Payot, Paris, 1934, pp. 287-288.; et Rinaldo Marmara, *Précis historique de la communauté latine de Constantinople et de son église- De l'Empire byzantine à la République de Turquie*, Latin Katolik Ruhani Reisliği, Istanbul, 2003, pp. 96-99.

¹⁹ **Seignobos**, *Histoire politique de l'Europe...*, p. 596.

L'Edit de l'Islahat sembla satisfaire les exigences européennes, mais causa un mécontentement chez les minorités de l'Empire. L'instauration de l'égalité signifiait également perte des privilèges. Ainsi, un non-musulman avait dorénavant le droit d'accès à l'école militaire, mais aussi... l'obligation du service militaire²⁰. La dispense du service militaire pour les sujets non-musulmans avait, jusqu'alors, contribué à l'enrichissement de la classe des minorités, pendant que les musulmans passaient une grande partie de leur vie sous les drapeaux²¹.

L'Edit de l'Islahat n'est pas un acte isolé mais s'inscrit dans le processus de réforme interne que subit l'Empire Ottoman au XIX^e siècle²². Ce processus ne saurait être considéré indépendamment des interventions étrangères. L'Edit impérial du Tanzimat de 1839, avait été promulgué immédiatement après des traités de commerce conclus avec l'Angleterre. Le principe de libéralisme absolu qui dominait ces traités, exigeait naturellement un minimum de libéralisme politique et de réformes institutionnelles²³. Etant donné que la grande majorité de la classe commerçante de l'Empire était formée par des Non-Musulmans, les facteurs internationaux sous-jacents à l'Edit du Tanzimat se devinent aisément. Les mêmes considérations économiques sont valides pour l'Edit de l'Islahat.

La protection des minorités religieuses est une institution juridique qui a vu le jour dans l'Empire Ottoman²⁴. A cet égard, les interventions étrangères en faveur des minorités et leur impact en droit international offrent d'intéressants points d'analyse, notamment sur les moyens d'instrumentalisation politique. Avec l'insertion des dispositions religieuses aux traités des capitulations à partir du XVI^e siècle, les Grandes Puissances disposeront d'un nouvel outil pour intervenir dans les affaires intérieures de l'homme malade du Bosphore. Cette intervention, rarement

²⁰ **A. Özgürel**, "Tam bir buçuk asır önceki Paris Anlaşması-Batı ile ilk çerçeve belgesi" in *Radikal*, 9 octobre 2005.

²¹ Marmara, Précis historique de la communauté latine de Constantinople..., p. 95.

²² Dans un mémoire explicatif sur l'Edit de l'Islahat adressé aux représentants de la Sublime Porte pour en faire un usage propre à rétablir la vraie situation des choses de l'Empire, Fuad Pacha précisait que le Firman en question n'est que la confirmation et le développement de l'acte de Gul-hane (L'edit de Tanzimat de 1839) qui a solennellement décrété le régime de l'égalité et ouvert l'ère de la réforme dans l'Empire ottoman, en rupture avec la vieille époque d'inégalité fondée sur un *dogme politique sans légitimité*. Cf. *Législation ottomane ...*, 1874, pp. 24 et ss.

²³ Cf. **S.Kançal**, "La conquête du marché ottoman par le capitalisme industriel concurrentiel (1838-1881) in colloques internationaux du CNRS, No. 601- Economie et Sociétés dans l'Empire Ottoman (fin du XVIII^e- début du XX^e siècle), éd. Du CNRS, Paris, 1983, p. 363.

²⁴ **Hobza**, Questions de droit international..., 419.

dépourvue de calculs égoïstes, perdra bientôt son caractère purement religieux pour viser le droit des nationalités²⁵. Le droit des minorités, y compris, évidemment leurs libertés religieuses a été avancé par le concert des Etats-nations européens comme technique de guerre ou diplomatique contre l'Empire ottoman, puissance islamique²⁶.

Le premier traité de capitulation conclu en 1535 entre Soliman le Magnifique et François Ier reconnaissait au consul de France la compétence judiciaire exclusive sur les sujets du Roi, qui ne pourraient être considérés comme Turcs, ni convertis, à moins qu'ils ne le désirent et ne le professent ouvertement et sans contrainte.²⁷ En 1615 et 1655 Gênes, en 1673 la Pologne bénéficient du même régime. En 1615, par la paix de Vienne l'Autriche obtient la protection des pèlerins à Jérusalem et des religieux vivants dans l'Empire Ottoman. Selon l'article 7: "Ceux qui professent être le peuple de Jésus-Christ et qui obéissent au Pape, de quelque nomination que ce soit, ecclésiastiques, moines ou jésuites, auront le droit de construire des églises dans les états du sérénissime Empire des Turcs où ils pourront d'après leur usage, conformément au statut de leur ordre et d'après l'antique rite, lire l'évangile, se réunir en Assemblée et vaquer au service divin; ils seront traités avec bienveillance par le sérénissime empereur des Turcs et par ceux qui dépendent de lui..."²⁸ Avec le déclin de l'empire, le libellé des traités change de ton. Le Traité de Karlowitz qui dispose expressément que les religieux catholiques romains pourront exercer leurs fonctions conformément aux ordres émanés de la Sublime Porte, reconnaît à l'ambassadeur de Pologne près de la Sublime Porte "d'exposer devant le trône impérial toutes les demandes qu'il aura ordre de faire au sujet de la religion." Est-ce là, un premier signe de la sanction internationale de la protection des minorités? Le droit d'intervention ou de remontrance en faveur des catholiques a été obtenu, dans le même traité, par l'Autriche et confirmé par les traités de Passarowitz, (1718), de Belgrade (1739) et de Sistov (1791)²⁹. Le Traité de Kutchuk Kainardji (1774) contenait des formules plus vagues. Il permettait la construction d'une nouvelle église à Istanbul et reconnaissait au Tzar le droit d'intervenir en son propre nom et

²⁵ **A. Mandelstam**, « La protection des minorités » in Recueil des cours de l'Académie de droit international, tome 1, 1923, p. 373.

²⁶ **Y. ben Achour**, "Souveraineté et protection internationale des minorités" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, tome 245,, 1994/I, p. 423.

²⁷ **Evans, Malcom D.**, Religious liberty and international law in Europe, Cambridge University Press, 1997, p. 61.

²⁸ **P. Lanarès**, La liberté religieuse dans les conventions internationales et dans le droit public en général, éd. Horvath, Paris, 1964, p. 79.

²⁹ **Hobza**, "Questions de droit...", p. 409.

au nom des ministres de la Foi orthodoxe. Toutefois, la Russie interpréta cette dernière disposition comme reconnaissant un droit d'intervention au nom de tous les fidèles orthodoxes, à l'instar des puissances catholiques³⁰. Le traité de Kutchuk Kainardji, auquel tous les traités ultérieurs se réfèrent, a été comparé, par rapport à l'Europe de l'Est, aux traités de Westphalie, en tant que point de départ d'un "système" russo-turc qui débouchera sur le Traité de Paris du 30 mars 1856. L'évolution de ce système est allé dans le sens d'un rapprochement au droit public de l'Europe. Les traités, jusqu'alors conclus comme de simples trêves par la Porte, sont désormais conclus à perpétuité³¹. En outre, le traité de Kutchuk-Kainardji, garantit de manière détaillée, la liberté de culte des Tatars de Crimée³². La Convention Explicative entre la Russie et l'Empire Ottoman conclue à Istanbul le 10 mars 1779, le Traité d'Adrinople (Edirne) du 14 septembre 1829 et le Traité de Hunkâr Iskelesi du 8 Juillet 1833 contiennent des dispositions qui confirment celles de Kutchuk-Kainardji. Le 14 septembre 1782, l'Espagne obtient des droits religieux pour ses pèlerins en Terre Sainte³³.

La cession des territoires ottomans au profit des nouveaux Etats-nations indépendants engendra des problèmes symétriques. Dans le protocole du 3 février 1830 établi à la Conférence de Londres et signé par les représentants de la France, de la Grande-Bretagne et de la Russie, le respect de la liberté du culte musulman fut stipulé comme l'une des conditions de la reconnaissance de l'indépendance de la Grèce par les puissances signataires³⁴. Les dispositions garantissant la liberté religieuse et interdisant la discrimination religieuse se cristalliseront en un modèle pour s'intégrer au *corpus iuris publici orientalis*. Des dispositions similaires s'appliquent à la cession des Iles ioniennes à la Grèce en 1863. De même, lorsque des territoires ottomans s'ajoutent à la Grèce en vertu du Traité de Constantinople de 1881, il est prévu que "la vie, les biens, la religion et les coutumes des habitants des localités cédées à la Grèce seront scrupuleusement respectés"³⁵.

Il est curieux de noter que la question des minorités non-musulmanes de la Turquie est actuellement à l'ordre du jour, notamment dans le cadre de

³⁰ Evans, Religious Liberty..., p. 63.

³¹ A. Truyol y Serra, Histoire du droit international, Economica, Paris, 1995, p. 74-75.

³² R. Redslob, Histoire des grands principes du droit des gens depuis l'Antiquité jusqu'à la veille de la Grande Guerre, Rousseau et Cie, Paris, 1923, p. 229.

³³ Lanarès, La liberté religieuse..., p. 80.

³⁴ Ph. Pazartzis, "Le statut des minorités en Grèce" in Annuaire français de droit international, XXXVIII, 1992, p.386

³⁵ Evans, Religious Liberty..., p. 66-67.

l'adhésion de la Turquie à l'Union européenne. Les communautés non-musulmanes jouissent d'une certaine autonomie, définie par le Traité de Lausanne du 24 juillet 1923 qui constitue en quelque sorte l'acte fondateur de la République. Le Traité de Lausanne diverge des autres traités de l'époque par le fait qu'il ne stipule l'égalité des droits civils et politiques qu'au profit des non-musulmans³⁶. Une partie considérable des « Rapports réguliers sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie d'adhésion » préparés annuellement par la Commission européenne est consacrée à la question des minorités religieuses. De nombreuses réformes virent le jour dans le contexte des « paquets d'harmonisation » depuis 2002, en vue d'adapter la législation turque aux standards européens et d'autres projets d'améliorations figurent au calendrier.³⁷

4. “...l'Empire Ottoman doit participer aux avantages du droit public européen...”

Le Traité de Paris constitue un tournant capital dans l'histoire des relations internationales.³⁸ En effet, “il déclare que l'Empire Ottoman doit participer aux avantages du droit public européen et doit voir respecter son indépendance et son territoire.”

Il est intéressant de suivre le processus de la formulation de cette expression. Le 26 février, le ministre des affaires étrangères français, le Comte Walewski déclara devant la conférence qu'il n'y avait pas lieu de confirmer l'adhésion de la Turquie au droit public européen. Les délégués convinrent qu'il fallait exprimer ce point avec un article spécial à insérer dans l'acte final³⁹.

Le 25 mars, le délégué britannique, le comte de Clarendon dit qu'en appelant la Turquie à faire partie du système politique de l'Europe, les Puissances contractantes donneraient un témoignage éclatant des dispositions qui les unissent et de leur sollicitude pour les intérêts généraux de leurs sujets respectifs, si elles cherchaient à s'entendre dans le but de mettre les rapports

³⁶ **A.Mandelstam, A.**, “La protection des minorités” in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, tome 1, 1923, p. 418.

³⁷ **Cf. E. Öktem**, “La spécificité de la laïcité turque” in *ISLAMOCHRISTIANA*, 29, 2003, pp. 98-102.

³⁸ **Cf. H. Legohérel**, *L'histoire du droit international public*, PUF, Paris, 1996, p.98.

³⁹ **Ahmed Salaheddin**, *Hukuk-u Beyn-ed-düvelin Mukaddemat-ı Nazariye ve Safahat-ı Tekamüliyesi, Kanaat Kütüphanesi, Dersaadet (Istanbul) 1331 (de l'Hégire: 1915) pp. 91-94.*

de leur commerce et de leur navigation en harmonie avec la position nouvelle qui sera faite à l'Empire Ottoman. Le comte Walewski appuya cet avis en se fondant sur les principes nouveaux qui allaient sortir des délibérations du Congrès et sur les garanties que les récentes mesures prises par le gouvernement du Sultan donnaient à l'Europe. Le comte de Cavour fit remarquer qu'aucune Puissance ne possédait une législation commerciale d'un caractère plus libéral que celle de la Turquie, et que l'anarchie qui régnait dans les transactions ou plutôt dans les rapports personnels des étrangers résidant dans l'Empire ottoman tenait à des stipulations nées d'une situation exceptionnelle. Le baron de Manteuffel dit que la Prusse ayant eu à négocier un traité de commerce avec la Porte, il eut l'occasion de constater les difficultés de toute nature auxquelles donnait lieu la multiplicité des Conventions conclues avec la Turquie, et stipulant pour chaque puissance le traitement de la nation la plus favorisée. Le comte de Buol reconnut qu'il résulterait certains avantages du règlement des relations commerciales de la Turquie avec les autres puissances; mais les intérêts étant différents avec les situations respectives, il ne pouvait être procédé qu'avec une extrême circonspection à un remaniement qui toucherait à des positions acquises, et remontant aux premiers temps de l'Empire ottoman. Aali Pacha attribua toutes ces difficultés qui entravaient les relations commerciales de la Turquie et l'action du Gouvernement Ottoman à des stipulations qui avaient fait leur temps. Il entra dans les détails tendant à établir que les privilèges acquis par les capitulations aux Européens nuisaient à leur propre sécurité et au développement de leur transactions, en limitant l'intervention de l'administration locale; que la juridiction dont les agents étrangers couvrent leurs nationaux constitue une multiplicité de gouvernements dans le Gouvernement, et par conséquent un obstacle infranchissable à toutes les améliorations. Le baron de Bourqueney et les autres Plénipotentiaires reconnurent que les capitulations répondaient à une situation à laquelle le Traité de paix tendrait nécessairement à mettre fin, et que les privilèges qu'elles stipulaient pour les personnes circonscrivaient l'autorité de la Porte dans des limites regrettables; qu'il y avait lieu d'aviser à des tempéraments propres à tout concilier; mais qu'il n'était pas moins important de les proportionner aux réformes que la Turquie introduisait dans son administration, de manière à combiner les garanties nécessaires aux étrangers avec celles qui naîtraient des mesures dont la Porte poursuit l'application. Ces explications échangées, les Plénipotentiaires reconnurent unanimement la nécessité de réviser les stipulations qui fixaient les rapports commerciaux de la Porte avec les autres Puissances, ainsi que les conditions des étrangers résidant en Turquie, et ils décidèrent de consigner au protocole le vœu qu'une délibération soit ouverte à Constantinople, après la conclusion de la paix, entre la Porte et les représentants des autres Puissances contractantes, pour atteindre le but,

dans une mesure propre à donner une entière satisfaction à tous les intérêts légitimes⁴⁰.

L'expression sibylline "...doit participer aux avantages du droit public européen...". donna lieu à maintes interprétations. Pour Truyol y Serra, il s'agit de la conjonction du droit public européen avec l'Islam qui finira par être absorbée par le droit international classique⁴¹. Cette stipulation, selon Abi Saab, ne fait qu'affirmer une évidence: l'Empire ottoman se rangeait dans cette guerre dans le camp de vainqueurs européens d'une autre puissance européenne, la Russie. Le droit public européen du XIX^e siècle se référerait aux normes de droit international qui concernaient plus particulièrement l'organisation de la communauté européenne, fondée sur le principe de l'équilibre, ce qui n'enlève pas aux autres Etats, comme l'Empire ottoman avant 1856, leur statut de sujet de droit international général⁴². Marshal Brown s'interroge sur la question de savoir, si, avant 1856, l'Empire ottoman avait existé en tant que membre de la famille des nations et sujet des droits et des obligations du droit international. Il conclut que, malgré de nombreux problèmes, notamment ceux résultant des limitations de souveraineté du régime des capitulations, l'Empire ottoman avait entretenu des relations diplomatiques et conventionnelles avec beaucoup de nations. La reconnaissance de la participation de l'Empire ottoman aux avantages du droit public européen n'était, par conséquent, rien de plus qu'un geste de politesse⁴³. Pour Danişmend, "la participation aux avantages du droit public européen" n'élève pas l'Empire ottoman à un niveau d'égalité mais confirme, au contraire, une situation juridique où l'Empire est descendu, une sorte de *capitis diminutio*. Selon cet auteur, au début des relations entre l'Empire ottoman et l'Europe, la Sublime porte se jugeait supérieure aux autres chancelleries et traité, par exemple, l'Empereur autrichien sur un pied d'égalité avec le Grand-vizir, le statut du sultan étant placé au dessus de tous les monarques. L'égalité est reconnue progressivement par les traités de Tsitva-Torok (1606) et de Karlowitz (1699) et le Traité de Paris ne change en rien cette situation⁴⁴.

⁴⁰ Le Traité de Paris du 30 mars 1856 et les conférences de Londres de 1871, le Traité modificatif du 13 mars 1871, traités, correspondances diplomatiques, protocoles et documents, pp.42-43.

⁴¹ A. Truyol y Serra, Histoire du droit international public, Economica, Paris, 1995, p. 3.

⁴² G. Abi Saab, "Cours général de droit international public" in Recueil des cours de l'Académie de droit international, tome207, 1987/VII, p. 55.

⁴³ Ph. Marshall Brown, "The Legal Effects of Recognition" in American Journal of International Law, vol 44, No. 4, 1950, p. 623. Dans le même sens, cf. H. Wheaton, Elements of International Law, 1866, p. 19, cité par S. Toluner, Milletlerarası Hukuk ile İç. Hukuk Arasındaki İlişkiler (Relations entre droit international et droit interne) Istanbul, 1973, p. 683-684.

⁴⁴ Danişmend, İzahlı Osmanlı Tarihi Kronolojisi, p. 181.

D'autres auteurs sont plus sceptiques et estiment que l'Empire ottoman ne devient sujet du droit international qu'après le traité de Paris.⁴⁵ Pour Bonfils, "Jusqu'en 1856, la Turquie, malgré ses possessions et le siège de son Empire en Europe, était exclue du concert des Etats européens. Il existait bien depuis de longues années des traités entre la Porte ottomane et les Etats européens. La Porte recevait des ambassadeurs et leur envoyait les siens. Elle avait fait la guerre contre ou avec plusieurs de ces Etats. Ils s'étaient bien immiscés dans ses propres affaires, lors de l'émancipation de la Grèce ou de la révolte de Méhémet-Ali. Néanmoins, elle n'était pas traitée sur un pied d'égalité par les autres Etats. A la suite de la guerre de Crimée, l'article 7 du traité de Paris du 30 Mars 1856 déclara que la Sublime Porte était admise à participer aux avantages du droit public et du concert européen. Mais, malgré cette déclaration, les grandes Puissances repoussèrent la demande de la Sublime Porte tendant à la suppression de la juridiction des consuls étrangers et des capitulations... qui sont contraires à l'exercice de la souveraineté de tout gouvernement régulier, européen ou américain. La participation au droit public n'est donc que partielle."⁴⁶

Aux yeux de Williams, la reconnaissance de la participation de l'Empire ottoman aux avantages du droit public de l'Europe n'est pas la reconnaissance d'un Etat nouveau, mais une reconnaissance d'une nature différente qui tire sa naissance d'un membre ancien et reconnu. Il s'agit de l'acceptation du fait qu'une communauté a atteint pour la première fois un niveau de civilisation que l'on croit (*sic*, E. Ö.) plus élevé⁴⁷.

Jackson observe que "La Turquie entretenait des relations avec l'Europe depuis des siècles, mais en tant que principal représentant de la civilisation islamique, la Sublime Porte a historiquement refusé d'observer le droit international européen et était assez puissante pour ne pas s'y incliner. En fait, les européens qui cherchaient à établir des relations avec l'Empire ottoman étaient obligés de se conformer à ses règles inspirées par la tradition islamique. ... En acceptant, bon gré mal gré, au fil du XIXème siècle, les principes tels que l'égalité souveraine, la réciprocité, et la liberté de commerce, et finalement introduite dans la société internationale européenne par le traité de 1856, la Turquie répudia ses traditions islamiques dans ses relations extérieures et contribua ainsi à l'universalisation du système d'Etats⁴⁸.

⁴⁵ Cf. **L. Oppenheim**, *International Law-A Treaties*, vol I, 1905, pp. 32-33, cité par S. Toluner, *Milletlerarası Hukuk...*, p. 683.

⁴⁶ **Bonfils**, *Manuel de droit international public*, p. 19. § 42.

⁴⁷ **Williams**, *La doctrine de la reconnaissance...*, s. 232.

⁴⁸ **R. H. Jackson**, *Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge University Press, 1990, pp. 62-63.

A notre sens, il s'agit d'un faux débat, motivé moins par un souci d'analyse juridique que par des desseins politiques. Historiquement, l'Empire ottoman commença à faire partie du système du droit des gens européen, au plus tard avec le XVIIIème siècle. Le Traité de Karlowitz de 1699, qui marque également le déclin de l'Empire ottoman, est le premier traité conclu entre un Etat musulman et des Etats chrétiens selon un système de droit des gens dont les principes furent énoncés par Grotius. Désormais, l'Empire ottoman était tenu de respecter les coutumes, les conventions et les règles diplomatiques internationales bien établies en matière de commerce, de navigation etc... Ce système se verra renforcé par les traités de commerce et de navigation de Passarowitz de 1718 et de Belgrade de 1739⁴⁹. C'est une époque où des pratiques s'institutionnalisent. Les premières relations conventionnelles entre l'Etat ottoman et les Etats européens remontent en fait au XIVème siècle qui connaît une intense activité diplomatique entre les Ottomans et les Républiques italiennes, à commencer par le Traité sur la protection du commerce avec Raguse en 1365, le Traité de commerce avec Gênes en 1387, le Traité sur la protection des possessions de Venise sur la côte albanaise en 1408...⁵⁰

Dès le XVIème siècle, les véritables pères fondateurs ibériques du droit international, que Grotius honorait du titre de "*Magni hispani*" concevaient le *jus inter gentes* comme un ensemble de règles s'imposant à toutes les nations civilisées, sans distinction de culture ni de religion. Francisco Suarez nous dit: "Le genre humain n'a pas seulement une unité spécifique, mais encore politique et morale." Les républiques ou royaumes sont des communautés parfaites qui ne connaissent pas de hiérarchies entre elles".⁵¹ Les grands juristes jusnaturalistes du XVIIIème suivront cette ligne. Il faudra attendre le XIXème siècle pour voir des internationalistes qui prônent la discrimination. Pour Wheaton, le droit international n'est pas universel. Il est une discipline chrétienne et n'oblige que des Etats de culture et de religion similaire. Le droit international des nations chrétiennes d'Europe et d'Amérique est "une chose" et le droit des nations mahométanes

⁴⁹ **I. Ortaylı**, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, (Le siècle le plus long de l'Empire) Ed. Hil, Istanbul, 1995, p. 78. Selon Moser la participation de l'Empire ottoman au droit international remonte à la Paix de Kutchuk Kainardji de 1774. (Moser, Versuch des Neuestes Europaischen Völkerrecht, 1777, cité par Williams, La doctrine de la reconnaissance..., p. 217.)

⁵⁰ Cf. **Reşat Ekrem (Koçu)** Osmanlı Muahedeleri ve Kapitülasyonlar, (1300-1920) ve Lozan Muahedesi, (Traité ottomans, capitulations et le Traité de Lausanne) Muallim Ahmet Halit Kütüphanesi, Istanbul, 1934, pp. 8 et ss.

⁵¹ **C. Barcia Trelles**, "Francisco Suarez (1548-1617) (Les théologiens espagnols du XVIème siècle et l'école moderne du Droit International) in Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1933/I, tome 43, p. 462.

est “une autre et très différente chose”⁵². Lorimer estime que les gouvernements influencés par le christianisme sont supérieurs aux gouvernements laïques ou appartenant à d’autres religions. Les Etats musulmans ne peuvent devenir des sujets de droit international. Le caractère international de l’Empire ottoman ne pouvait être développé, même avec des réformes constitutionnelles radicales⁵³.

Que s’est il passé entre le XVIème siècle et le XIXème? A notre sens, il serait naïf de croire que le changement de discours est dû à des considérations purement scientifiques et désintéressées. Durant cette période de grandes transformations, le monde vit naître le colonialisme, phénomène politique et économique, ainsi que l’Orientalisme, qui en serait le corollaire idéologique. Pour préparer le terrain à exploiter et légitimer l’exploitation, il fallait évidemment commencer par le réduire à un statut d’infériorité sur le plan juridico-politique.

L’invocation du régime des capitulations pour considérer l’Empire ottoman comme une puissance qui n’avait pas possédé le même droit de gens que les européens⁵⁴ aboutit à un paradoxe. Ne sont-elles pas les mêmes puissances européennes qui imposèrent le régime des capitulations à la Porte par moyens de pressions économiques?

Il est intéressant d’observer que, le discours politique turc se réfère souvent au Traité de Paris dans le contexte du débat actuel sur l’adhésion de la Turquie à l’Union européenne, en vue de dissiper les doutes sur le caractère européen de la Turquie. Un curieux parallèle se dessine: Le caractère européen de la Turquie apparaît comme une question purement politique et juridique dans le contexte du Traité de Paris. Or, les propos prononcés par les plénipotentiaires lors des délibérations révèlent que derrière le débat politique, se dissimule le véritable enjeu, d’ordre économique: les relations commerciales et le régime des capitulations. Aujourd’hui, c’est pendant le processus d’adhésion à l’Union européenne, organisation d’intégration essentiellement économique, que “l’eupéanité” de la Turquie est mise en question.

⁵² **M. W. Janis**, “Religion and the Literature of International Law: Some Standart Texts” in *The Influence of Religion on the Development of International Law*, edited by Mark W. Janis, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 70-75.

⁵³ **J. E. Noyes**, “Christianity and late Nineteenth-Century British Theories of International Law in *The Influence of Religion on the Development of International Law*, edited by Mark W. Janis, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 87-96.

⁵⁴ **Lord Stowell**, *The Madona del Burso*, 4. Ch. R, (Admiralty) , cité par Williams, *La doctrine de la reconnaissance...*, s. 232.; Marshall Brown, *The Legal Effects of Recognition*, p. 623.

ÖZEL HUKUK

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI UYARINCA ACENTENİN DENKLEŞTİRME TALEP ETME HAKKININ MADDİ ŞARTLARI

*Yrd. Doç. Dr. H. Ali DURAL**

1. 2005 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısı (TTKT), birçok alanda köklü yenilikler öngörmektedir. Bu yeniliklerin bazıları, Türk Hukuku'na yeni hukuki kurumlar getirmek şeklinde karşımıza çıktığı gibi, bazıları da yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlenmemiş ve fakat Türk doktrini ve Yargıtay içtihatlarıyla tanınmış olan hukuki kurumları, -Tasarı'nın kanunlaşması halinde- kanuni düzenlenmeye kavuşturmak şeklinde ortaya çıkmaktadır.

İşte TTKT'nin 122. maddesinde düzenlenen acentenin denkleştirme talebi de, TTKT'nin, daha önce TTK'nda düzenlenmemesine rağmen Türk doktrini ve Yargıtay tarafından tanınan bir hukuki kurumu kanuni düzenlemeye kavuşturması şeklinde karşımıza çıkan yeniliklerinden bir tanesidir.

Gerçekten, her ne kadar TTK tarafından düzenlenmemiş olsa bile, acentenin denkleştirme talebi, doktrin tarafından çok uzun zamandan beri kabul edilmektedir¹. Son yıllarda Yargıtay da doktrinindeki bu baskın görüş doğrultusunda, acentelik sözleşmesinin acentenin kusuru olmadan sona ermesi ha-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ **Arslanlı, H.**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul 1960, s. 203; **Karayalçın, Y.**, Ticaret Hukuku I, Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968, s. 534-535; **İmreğün, O.**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s.137; **Arkan, S.**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004, s.209 vd.; **Poroy, R. / Yasaman, H.**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s. 230 vd.; **Kayıhan, Ş.**, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara 2003, s.148 vd., **Kınacıoğlu, N.**, Acenta ve Acentalık Sözleşmesi, Ankara 1963, s. 90; **Te-kinalp, Ü.**, Türk Hukukunda Acentanın Portföy Akçası Talebi, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 1 vd., **Teoman, Ö.**, Tacir Yardımcıları, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 303; Ayrıca **Erdem, E.**, Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı), Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 1; İstanbul s. 106 vd.

linde acentenin, müvekkilden denkleştirme talebinde bulunabileceği yönünde kararlar vermeye başlamıştır².

Acentenin, acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde müvekkilden (acentelik veren) denkleştirme talep edebilme hakkının temelinde yatan neden, acentelik sözleşmesi süresince acentenin kendi faaliyetleri ile müvekkile kazandırdığı müşteri çevresinden, müvekkilin, sözleşmenin sona ermesinden sonra da yararlanacak olmasıdır³. Acenteye ödenecek belirli bir meblağ ile, sözleşmenin sona ermesinden sonra acentenin kazandırmış olduğu müşteri çevresinden müvekkilin elde edeceği kazanç ile bu kazançtan mahrum kalmasından dolayı acentanın aleyhine olarak ortaya çıkan olumsuz durum denkleştirilmiş olacaktır.

Acentenin denkleştirme talebi için her ne kadar doktrinde müşteri tazminatı, portföy tazminatı gibi terimler⁴ kullanılıyor ise de, burada söz konusu olan acentenin, acentelik sözleşmesinin sona ermesi sebebiyle uğramış olduğu müsbet zararın tazmini değildir⁵. Zira, acentaya denkleştirme talep etme hakkı tanınması ile öngörülen amaç, sözleşmenin, acentanın kusuru olmadan sona ermesi halinde acentanın malvarlığında meydana gelen bir eksilmenin yahut malvarlığında sözleşme ilişkisi devam etmiş olsa idi oluşacak artı bir değer tazmin edilmesi şeklinde ortaya çıkmamaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, denkleştirme talebi ile izlenen amaç, sözleşmenin sona ermesinden sonra acentanın yarattığı müşteri çevresinden müvekkilin elde edeceği kazançtan acentanın yararlanmaması sonucu ortaya çıkan hakkaniyete aykırı durumun telafi edilmesi (denkleştirilmesi)dir. Dolayısıyla denkleştirme talebinin temelleri hakkaniyet esaslarına dayanmaktadır⁶.

Doktrinde acentalık sözleşmesinin sona ermesi halinde acentanın denkleştirme talebinde bulunabileceği, ancak bu yönde bir kanun boşluğu bulundu-

² Yarg. 11. HD. 20.06.1996 tarih ve 1996/2084 E. 1996/4544 K.; 11. HD. 25.12.1996 tarih ve 1996/6699 E. 1996/9192 K. Bu kararlar ve bu kararların ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. **Tekinalp, Ü.**, s. 5 vd. Yargıtay, tek yetkili satıcılık sözleşmesinde tek yetkili taşıyıcının da denkleştirme talep edebileceğine hükmetmiştir (Yarg. 19. HD. 04.05.2000 tarih ve 2000/3470 E. 2000/3470 K.). Bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

³ Bkz. dn. 1'de anılan yazarlar. Ayrıca, **Tercier, P.** Les contrats spéciaux, Genève 2003, No. 5207; **Thevenoz, L./Werro, F.**, Commentaire Romand, Code des obligations I, art. 418u, No. 1.

⁴ **Karayalçın** (s. 534), **Arslanlı** (s. 204); **Kınacıoğlu** (s. 71), **Tekinalp, G.** Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı, Ankara 1972, s. 34, **Kayıhan** (s. 149, dn. 321) "müşteri tazminatı" deyimini kullanmaktadırlar. **Poroy/Yasaman** (s.230) ve **Teoman** (S. 303) ise, "portföy tazminatı" deyimini tercih etmektedirler. **Tekinalp, Ü.** ise "portföy akçası" deyimini kullanmaktadır. **Erdem** (s.93), kanaatimizce de kavramı en iyi ifade eden "denkleştirme talebi" ifadesini tercih etmektedir.

⁵ **Tercier**, No. 5207.

⁶ **Arslanlı**, s. 205; **İmregün**, s. 137; **Arkan**, s.209; **Kayıhan**, s. 149;

ğu oybirliği ile kabul edilmesine rağmen, bu boşluğun nasıl doldurulacağı hakkında tam bir görüş birliği yoktur. Mamaafih bu konuda iki temel görüş olduğunu söylemek mümkündür.

Bazı yazarlar mevcut boşluğun TTK. m. 134 f.2'nin geniş yorumlanması ile doldurulabileceğini savunmaktadırlar⁷. TTK. 134 f.2, acentalık sözleşmesinin müvekkilin veya acentanın iflası veya ölümü yahut hacir altına alınması sebebiyle sona ermesi halinde işlerin tamamen görülmesi halinde acentaya verilmesi gereken ücret miktarına nispetle tayin olunacak münasip bir tazminatın acentaya verilmesini öngörmektedir Bu görüşte olan yazarlar, madde de öngörülen tazminatın sadece müvekkilin veya acentanın iflası, ölümü ve hacir altına alınması hallerinde ödeneceğinin öngörülmüş olmasının gereksiz bir sınırlama oluşturduğunu; söz konusu tazminatın -müvekkil ile ilgili haklı bir nedene dayanarak acentanın sözleşmeyi feshetmesi veya sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesi halleri de dahil olmak üzere- acentanın kusuru olmadan sözleşmenin sona erdiği bütün hallerde ödenmesi gerektiğini belirtmektedirler.

Bazı yazarlar ise, TTK. m. 134 f.2'nin acentanın denkleştirme talebine karşılık gelmediğini; bu sebeple söz konusu hükmün geniş yorumlanması ile acentanın denkleştirme talebine yasal bir dayanak oluşturulamayacağını dolayısıyla da acentanın denkleştirme talebine ilişkin boşluğun TTK. m. 134 f.2'nin geniş yorumlanması ile değil, ancak MK. m. 1 uyarınca hakime verilen boşluk doldurma görevinin yerine getirilmesi ile doldurulabileceğini savunmaktadırlar⁸.

Yargıtay ise, yukarıda andığımız kararlarında, doktrindeki görüşlere paralel olarak Türk Hukuku'nda acentanın denkleştirme talebine ilişkin olarak bir boşluğun bulunduğu kabul etmektedir. Ancak Yargıtay, bu olumlu kanun boşluğunu TTK. m. 134'ün kıyasen uygulanması suretiyle doldurmaktadır.

2. İşte TTKT.m. 122'de, uzun zamandır doktrin tarafından, son dönemde de Yargıtay tarafından kabul edilen acentanın denkleştirme talebi hüküm altına alınmıştır. Biz bu çalışmamızda, TTKT. m. 122'yi genel olarak değil, özellikle acentanın denkleştirme talep edebilmesi için TTK. m. 122'de öngörülen maddi şartlar açısından inceleyeceğiz.

3. "Denkleştirme Talebi" başlığını taşıyan TTKT'nin 122. maddesi aynen aşağıdaki gibidir:

⁷ **İmregün**, s.137; **Karayalçın**, s. 535; **Tekinalp, Ü.**, s.14; **Arkan**, s. 210; **Kayıhan**, 156. Belirtmek gerekir ki anılan son iki yazar TTK. m. 134 f. 2'nin yeniden kaleme alınması gerektiğini, bu yapıncaya kadar TTK. m. 134'ün geniş yorumlanması yoluyla mevcut boşluğun doldurulabileceğini belirtmektedirler.

⁸ **Poroy/Yasaman**, s.234; **Tekinalp, G.**, s.35. **Erdem**; 107-108.

“(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 süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret talep hakkını yitiriyorsa ve
- c) denkleştirmenin ödenmesi halin bütün gereklerine göre 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 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 talebinde bulunamaz.

(4) Denkleştirme talebinden önceden vazgeçilemez. Denkleştirme talep hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir içinde ileri sürülmesi gerekir.

(5) Bu hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe tek satıcılık ile benzeri diğer sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi halinde de uygulanır”.⁹

Görüldüğü üzere, acentenin denkleştirme talep edebilmesi için üç maddeli şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar, maddenin ilk fıkrasında (a), (b) ve (c) bendlerinde sayılmıştır. İlk akla gelen soru, acentenin denkleştirme talep edebilmesi için, TTKT m. 122 f.1’de üç bend olarak belirtilen şartların hepsinin bir arada bulunması gerekip gerekmediğidir. Maddenin gerekçesi bu soruya olumlu cevap vermektedir. Gerçekten, madde gerekçesinde acentenin denkleştirme talebine hak kazanabilmesi için ilk fıkrada sayılan şartların birbirine eklenir (kümülatif) tarzda belirlendiği ifade edilmek-

⁹ Madde başlığında “Denkleştirme Talebi” deyimi kullanılmışken, madde metninde “tazminat” terimi kullanılmıştır. Bu durum, aynı kavramı ifade etmek için iki farklı terim kullanılması nedeniyle kanun yapma tekniğiyle bağdaşmadığı gibi, yukarıda ifade ettiğimiz gibi “tazminat” terimi sözleşmenin sona ermesinden sonra acenteye hakkaniyet gereği ödenmesi gereken meblağın hukuki niteliğine de uygun bulunmamaktadır. Bu sebeple, “denkleştirme talebi” teriminin madde içerisinde de kullanılarak, aynı kavram tek bir terim ile ifade edilmelidir.

tedir. Bir başka deyişle, denkleştirme talep edebilmek için TTKT m. 122 f.1'de sayılan şartların hepsinin bir arada bulunması gerekmektedir; bu şartlardan bir tanesinin bulunmaması halinde acentenin denkleştirme talebinde bulunmak hakkı bulunmamaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, maddenin ilk fıkrasında acente denkleştirme talep etmesi için gereken maddi şartların hepsinin bir arada bulunması, acenteye denkleştirme ödenmesi için yeterli değildir. Bu şartların gerçekleşmesinin yanı sıra, acentenin sözleşmenin sona ermesinde kusurunun bulunmaması gerekmektedir (TTKT. m. 122 f.3). Bir başka ifade ile, müvekkilin sözleşmenin sona ermesinde kusurunun bulunup bulunmamasının, acentenin denkleştirme talep edebilmesinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Önemli olan, sözleşmenin sona ermesinde acentenin kusurunun bulunmamasıdır.

TTKT. m. 122 emredici bir hüküm niteliğindedir. Zira, denkleştirme talebinin önceden vazgeçilemez (TTKT. m. 122 f.4).

Madde gerekçesinde tasarının bu hükmünün AET Direktifi temelinde Alman Ticaret Kanunu (ATK) § 89b ve İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 418(u) hükümlerine benzer şekilde düzenlendiği belirtilmektedir¹⁰. Ancak madde met-

¹⁰ Erdem, AET'nin bağımsız acentelere ilişkin 18.12.1986 tarihli 86/653/EEC sayılı Direktif'inin 17. maddesinin doğru olacağını belirttiğinden sonra, TTK. m. 134'ün ilga edilerek, bu maddede öngörülen olasılıkları da kapsayan bir madde önerisinde bulunmaktadır (s. 116). Erdem tarafından önerilen madde hükmü şu şekildedir:

“Denkleştirme Talebi

Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra aşağıdaki koşullarla denkleştirme talebinde bulunabilir:

1. Müvekkil acentenin bulunduğu yeni müşteriler veya hissedilir derecede geliştirdiği müşteri çevresi sayesinde, acentelik sözleşmesinin bitiminden sonra da önemli çıkarlar elde ediyorsa;

2. Acente, kazanmış olduğu müşterilerle yapılan veya kısa süre içerisinde kurulacak olan işlerden, sözleşme devam etseydi elde edeceği ücret talep hakkını, sözleşme ilişkisi sona erdiği için kaybediyorsa ve

3. Denkleştirmenin ödenmesi, halin bütün icabına göre hakkaniyete uygun düşüyorsa
Ödenmesi gereken denkleştirme miktarı acentenin son beş yıllık faaliyeti sonucu aldığı ödemelerin yıllık ortalamasını aşamaz; sözleşme ilişkisinin daha kısa bir süre için devam etmesi halinde, faaliyetin devamı sırasındaki ortalama ölçü dikkate alınır.

Denkleştirme talebi, acentenin sözleşmenin sona ermesi nedeniyle uğradığı zararların giderilmesini isteme hakkını ortadan kaldırmaz.

Acente, müvekkile yüklenebilenler dışında bir nedenle sözleşmeyi feshetmişse veya müvekkil, acentenin kusurlu tutumu sebebiyle sözleşmeyi haklı sebeplerle feshetmişse, denkleştirme talebinde bulunulamaz.

Denkleştirme talep hakkından önceden vazgeçilemez. Denkleştirme talep hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir.

Bu maddede yer alan hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe tek satıcılık ve devamlılık gösteren benzeri diğer sözleşmelerin sona ermesi halinde de uygulanır”.

ninden, en azından denkleştirme talebinde bulunulabilmesi için gerekli olan maddi şartlar açısından, ATK §89 hükmünün esas alındığı anlaşılmaktadır.

4. TTKT. m. 122 f.1'de, acentenin denkleştirme talebinde bulunabilmesi için öngörülen ilk şart¹¹, müvekkilin, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde etmesidir. Bu şart, acenteler hukukunda sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra acenteye hakkaniyet uyarınca belirli bir meblağın denkleştirme tazminatı olarak ödenmesinin temelinde yatan asıl nedeni de içermektedir. Zira, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, gerek yabancı hukuklarda, gerek Türk doktrini ve Yargıtay kararlarında da denkleştirme talebinin öngörülmesinin ana nedeni, acentelik sözleşmesi süresince acentenin kendi faaliyetleri ile müvekkile kazandırdığı müşteri çevresinden, müvekkilin, sözleşmenin sona ermesinden sonra da yararlanacak olmasıdır.

Buna göre, acentenin denkleştirme talebinde bulunabilmesi için, yeni müşteriler bulması ve sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da bu yeni müşterilerden müvekkilin önemli menfaatler elde etmesi gerekmektedir. Bir diğer ifade ile, müvekkilin sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra önemli menfaatler elde etmesi, acentenin müvekkile bağlamış olduğu müşteriler sayesinde gerçekleşmelidir. Yeni müşteriler, müvekkilin kendi faaliyeti sonucunda veya genel ekonomik durum sebebiyle müvekkile bağlanmış ise, TTKT. m. 122. f.1 b. (a)'da öngörülen şart gerçekleşmiş olmaz¹². Müvekkil ve acentenin ortak çabaları sonucunda yeni müşteriler bulunmuşsa, bu takdirde acente denkleştirme talebinde bulunabilir. Ancak bu durumda ödenecek olan denkleştirme miktarının, bu durum göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir¹³.

Acentelik sözleşmesinin devamı boyunca, bulunan yeni müşteriler sayesinde ulaşılan iş hacmi sayesinde müvekkilin elde ettiği kazancın, sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam ediyor olmasının, müvekkilin, bulunan yeni müşteriler sayesinde önemli menfaatler elde etmesi koşulunu gerçekleştirdiği kanaatindeyiz¹⁴. Acente tarafından bulunan müşterilerden önemli menfaatler elde edilmesi, bu yeni müşterilerin müvekkile bağlanmış olmasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Müvekkil ile acente arasındaki acentelik ilişkisinin sona ermesinden sonra, bu yeni müşteriler, müvekkil ile çalışmaya devam edeceklerdir. Müvekkilin yeni müşteriler sayesinde el-

¹¹ Bu şart, AET'nin 18.12. tarih ve 86/653/EEC sayılı direktifinin 17 (2) maddesinde ve İBK m. 418(u)'da da yer düzenlenmiştir.

¹² **Thevenoz/Werro**, Commentaire Romand, art. 418(u) No. 6.

¹³ **Thevenoz/Werro**, Commentaire Romand, art. 418(u) No. 6.

¹⁴ Aynı yönde **Thevenoz/Werro**, Commentaire Romand, art. 418(u) No. 9.

de ettiği menfaatin önemli olarak addedilebilmesi için, acentelik sözleşmesi devam ederken ulaşılan iş hacmi sayesinde elde edilen kazancın, sözleşmenin sona ermesinden sonra mutlaka artmış olması gerekmektedir; aynı düzeyde devam ediyor olması yeterlidir. Zira, acentelik sözleşmesinin devamı boyunca acentenin yeni müşteri kazandırmaya yönelik faaliyeti olmasaydı, müvekkilin iş hacminin ve bu sayede elde ettiği kazancın, sözleşmenin sona ermesi anındaki düzeyde olması da beklenemeyecekti.

TTKT. m. 122 f.1 b. (a)' da öngörülen şart, İBK. m. 418(u)'dan farklı olarak, müşteri çevresinin önemli ölçüde artması şartını aramamaktadır. Bu durumda, acente tarafından müvekkile kazandırılan müşteri sayısının, denkleştirme talebinde bulunabilmek için herhangi bir öneminin bulunmadığını düşünüyoruz. Tasarının bu düzenlemesi sonucunda, önemli olan, acentenin müvekkile kazandırdığı yeni müşteri sayısı ne olursa olsun, müvekkilin, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra da, yukarıda açıkladığımız anlamda önemli menfaatler elde ediyor olmasıdır.

5. Bu çalışmamızda asıl üzerinde durmak istediğimiz ikinci şart ise, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, acente tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı acentenin elde edeceği ücret talep hakkını yitiriyor olmasıdır (TTKT. m. 122 f.1 b.(b))¹⁵. Bu düzenlemenin karşıt kavramından, acente tarafından işletmeye kazandırılan müşterilerle yapılmış veya kısa süre içerisinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı acentenin ücret talep hakkı sona ermiyorsa acentenin denkleştirme talep edemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

a) Tasarının 122. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen ikinci şartın gerçekleşmesi, acentenin ücret hakkı ile doğrudan doğruya bağlı olduğu için, öncelikle Tasarı'nın acentenin ücret hakkını düzenleyen 113. vd. maddeleri üzerinde kısaca durmak gerekmektedir.

Acentenin ücret hakkının doğmasına neden olan işlemler, Tasarı'nın 113. maddesinde ATK m. 87'den esinlenerek düzenlenmiştir. Acentenin ücret hakkının doğumuna neden olan işlemler esas olarak, acentelik ilişkisinin devamı sürecinde kurulan işlemler ve acentelik ilişkisinin sona ermesinden sonra kurulan işlemler ayırımı yapılmak suretiyle düzenlenmiştir.

¹⁵ İBK. m. 418(u)'da bu şart aranmaktadır. AET'nin 86/653/EEC sayılı Direktifinin 17(2) maddesinde ise ayrı bir şart olarak düzenlenmemiş olup, TTKT. m. 122 f.1 b. (c)'de de düzenlenen hakkaniyete uygun düşme şartının bir görünüm şekli olarak düzenlenmiştir.

Buna göre acente acentelik ilişkisinin devamı süresince kendi çabasıyla veya aynı nitelikteki üçüncü kişilerle kurulan tüm işlemler için ücret isteyebilir (TTKT. m. 113 f.1). Yine acente, kendi bölgesi veya müşteri çevresi dahilinde kendi katkısı olmadan kurulan işlemler için de ücret isteyebilir (TTKT. m. 113 f.2).

Acentelik ilişkisinin sona ermesinden sonra da acente ücrete hak kazanabilir. Buna göre, acente işleme aracılık etmişse veya işlemin kurulmasının kendi çabasına bağlanabileceği ölçüde işlemi hazırlamış ve işlem de acentelik ilişkisinin bitmesinden sonra uygun bir süre içinde kurulmuşsa acente ücrete hak kazanacaktır (TTKT. m. 113 f.3 b. (b)). Tasarının 113. maddesinin ilk iki fıkrası uyarınca ücret istenebilecek bir işleme ilişkin olarak üçüncü kişinin icabı, acentelik ilişkisinin sona ermesinden sonra acenteye veya müvekkile ulaşırsa acente yine ücret isteyebilir (TTKT. m. 113 f.3 b.(c)).

b) Tasarının 122. maddesinin birinci fıkrasında, acentenin denkleştirme talebine ilişkin olarak düzenlenen ikinci şarta ilişkin olarak madde gerekçesinde şu açıklama yer almaktadır: *“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 ermesi nedeniyle bir şekilde ödenmişse denkleştirme talebi ileri sürülmez. Burada ödendiği söylenen ücret kök ücret olup, bedelin tahsiline ve garanti edilmesine ilişkin komisyonlar dikkate alınmaz”*.

TTKT 122 f. 3 b. (b)'nin gerekçesinde, acente tarafından müvekkile kazandırılan yeni müşteriler dolayısıyla sözleşme devam etseydi acentenin elde edeceği ücret hakkını, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle kaybettiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu ücret hakkını acente kaybetmiyorsa denkleştirme talebinde bulunamayacaktır.

TTKT m. 113 f.3 acentelik ilişkisinin sona ermesinden sonra da acentenin ücrete hak kazanacağını ve buna ilişkin şartları düzenlemiştir. Acente, bulduğu yeni müşteri veya müşterilerle yapılacak olan işleme aracılık etmişse veya işlemin kurulmasının kendi çabasına bağlanacağı ölçüde işlemi hazırlamışsa ve işlem de acentelik sözleşmesinin bitmesinden sonra uygun bir süre içinde kurulmuşsa, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra da ücrete hak kazanır. İşlemin diğer tarafına modellerini, resimlerini, broşürlerini, şartlarını, taksit olanaklarını yollama, yazışmaları gerçekleştirme, işleme ilişkin görüşmelerde bulunma işlemin hazırlanmasına örnek olarak gösterilebilir¹⁶. TTKT.

¹⁶ TTKT m. 113 f. 3 b.(a) gerekçesi.

m. 113 f.1'de belirtilen ücret istenebilecek işlemlere yönelik olarak yeni bir müşterinin icabı acentelik sözleşmesinin sona ermesinden önce acenteye veya müvekkile ulaşmışsa, acente yine ücret talep edebilecektir.

Görüldüğü gibi, TTKT. m. 113 f.3, acentenin ücret hakkını sözleşmenin sona ermesi sonrasındaki sürece de taşımaktadır. Acentenin, acentelik sözleşmesi devam ederken, yeni müşterilerle görüşmeleri, hazırlıkları başlatması ve acentelik sözleşmesinin sona ermesinden kısa bir süre sonra bu işlemin gerçekleşmesi halinde dahi ücrete hak kazanmaktadır. Dolayısıyla, gerek aracılık eden gerek sözleşme yapma yetkisi ile donatılmış acentanın, sözleşmenin sona ermesinden sonra yapılan işlemler için öngörülen ücret hakkı, hemen hemen açık kapı bırakmayacak şekilde Tasarı'da düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak, TTKT. m. 113 f.3'ün uygulama alanına giren bir durumda, bulunduğu yeni müşterilerle acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra kurulan işlemler için acente ücret hakkını yitirmediğinden, TTKT m. 122. f.1 b. (2)'de denkleştirme talep etmek için gerekli olan ikinci şart gerçekleşmemiş olacaktır. Bu durumda, acentenin denkleştirme talep etme hakkının bulunmadığının veyahut en azından böyle bir ihtimalin ortaya çıkmasının son derece zor olduğunun kabulü gerekmektedir.

Zaten, TTKT. m. 122 f.1 b. (b)'de yer alan "sözleşme devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret hakkını yitiriyorsa" ibaresinden, acentenin TTKT. m. 113 f.3'de belirtilen durumda denkleştirme talep etme hakkının bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira, TTKT. m. 113 f.3, sözleşmenin sona ermesi halini ve bu durumda acentenin ücret hakkını düzenlemektedir. Kaldı ki, TTKT. m. 122 f.1 b. (b)'nin gerekçesinde, yeni müşteriler dolayısıyla acentenin ücret alma hakkını yitireceği ifade edilmektedir. Oysa ki, anılan madde gerekçesinin, acentenin sözleşmenin sona ermesi halindeki ücret hakkını hemen hemen açık kapı bırakmayacak şekilde geniş bir şekilde düzenleyen TTKT. m. 113 f.3 düzenlemesini göz ardı ettiği düşünülemez.

TTKT m. 122 f.1 b.(b)'nin gerek metni gerek gerekçesi dikkate alındığında, sözleşme devam ederken acentenin bulunduğu yeni müşteriler ile sözleşme akdedilmiş, bu sözleşme veya sözleşmelerden dolayı TTKT m. 113 f.1 uyarınca kendisine ücret ödenmiş ve acente tarafından müvekkile sözleşme devam ederken kazandırılan bu müşterilerle sözleşme sona erdikten sonra da müvekkil önemli menfaatler elde etmiş ise, acenta denkleştirme talep edebilecektir. Zira bu ihtimalde, acentenin bulmuş olduğu yeni müşterilerle yapılan işlemler dolayısıyla sözleşme devam etmiş olsa idi acente ücrete hak kazanmış olacaktır. Oysa ki, sözleşme ilişkisi sona erdiği için acenta bu ücretten mahrum kalmış olmaktadır.

Aynı sonuca, acentelik sözleşmesi devam ederken yeni müşterilerle kurulan

sözleşmelerden dolayı acentenin doğmuş ücret hakkının ödenmemesi halinde de varmak gerekmektedir. Burada yeni müşteriler dolayısıyla acentenin ücret hakkını yitirmediği akla gelebilirse de, bu durumda acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra acentenin ödenmesini talep edeceği ücret, acentelik sözleşmesi devam ederken acente tarafından kazandırılan yeni müşterilerle kurulan sözleşmelerden doğmuş ve muaccel olan TTKT m. 113 f.1'de düzenlenen ücret hakkından kaynaklanmaktadır. Acente bu alacağını sözleşmenin sona ermesinden sonra açacağı bir dava ile talep edebilir. Bu halde de, acentenin sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra kendisi tarafından kazandırılan yeni müşterilerle kurulan veya kısa süre içerisinde kurulacak olan işlemlerden dolayı her hangi bir ücret alacağı bulunmamaktadır.

Hiç kuşkusuz, acentelik sözleşmesi veyahut acente ile müvekkil arasında daha sonra yapılan bir anlaşma uyarınca, sözleşmenin sona ermesinden sonra yeni müşteriler için acenteye bir ücret ödenmiş ise, acente denkleştirme talebinde bulunamayacaktır. Zira, bu halde denkleştirmenin acentelik sözleşmesine veya daha sonra yapılan bir anlaşmaya dayanarak ödenmesi söz konusudur.

6. Acentenin denkleştirme talep edebilmek için Tasarı'da düzenlenen üçüncü ve son maddi şart ise, acenteye denkleştirme ödenmesinin halin bütün gereklerine göre hakkaniyete uygun düşmesidir (TTKT. m. 122 f. 1 b.(c)). Denkleştirme ödenmesinin hakkaniyete uygun olup olmadığını somut olayın özelliklerini dikkate alarak, hakim takdir edecektir.

Madde gerekçesinde, acentenin gayretleri, imaj yaratma, müvekkili ve ürünü tanıtmaya, rekabet piyasasından pay alma çalışmaları denkleştirme ödenmesinin hakkaniyete uygun olup olmadığının tespiti bakımından gözönünde tutulacak kriterler olarak belirtilmiş ve acentanın bu konularda olumsuz not almamış olması bir şart olarak ifade edilmiştir. Gerekçede, özellikle müvekkilin ürünün tanınmış bir marka olması halinde acentenin gayretlerinin göz ardı edilemeyeceği belirtildikten sonra güçlü markanın da yeni müşterilerle buluşabilmesinin, yeni müşterilerin müvekkile yönelmesinin ve bu yönelmenin korunmasının gayretle olabileceği öngörülmüştür.

Tasarıda, gayretin olduğu her halde kural olarak denkleştirme talep edebilmenin hakkaniyete uygun olması şartının gerçekleştiği kabul edilerek, hakkaniyete uygun olma durumu salt gayretin olmasına inhisar ettirilmiştir. Bizce bu ifade Tasarı'nın kanunlaşması halinde son derece tehlikelidir. Zira, uygulamada, özellikle mahkemeler, gerekçenin bu ifadesini dikkate alarak acentenin yeni müşteriler bulmadaki gayretinin var olduğu her hal ve şartta, denkleştirme talep etmenin hakkaniyete uygun olduğu sonucuna varabilecektir.

Oysa, İsviçre doktrininde¹⁷, yeni müşterileri müvekkile bağlamada acentenin gayretinin varlığına rağmen, bazı hallerde hakkaniyet şartının gerçekleşmeyeceği belirtilmektedir. Buna örnek olarak, acentenin gayretleri sonucu yeni müşterileri müvekkile kazandırma ediminin karşılığı olarak acente acentalık sözleşmesinin devamı boyunca yeterli derecede ücretlendirilmesi (örneğin, ilgili sektöre ilişkin olarak uygulamada mutad olanın üzerinde ücret veya komisyonlar almışsa) veya sözleşmenin sona ermesinden sonra müvekkile rekabet etme olanağının bulunması gösterilmektedir. Buna karşılık, sözleşmenin süresi de hakkaniyet şartının gerçekleşmesinde belirleyici olabilecektir. Sözleşmenin süresi ne kadar uzun olursa, acente o oranda çalışmaları karşısında denkleştirmeden faydalanabilecektir.

Acentenin denkleştirme talep edebilmesi için yeni müşterileri müvekkile bağlamasında gayreti elbette önemlidir. Bu unsur TTKT. m. 122 f.1 b. (a)'da "acentenin bulduğu yeni müşteriler", aynı maddenin (b) bendin de ise "onun tarafından işletmeye kazandırılmış" ifadeleri ile belirtilmiştir. Acente tarafından yeni müşteriler bulunması ve işletmeye kazandırılması acentenin gayretleri, mesaisi ve katkıları ile mümkün olabilecektir. Gayret unsuru olmadan zaten Tasarı'nın 122. maddesinin ilk fıkrasında yer alan ilk iki şart gerçekleşmiş olmayacaktır. Acenteye sözleşmenin sona ermesinde bir denkleştirme ödenmesinin temelinde yatan ana mantık, zaten onun katkıları ile bulunan müşterilerle sözleşmenin sona ermesinden sonra da müvekkilin önemli menfaatler elde etmesidir. Bu sebeple, üçüncü ve son şart olan hakkaniyet unsurunun varlığının tespitinde gayret unsurunu hemen hemen tek unsur olarak düzenlenmesi, mahkemenin her somut olayın özelliklerini dikkate alarak kullanacağı takdir hakkını gereksiz sınırlayacağı gibi, somut olayın yukarıda belirttiğimiz gibi ortaya çıkabilecek özelliklerinin de bu şekilde göz ardı edilmesine neden olabilecektir.

¹⁷ Thevenoz/Werro, Commentaire Romand, art. 418(u) No. 10.

TAZMİNATIN TARAFLARCA GÖTÜRÜ OLARAK BELİRLENMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet ERDEM**

I. GENEL OLARAK

Ahde vefa sözleşmeye uygun davranılmasını gerektirir. Sözleşme ilişkisi içine giren taraflardan bu ilişkiye uygun davranmaları beklenir. Sözleşmeye aykırılık halinde ise kanun çeşitli yaptırımlar öngörmektedir. Kanuni yaptırımların da dışında, tarafların sözleşmeye aykırılık halleri için çeşitli yaptırımlar kararlaştırmaları mümkündür. Ancak, bütün kanuni ve/veya sözleşmesel yaptırımlara rağmen sözleşmeye aykırı davranılması ihtimali her zaman mevcut olacaktır. Soyut ihtimallerin de dışında, günlük hayatta, sözleşmeye aykırı davranış pek de olağanüstü bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşmeye uygun hareket edilmesi temenni edilen bir davranış olmakla birlikte, ona aykırılık ihtimali her zaman göz önünde tutulmalıdır. Kanun koyucunun, bu ihtimallerden hareketle, sözleşmeye aykırılık hallerinde düzenlemiş olduğu sorumluluk iki adımlı bir uygulamayı gerektirir. İlk adım hangi hallerde, hangi davranışların sorumluluğu gerektirdiğinin belirlenmesidir. Daha sonraki adımda ise öngörülen bu sorumluluğun kapsamı ve miktarının belirlenmesi gündeme gelir. Özellikle ikinci adım olan sorumluluğun kapsam ve miktarının belirlenmesi önemli sorunları ve ihtilafları beraberinde getirir. Tazminatın belirlenmesi aşaması olarak nitelendirilebilecek olan bu aşama, sorumluluğun soyut plandan somut plana geçmesidir. Sorumluluğun somut hale getirilmesi olan tazminatın hesaplanması aşaması, gerçekten gerek taraflar, gerek hâkim için son derece güç ve zahmetli bir aşamadır.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Sözleşmeye aykırılık halinde, sorumluluk şartları gerçekleştikten sonra, hâkim BK 43 gereğince tazminatın miktarını belirleyecektir. İlgili hüküm haksız fiiller için öngörülmüş olmakla birlikte, “[h]aksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler, kıyasen akde muhalif hareketlerde de tatbik olunur” diyen BK 98 II’nin yollamasıyla, sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulama alanına sahiptir¹. Diğer bir anlatımla, sözleşmeler alanında da tazminatın miktarının belirlenmesi konusunda haksız fiillere ilişkin hükümler ve dolayısıyla BK 43 uygulama alanı bulmaktadır.

BK 43 I gereğince hâkim tazminatın miktarını sorumlu olan kişinin kusurunun ağırlığını ve durumun özelliklerini (*hal ve mevkiin icabı*) dikkate alarak belirleyecektir. Tazminatın en yüksek tutarı meydana gelen zarar miktarıdır². Ancak tazminatın zararın tamamı kadar olması gerekmez. Hukukumuz tazminatın belirlenmesinde sorumlu kişinin kusurunun ağırlığına atıf yaparak, tazminat miktarı konusunda ya hep ya hiç (*Alles-oder-Nichts-Prinzip*) diyen hukuk sistemlerinden farklı bir yol izlemektedir³. Ayrıca BK 44 hükmü de tazminattan indirim nedenleri öngörmektedir.

Hâkime tazminatın belirlenmesi konusunda takdir yetkisi tanıyan BK 43 hükmü, öğretinin de kabul ettiği üzere, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır⁴. Dolayısıyla tarafların bu hükümden farklı bir düzenlemede bulunmaları mümkündür. Biz de bu çalışmamızda, sözleşme taraflarının BK 43’ten farklı bir yol izleyerek tazminatı belirleme konusunda yapabilecekleri götürü tazminat sözleşmesini inceleyeceğiz.

II. TANIMI VE ÖZELLİKLERİ

Tazminatın götürü olarak belirlenmesi konusundaki sözleşme veya kayıt (*vertragliche Schadensersatzpauschalierung; la fixation forfaitaire des dommages-intérêts*) sözleşmeye aykırılık halinde meydana gelmesi muhtemel za-

¹ Sözleşmeye uygulanacak haksız fiil hükümleri konusunda ayrıntılı ve kazuistik değerlendirilmesi için bk. Commentaire Romand (CR)-**Thévenoz** CO art. 99 N 13 vd. Ayrıca bk. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 24.06.1959, 31/26; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 14.12.1973, 4/6

² **Tandoğan** Halûk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara 1961, s. 261 ve 430. Tazminatın zarar miktarından fazla olamayacağı ilkesinin istisnaları bulunabilir. Bu konu hakkında bk. **Oğuzman** M. Kemal/Öz M. Turgut, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 2005, s. 551 ve 573.

³ Bk. **Honsell** Heinrich, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Zürich 2000, § 9 N 4; **Roberto** Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2002, N 829. Ayrıca karşı. UNIDROIT Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Roma, 2004), mad. 7.4.2 ve 7.4.7.

⁴ Karşı. Berner Kommentar (BK)-**Weber** OR Art. 100 N 49 ve 167; CR-**Werro** CO art. 43 N 17.

rar sonucunda ödenmesi gerekli olan tazminatın taraflarca *önceden, belirli bir miktar* olarak kararlaştırılmasıdır⁵.

- Tazminatın götürü olarak belirlendiği hollere bazen kanunda da rastlanmaktadır⁶. Bunlardan en bilineni BK 103 I'de öngörölmüş olan *temerrüt faizidir*⁷. Para borcunun ifasında gecikerek temerrüde düşen borçlu, ilgili hükümde belirtildiği üzere temerrüt faizi ödemek zorundadır. Kanun burada tazminat miktarını götürü bir miktar (oran) olarak belirlemektedir. Ancak kanun tarafından belirlenen bu götürü tazminatın niteliği sözleşmesel götürü tazminattan farklıdır. Şöyle ki, BK 103 I'de temerrüt faizi götürü olarak belirlenmiş olmasına rağmen, bu miktar mutlak bir kesinlik ifade etmez. Alacaklının zararı temerrüt faizini aşarsa kanun bu fazla miktarın da talep edilebilmesine belli şartlarda imkân vermektedir (BK 105 I). Bu durum, sözleşmesel götürü tazminattan en önemli farklılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarafların tazminatın miktarını götürü olarak belirledikleri durumlarda meydana gelen zarar gerçekleşen fiili zarardan az olsa bile, alacaklının bu fazla miktarı talep etmesi götürü tazminat sözleşmesinin niteliğine aykırı düşeceği için mümkün değildir.
- Kanun tarafından tazminatın götürü olarak belirlenmesi haline bir örnek de İsvBK 337'de yer almaktadır⁸. Hizmet sözleşmesine ilişkin derhal feshin (İsvBK 337 – 337d) sonuçları (İsvBK 337b – 337d), hizmetin ifasına başlamamak veya işi haklı bir neden olmadan terk etmek başlıklı hüküm (İsvBK 337d), işveren lehine götürü bir tazminat öngörmektedir. Söz konusu hükme göre, işçi haklı bir neden olmadan işe başlamaz veya aniden işi terk ederse, işveren işçinin aylık ücretinin _ oranında tazminat talep etme hakkına sahiptir. Ancak ilgili hüküm götürü miktarda (oranda)

5 Karş. GVP-SG 2002 N 50; **Engel** Pierre, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne 1997, s. 862; **Gauch** Peter, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, N 709; CR CO I-**Mooser** art. 160 N 4; **Gauch** Peter/**Schlupe** Walter René/**Schmid** Jörg/**Rey** Heinz, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Zurich 2003, N 4071; **Bucher** Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 525; **Kocağa** Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart*, Ankara 2003, s. 49 ve 53; **Tunçomağ** Kenan, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt I, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 861; **Larenz** Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München 1987, s. 383. Ayrıca bk. UNIDROIT mad. 7.4.13; Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri - 1999 - (The Principales of European Contract Law - PECL), mad. 9:509.

6 Kanun tarafından öngörölmüş götürü tazminatların niteliği konusunda bk. **Fischer** Thomas, *Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz*, Zürich 1998, s. 95 vd.

7 Bk. **Oğuzman/Öz**, s. 391; **Barlas** Nami, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, İstanbul 1992, s. 124 vd.; CR-**Thévenoz** CO art.104 N 4.

8 Bu konu ve İsviçre Hukukundaki başka bazı haller için bk. **Fischer** Thomas, s. 95 vd. Ayrıca bk. BGE 121 V 277.

bir tazminat tayin etmiş olsa da, İsviçre Kanun Koyucusu maddenin ileri bölümlerinde, bu götürü tazminatı sözleşmesel götürü tazminattan tamamen ayrılacak bir şekilde *istisnalara* ve *hâkimin takdir yetkisine* bağlı tutmaktadır. Öyle ki, İsvBK 337d I'de (*in fine*), temerrüt faizinde olduğu gibi, alacaklıya (işveren) bu götürü tazminat miktarını aşan zararını talep etme imkânı tanınmıştır⁹.

Alacaklının meydana gelen aşkın zararını isteyebilmesi imkânı nedeniyle, İsvBK 337d'de öngörülen tazminata ve hatta BK 103 I'de öngörülen temerrüt faizine asgari bir (götürü) tazminat (*Minimalschaden*) demek yanlış olmaz¹⁰.

İsviçre Borçlar Kanunu hâkime alacaklının hiçbir zarara uğramamış olması veya meydana gelen zararın kanun tarafında öngörülmüş olan götürü miktarın altında kalmış olması durumunda, tazminatı indirmek konusunda geniş bir *takdir yetkisi* tanımaktadır (İsvBK 337d II)¹¹. Bu durum da, ilgili hükümde kanun tarafından öngörülen götürü tazminatın, sözleşmesel götürü tazminattan farklılıklara sahip olduğunu göstermektedir. Oysaki bu durum sözleşmesel götürü tazminatın niteliği ile bağdaşmaz. Zira taraflar götürü tazminat sözleşmesi ile borçlunun ileride sorumlu olacağı tazminat miktarını kesin olarak belirlemişlerdir.

- Asıl sözleşme ve götürü tazminat sözleşmesi arasında, doğal olarak, *talilik ilişkisi* mevcuttur. Götürü tazminat sözleşmesi asıl sözleşmeyi, onun ihlalden kaynaklanan tazminat borcunu konu edinmektedir.
- Tazminatın götürü olarak belirlenmesi konusundaki anlaşma asıl sözleşmenin kurulması aşamasında *sözleşmenin bir şartı* olarak yapılabileceği gibi, asıl sözleşmeden sonra *bağımsız bir sözleşme* olarak da yapılabilir. Bu konuda tarafları kısıtlamak için her hangi bir gerekçe yoktur. Ancak, tazminatın götürü olarak belirlenmesi sözleşmesi mutlaka *zarar meydana gelmeden önce* yapılmalıdır. Zarar meydana geldikten sonra tazminat konusunda yapılacak bir anlaşma tazminatın götürü olarak belirlenmesi olarak nitelendirilemez. Bu nitelikte bir anlaşma ancak, taraflar arasındaki *ihtilafın barışçı bir şekilde* (sulh yoluyla) *çözümlemesi* olarak nitelendirilebilir¹².

Borçlar Hukuku sistemimizin temellerinden birini oluşturan *sözleşme özgürlüğü* çerçevesinde taraflar emredici hükümlere, ahlâka ve kamu düzeni-

⁹ Bk. BGE 118 II 312.

¹⁰ Bk. **Fischer** Thomas, s. 95.

¹¹ CR-**Aubert** CO art. 337d N 4.

¹² **Oğuzman/Öz**, s. 373.

ne aykırı olmamak kaydıyla sözleşmenin içeriğini belirleyebilirler. Taraflara tanınan sözleşme özgürlüğü, sözleşmeye aykırılık halinde ödenmesi gereken tazminat miktarını belirleme konusunda da tam anlamıyla uygulama alanı bulur. Bununla birlikte götürü tazminat sözleşmesi de, diğer sözleşmeler gibi BK 19 ve 20'ye uygun olmak zorundadır. Böyle bir sözleşmenin BK 19 ve 20'ye aykırılığı özellikle kişilik hakları ve ahlâka aykırılık konusunda gündeme gelir. Çoğunlukla kişilik haklarına ve ahlâka aykırılık belirlenen miktar açısından ortaya çıkar. Bu durumda sözleşmenin geçerliliği BK 20'ye göre belirlenmelidir. Belirlenen miktar muhtemel tazminat miktarı ile açıklamayacak bir oranda ise ve bu miktarın ödenmesi borçlu açısından ekonomik yıkıma neden olacaksa, sözleşme konusu itibarıyla kişilik haklarına ve ahlâka aykırı olarak kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşılaşacaktır¹³. Buradaki hükümsüzlük, kural olarak kısmi hükümsüzlüktür (BK 20 II).

- Kısmi hükümsüzlük bu alanda iki şekilde değerlendirilmelidir. Kesin hükümsüzlüğün kısmiliği, bir yandan sadece *sözleşmenin bir kısmını oluşturan götürü tazminat anlaşması* ile sınırlı olarak kabul edilebileceği gibi; sadece *götürü tazminat sözleşmesinin bir kısmı* olarak da ortaya çıkabilir. Zira BK 20 II'de bahsedilen sözleşmenin bir kısmı ifadesi, kanunun Fransızca ve Türkçe metinleri dikkate alındığında (*şartlardan bir kısmı, certaines de ses clauses*) sözleşmenin bir şartını, klozunu *-asil sözleşmenin bir şartı olarak götürü tazminat sözleşmesi gibi-* ifade etmektedir. Bunun yanında, Federal Mahkeme ve öğretinin de benimsediği üzere, BK 20 II'nin Almanca metni (*einzelne Teile*) de dikkate alınarak, sözleşmenin hükümsüzlüğe konu olabilecek olan kısmı sözleşmenin konusunun bölünebileceği en küçük sayısal parça olarak kabul edilmelidir¹⁴.

¹³ Bk. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 390 vd. ve 398 vd. Karş. BGE 129 III 209; Federal Mahkeme, SJ 2003 I 374.

¹⁴ BGE 130 III 49; **Hürlimann** Roland, *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*, Freiburg 1984, N 184 vd. ve orada anılan yazarlar; **Piotet** Paul, *De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice de consentement*, in Revue de droit suisse 76 I 105; **Tandoğan** Halûk, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques*, Genève 1952, s. 121 vd. Öğretide **Oğuzman/Öz** (s. 913), cezai şarta ilişkin değerlendirmeleri bağlamında, sözleşmenin bir kısmı ifadesinin (BK 20 II) sözleşmenin bir şartını, klozunu bütün olarak kapsadığını ifade etmektedirler. Yazarlar, o şartın, klozun bütünüyle hükümsüz olacağını belirterek bu noktada öğretiden farklılaşmaktadırlar. Ancak yazarlar, özel bağlamda TTK 24 ve TTK 1446'nın uygulaması ile yine de öğreti ve Federal Mahkemenin görüşünün uygulanması sonucuna varacak bir durumu, sözleşme cezası açısından benimsemektedirler, bk. s. 913. Aynı yönde **Başpınar** Veysel, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Ankara 1998, 60 vd. Yazara göre BK 20 II'deki sözleşmenin bir kısmı ifadesi, (basit) sözleşmelerde sözleşmenin bir hükmünü, şartını veya noktasını; bileşik sözleşmelerde ise bireysel sözleşmelerden her birini ifade etmektedir. Yazar bu görüşü ile hakim öğretiyeye karşı durmaktadır. Ona göre sözleşmenin bir kısmı ifadesinden hakim öğretinin anladığı sözleşmenin konusunun bölünebileceği en ufak sayısal parça, anlaşılmaz (s. 62).

İlk olarak, götürü tazminat sözleşmesi tek başına, miktarının kişilik haklarına veya ahlâka aykırı bir miktar olarak belirlenmesi nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalabilir. Bu hükümsüzlük kural olarak tazminat miktarının ahlâka veya kişilik haklarını ihlal eden miktarına kadar söz konusudur. Ahlâka ve kişilik haklarına aykırı olabilecek olan miktar ortadan kaldırıldıktan sonra, yani o kısmın kesin hükümsüzlüğünün tespitinden sonra, götürü tazminat sözleşmesi geçerli olarak varlığını sürdürecektir.

Bu noktada, BK 20 II (*in fine*) hükmü de ayrıca değerlendirilmelidir. Şayet tarafların, belirlenen ve hükümsüz kabul edilen miktar olmadan o sözleşmeyi hiç yapmayacakları kabul edildiği durumlarda götürü tazminat sözleşmesi bütünüyle hükümsüz kabul edilmelidir. Ancak bu durum, götürü tazminatın niteliği dikkate alındığında çok ender karşılaşılabilecek olan bir durumdur.

İkinci olarak, yukarıda bahsettiğimiz gibi, kısmi hükümsüzlük götürü tazminat konusundaki anlaşmanın asıl sözleşmenin bir kısmını oluşturması itibarıyla da değerlendirilmelidir. Götürü tazminat konusundaki anlaşma, kısmen ve/veya tamamen hükümsüz kabul edildiği durumlarda, asıl sözleşme bu hükümsüzlükten nasıl etkilenecektir? Götürü tazminat konusundaki anlaşmanın kısmen¹⁵ ve/veya tamamen hükümsüz kılınması halinde bu hükümsüzlük asıl sözleşmenin bir kısmı olarak onun da hükümsüz kılınması na neden olabilir.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, götürü tazminat konusundaki anlaşma asıl sözleşmeden sonra yapılmışsa, onun hükümsüzlüğü asıl sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Zira BK 20 II (*in fine*)’de bahsedilen durum, yani sözleşmenin bir kısmının hükümsüzlüğünü tüm sözleşmeye yayma imkânı olamayacaktır. İlgili maddede belirtilen ve sözleşmenin bütününe hükümsüzlüğüne neden olabilecek olan “[f]akat bunlar olmadan akdin yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde” şeklinde ileri sürülebilecek olan bir iddia, zaman itibarıyla asıl sözleşmeden sonra yapılan bir götürü tazminat sözleşmesinin varlığı durumunda doğal olarak ileri sürülemez.

- Götürü tazminat sözleşmesi asıl sözleşme ile aynı anda, onun bir şartı (klozu) olarak yapılmışsa, götürü tazminat konusundaki anlaşmanın tamamen hükümsüz olması da, kural olarak asıl sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir, meğerki o şart olmadan asıl sözleşmenin de yapılmaya-

¹⁵ Sözleşmeyi oluşturan alt anlaşmalardan birinin hükümsüzlüğü halinde, bu anlaşmalara BK 20 II gereğince kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanamayacağı düşüncesi ile karşı görüşte **Başpınar**, s. 65. Karş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 379 vd.

çağı kabul edilebilir olsun. Diğer bir ifade ile tarafların farazi iradelerinin götürü tazminat sözleşmesi olmadan asıl sözleşmenin de yapılmayacağı yönünde olduğu kabul edilebiliyorsa, asıl sözleşme de hükümsüzlükten etkilenir. Götürü tazminat sözleşmesinin kısmen hükümsüz olması durumunda da sonuç aynıdır. Yani götürü tazminat sözleşmesi kısmen hükümsüz olduğunda, şayet tarafların iradesi götürü tazminat ile belirlenen ancak hükümsüz olan miktar olmadan asıl sözleşmeyi yapmamak yolunda idi ise, asıl sözleşme de bu hükümsüzlükten etkilenir. BK 20 II'nin *ratio legis*'i bizi bu sonuca götürmektedir.

- Götürü tazminat, kural olarak bir miktar *para*dır. Ancak bir miktar para dışında *başka bir şeyin* de tazminat olarak kararlaştırılmasına her hangi bir engel yoktur.

Götürü tazminat konusundaki anlaşmanın konusu *tazminatın miktarı*dır. Götürü tazminat sözleşmesi sorumluluğun diğer şartlarında her hangi bir değişiklik yapmaz. Taraflar arasındaki anlaşma ile alacaklı ancak meydana gelen zararın miktarını ispattan muaf tutulmaktadır. Dolayısıyla, borçlunun tazminat talep edebilmesi için yerine getirmesi gerekli olan diğer yükümler konusunda her hangi değişiklik meydana gelmez.

Bu bağlamda iki olgu özellikle incelenmelidir; *borçlunun sözleşmeye aykırılıkta kusuru ve zararın varlığının ispatı*.

- Sözleşmeye aykırılıkta borçlunun tazminat sorumluluğuna gidilebilmesi için borçlunun bu aykırılıkta kusurlu olması şartı aranmakta ise, götürü tazminat sözleşmesinin varlığı bu şartı ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, sözleşmeye aykırılıkta alacaklının kararlaştırılan tazminatı talep edebilmesi için, borçlunun kusurlu olması şartı da aranacaktır. Sözleşmeye aykırılıkta borçlunun kusurlu olduğu karine olarak kabul edildiği için alacaklı borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Ancak borçlu sözleşmeye aykırılıkta kusurlu olmadığını ispat ettiği hallerde belirlenen tazminatı ödeme borcu söz konusu olmayacaktır.

Bununla birlikte kanun borçlunun sorumluluğuna gidilebilmesi için, onun sözleşmeye aykırılıkta kusurlu olması şartını aramıyorsa, götürü tazminatın talep edilebilmesi için de borçlunun kusurlu olması aranmayacaktır. Örneğin, borçlunun temerrüt faizi ödemesi için, para borcunun ödenmesinde temerrüde düşmesinde kusurlu olması aranmamaktadır¹⁶. Taraflar götürü tazminat sözleşmesi ile bir miktar para borcunun ifasında temerrüt halinde

¹⁶ Oğuzman/Öz, s. 391.

tazminat miktarını (temerrüt faizi oranını) belirlemişlerse, bu durumda da borçlunun ifada temerrüde düşmesi halinde kusurlu olması aranmaz. Borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmasa bile götürü tazminat sözleşmesinde kararlaştırılmış olan miktarı ödemek zorundadır.

Kanun borca aykırılıkta borçlunun sorumluluğu için onun kusurlu olması şartını aramakla birlikte, taraflar götürü tazminat sözleşmesinde tazminat miktarını belirlerken ayrıca sorumluluk için borçlunun kusurlu olması şartını kaldırmışlarsa, bu düzenleme geçerli kabul edilebilir mi? Sorumluluğu genişleten böyle bir düzenleme, kural olarak, geçerlidir. Yani, borçlunun sorumluluğunu, onun borca aykırılıkta kusurlu olması şartından arındıran böyle bir anlaşma, BK 19, 20 ve MK 23 gibi genel hükümlere aykırılık oluşturmuyorsa, geçerli bir düzenlemedir. Tarafların böyle bir anlaşması geçerli kabul edilebildiği durumlarda, belirlenen götürü tazminat da geçerli olarak talep edilebilecektir.

- Zararın ispatı bahsine gelince, alacaklı borca aykırılık halinde meydana gelen zararının karşılanmasını talep edebilmek için, genel ilke olarak, onun varlığını ispat etmek zorundadır¹⁷. Tarafların tazminat miktarını götürü olarak belirlemeleri durumunda bile alacaklının bu yükümlülüğü ortadan kalkmaz¹⁸. Zira götürü tazminat sözleşmesi sadece *tazminatın miktarına* ilişkindir. Sözleşme, tazminat miktarının ispatı dışında sorumluluğun şartlarında bir değişiklik yapmayacağından alacaklı, borca aykırılık halinde bir zararın meydana geldiğini yine de ispat etmek durumundadır.

İstisnai bir durum olarak tarafların temerrüt faizi oranını kanunun belirlediği orandan yüksek tuttıkları durumlarda, bir götürü tazminat sözleşmesi olmakla birlikte, borçlunun bir *zararın meydana geldiğini ispatlamasına gerek olmayacaktır*. Zira kanun, BK 103'de öngördüğü temerrüt faizinin ödenmesini her hangi bir zararın varlığına bağlamamıştır¹⁹. Tarafların yaptıkları bir sözleşme ile kanundan tamamen ayrıldıklarını ileri sürmek mümkün olmadığı sürece, belirlenen miktarın talep edilmesi için de her hangi bir zararın varlığı aranmamalıdır. Belirtmeliyiz ki, taraflar kanunen belirlenmiş olan temerrüt faizi oranını yüksek tutarak, BK 105 I hükmünün uygulama-

¹⁷ Oğuzman/Öz, s. 345 ve 551; BGE 98 II 325; Federal Mahkeme, SJ 2006 I 472.

¹⁸ Bk. Erdem Mehmet, *La clause pénale, Etude comparative de droit suisse et de droit turc*, Doktora Tezi (Neuchâtel), Ankara 2006, s. 45 vd. Ayrıca karş. Beuthien Volker, *Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe*, in Festschrift Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, s. 495 vd., 498. Aksi görüş için bk. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, N 4071; Larenz, s. 383; Tunçomağ, s. 861. Ayrıca bk. CR-Mooser CO art. 160 N 4.

¹⁹ BGE 123 III 241; Oğuzman, 391; Barlas, s. 133 vd.

sını kaldırmış olurlar. Diğer bir ifade ile temerrüt faizi oranının taraflarca kanunda belirlenen miktardan yüksek tutulduğu durumlarda, alacaklının zararı belirlenen bu miktarın üzerinde olsa bile bu fazla miktarı isteyemez. Bununla birlikte, tarafların farklı bir düzenleme yapmaları mümkündür.

Zararın varlığının ispatı, tazminatın miktarının ispatı alanına ulaşabilecek ağır bir yüküm olarak aranmamalıdır. Alacaklı zararın varlığını ispat etmek zorunda ise de, bazen zararın varlığının (ve miktarının) ispatı *çok güç* hatta *imkânsız* olabilir. Böyle bir durumda, yani zararın varlığının ispatının güç veya imkânsız olması durumunda hâkim, bir zararın meydana gelip gelmediğini kendisine tanınan *geniş anlamda belirleme yetkisi* çerçevesinde çözümlenecektir²⁰. Hâkimin bu yetkisi BK 42 II'den kaynaklanmaktadır. Her ne kadar, BK 42 II'de hâkime tanınan yetki zararın miktarına ilişkin görünüyorsa da (*Mehaz Kanun da dikkate alınarak*), hâkime tanınan bu yetkinin zararın varlığı konusunda da geçerli olduğu kabul edilmelidir²¹. Belirtmeliyiz ki, hâkimin bir zararın meydana geldiğini kabul edebilmesi için bu durumu küçük bir ihtimal olarak görmesi yeterli olmayıp, *kesinliğe yakın bir kanaate* varmış olması gereklidir²². Alacaklı zararın varlığını ispat edememekle birlikte zararın meydana gelmesine neden olan olayları ve tüm verileri hâkime sunmak zorundadır²³. Zira hâkim bunları *re'sen* araştırmak zorunda değildir²⁴.

Taraflar tazminatı götürü olarak takdir ederken zararın varlığını ispat etmek yükümlülüğünden de alacaklıyı kurtarabilirler. Taraflar bu konuda serbest olup, buna her hangi bir engel yoktur. Hatta öğretide önemli bir kesim, bizden farklı olarak, götürü tazminat takdir edilmesi durumunda alacaklının zararın varlığını ispat etmek yükümünden her halde kurtulduğunu belirtmektedir²⁵. Kanaatimizce, tarafların arasındaki anlaşma bu konuda *sarih* veya *zımni* bir düzenleme içermiyorsa, alacaklının zararın varlığını da ispat yükümünden kurtulduğunu söylemek zordur. Tarafların arasındaki anlaşma sadece tazminata ilişkin olup, sorumluluğun diğer şartlarına iliş-

²⁰ Federal Mahkeme, SJ 2006 I 472; CR-Werro CO art. 42 N 24; Yargıtay 4. HD, 4.6.1984, 4932/5361, Uygur Turgut, *Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, II. Cilt, Ankara 2003, s. 2016.

²¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 578; **Eren** Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 8. Bası, Ankara 2003, s. 693; **Engel**, 505; CR-Werro CO art. 42 N 24; BGE 122 III 219; Federal Mahkeme, SJ 2006 I 472.

²² BGE 122 III 219; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 579; Berner Kommentar (BK)-**Brehm** OR Art. 42 N 52; CR-Werro CO art. 42 N 29.

²³ **Tandoğan**, s. 264; **Eren**, s. 693; **Oğuzman/Öz**, s. 552; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 579; CR-Werro CO art. 42 N 29; Ayrıca bk. Federal Mahkeme, SJ 2006 I 472.

²⁴ **Tandoğan**, s. 264.

²⁵ Örneğin **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, N 4071; **Larenz**, s. 383; **Tunçomağ**, s. 861. Ayrıca bk. GVP-SG 2002 N 50.

kin değildir. Diğer bir ifade ile, götürü tazminat sözleşmesi tazminatın miktarına ilişkin olup, sorumluluğun diğer şartlarında bir değişiklik yapmaz.

Tarafların alacaklıyı zararın varlığını ispattan muaf tuttıkları durumlarda veya öğretinin önemli bir kısmının kabul ettiği üzere, götürü tazminat kararlaştırıldığı her durumda, götürü tazminatın talep edilmesi bir zararın varlığını yine de gerektirir²⁶. Alacaklı zararın varlığını ispat etmek yükümlünden kurtulmuş olmakla birlikte, bu sadece *ispat yükünün yer değiştirmesi* anlamındadır. Diğer bir ifade ile borçlu borca aykırılıkta her hangi bir zararın gerçekleşmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Hiçbir zararın meydana gelmemesi halinde bile borçlunun sorumlu tutulduğu bir anlaşma, taraflar onu götürü tazminat sözleşmesi olarak belirlemiş olsalar bile, bu nitelikte değildir. Böyle bir anlaşma belki cezai şart olarak nitelendirilebilir, ancak götürü tazminat olarak nitelendirilemez. Bir zararın meydana gelmemesi halinde bile tazminat ödenmesi kararlaştırıldığı durumlarda cezai şartın alanına girilmiş olur ve cezai şart konusundaki emredici düzenlemelerden kaçılmaz. Oysaki götürü tazminat sözleşmesi “*sui generis*” nitelikte bir sözleşme olup, cezai şarta ilişkin emredici nitelikteki bazı düzenlemelere, özellikle aşırı cezanın indirilmesine ilişkin BK 161 III’e tabi değildir. Cezai şarta ilişkin hükümler ona uygulanmamalıdır.

- Götürü tazminatın konusu borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi veya borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık nedeniyle ödenmesi gerekli *müspet zarara* ilişkin tazminat olabileceği gibi, borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme halinde ödenmesi gerekli *menfi zarara* yönelik tazminat da olabilir²⁷.

Götürü tazminat konusundaki anlaşma “*sui generis*” nitelikte olmakla birlikte, kanunda düzenlenmiş olan cezai şartla benzerlikler gösterdiği bir gerçektir²⁸. İki farklı kurum arasında bu benzerlik çok yoğun tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Tartışmalar, özellikle cezai şarta ilişkin düzenlemelerin götürü tazminat sözleşmesine uygulanıp uygulanamayacağı konusunda yoğunlaşmıştır. Her iki kurum arasındaki ilişkiyi belirlemek ve götürü tazminat sözleşmesini daha iyi anlayabilmek için bu tartışmalara bazı ülke hukukları bağlamında değinmek yerinde olacaktır. Kıta Avrupası Hukuklarında olduğu kadar, Anglo-Amerikan Hukukunda da götürü tazminat sözleşmesinin cezai şart ile ilişkisi ve iki kurumun birbirinden ayrılması önem arz eder. Aşağıda kısaca bu Hukuklardaki duruma değineceğiz.

²⁶ Bk. Basler Kommentar (BaK)-Ehrt OR Art. 160 N 12; Bucher, 525.

²⁷ Karş. Larenz, s. 383.

²⁸ Her iki kurum arasında ayırım yapmaya izin vermeyen bir sistem benimsemiş gibi görünen kuralları için bk. UNIDROIT mad. 7.4.13; PECL mad. 9:509.

III. BENZER BİR KURUM OLARAK CEZAI ŞART İLE KARŞILAŞTIRMA

a. Anglo-Amerikan Hukuku

Öncelikle Anglo-Amerikan Hukukundan başlamayı yerinde görüyoruz. Zira bu Hukukta konunun ifade ettiği önem, Kıta Avrupası Hukuklarından daha farklı bir boyuttadır. Şöyle ki, Anglo-Amerikan Hukuku götürü tazminat konusundaki anlaşmaları (*liquidated damages*) geçerli kabul ederken, Kıta Avrupası Hukuklarından farklı olarak, cezai şartı (*penalty clause*) geçersiz saymaktadır. Daha açık bir ifade ile bu Hukuk, taraflara sözleşme cezası kararlaştırmak konusunda serbestlik vermemekte, böyle bir anlaşmanın varlığı halinde bunu geçersiz saymaktadır²⁹.

Durum yukarıda belirttiğimiz gibi olunca, cezai şart ve götürü tazminat arasındaki ayırım, bu hukuk sistemi açısından daha fazla önem arz etmektedir. Kıta Avrupası Hukuklarında, genel olarak, bir kuruma ilişkin düzenlemelerin diğerine uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde durulurken, diğerinde bir kurum (cezai şart) tamamen sistem dışına çıkarıldığı için sözleşmenin niteliğini belirlemek, onun geçerli olarak ayakta kalıp kalmayacağını da tayin edecektir.

Anglo-Amerikan Hukuku tarafların borca aykırılık halinde ödenmesi gereken tazminat miktarını önceden götürü olarak belirlemesine izin verirken, bu kurumda temel dayanağın gerçekleşecek zararın belirlenmesi olduğunu dikkate almaktadır. Oysaki, amacı tazminatın götürü olarak belirlenmesi dışında, borçlunun borcuna aykırı davranmasını önlemek için bir baskı niteliğinde (*in terrorem*) olan cezai şart kabul edilmemektedir³⁰. Unutulmamalıdır ki, cezai şartın baskı unsuru, özellikle her hangi bir zararın meydana gelmemesi halinde bile sözleşme cezasının muaccel olmasını gerektiren ilkede kendini bulmaktadır. Borçluya böyle bir baskı yapılması ve bir zarar meydana gelmese bile tazminat ödenmesinin kabulü bu Hukuka yabancı kabul edilmekte ve geçersiz sayılmaktadır.

²⁹ Bu konuda özellikle bk. **Benjamin** Peter, *Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts; A Comparative Study of English and Continental Law*, in *International and Comparative Law Quarterly* 1960/9, s. 600 vd.; **Pitch** Hervin D./**Synder** Ronald M., *Damages for Breach of Contract*, Carswell (Thomson Professional Publishing) Toronto 2000, 6-3 (a), (b) ve 6-4; **Calamari** John D./**Perillo** Joseph M., *The Law of Contracts*, 3. ed., St. Paul, Minnesota 1987, s. 639 vd.; **Farnworth** E. Allan, *Contracts*, 2. ed., Boston-Toronto-London 1990, s. 935 vd.; **Ellington** Paul R., *Penalty Clauses: England*, in *DPCI* 1982, s. 515 vd. Amerikan Hukukunda cezai şartın geçersiz sayılması konusundaki eleştirileri için bk. **Kaplan** Philipp R., *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages*, in *Southern California Law Review*, 1977/50(4), s. 1055 vd.

³⁰ Bk. **Chitty** Joseph, *Chitty on Contracts*, 29. ed., Volume I, *General Principales*, London 2004, N 26-109 ve 26-110.

Götürü tazminat ve cezai şart arasındaki fark ise ilkinde, ileride doğabilecek olan tazminatı önceden belirlemekte diğerinde ise, bu tazminatı belirlemenin dışında borçlunun borca uygun davranmasını temin edecek bir baskıyı hedef almasında bulunmaktadır³¹. Kıta Avrupası Hukuklarında olduğu gibi Anglo-Amerikan Hukuku da, tarafların bu konudaki nitelendirmelerini yeterli görmeyip, anlaşmanın içeriğini belirleyici kabul etmektedir³². Somut olayda bu durumun belirlenmesinin ne kadar zor olduğu takdir edilebilir. Hâkim anlaşmanın içeriğini ve tarafların amacını dikkate almak suretiyle sözleşmeyi yorumlayarak bir sonuca varacaktır. Belirlenen miktar ile zararın olası maksimum miktarının özellikle dikkate alınması ayrıca belirtilmektedir³³.

İki kurum arasındaki farkı belirleyen bu temel kıstas ve buna yardımcı başka unsurların³⁴ (örneğin, *just compensation*) varlığına rağmen şüpheli ve belirsiz olan bu alanda son derece zıt kararların bulunduğu da bir gerçektir³⁵. Şüphe halinde, tarafların anlaşmalarını ayakta tutma eğiliminin ağır bastığı ve sözleşmenin/klozun götürü tazminat sözleşmesi olarak kabul edildiği görülmektedir³⁶.

b. Fransız Hukuku

Tartışmanın en yoğun olduğu yer hiç şüphesiz Fransa'dır. Fransız Hukukunun etkisi altında olan Hukukların bu tartışmadan doğrudan etkilenmiş oldukları da bir gerçektir³⁷.

Fransız Medeni Kanunu "Des obligations avec clauses pénales" başlığı altın-

³¹ **Chitty**, N 26-109; **Pitch/Synder**, 6-3 (b).

³² **Chitty**, N 26-110; **Pitch/Synder**, 6-4 (a) ve (c/i). *Dunlop Pneumatic Tyre Co. V. New Garage & Motor Co.*, (1915), A.C. 79 at 86 (H.L.) "Though the parties to a contract who use the words 'penalty' or 'liquidated damages' may prima facie be supposed to mean what they say, yet the expression used is not conclusive. The Court must find out whether the payment stipulated is in truth a penalty or liquidated damages". *Wilson v. Love*, (1986), 1. Q.B. 630 "... that the used by the parties themselves is to be alltogether disregarded and I should say that, where the parties themselves call the sum made payable a penalty, the onus lies on those who seek to show that is to be payable as liquidated damages".

³³ **Chitty**, N 26-110.

³⁴ **Chitty**, N 26-110. Ayrıca bk. **Pitch/Synder**, 6-4.

³⁵ Bk. *Giesecke v. Cullerton*, (1917), 280 III 510, 117 N.E., 777 "No brach of the law is involved in more obscurity by contradictory decisions".

³⁶ **Benjamin**, s. 604 vd.; **Pitch/Synder**, 6-5 (b).

³⁷ Fransız Hukukundaki tartışmalar için bk. **Mazeaud Denis**, *La Notion de clause pénale*, Paris 1992, N 258 vd. Ayrıca bu konuda kısa, ancak kapsamlı değerlendirmesi için bk. **Pinto-Monteiro António**, *La clause pénale en Europe*, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Le contrat au début du XXI^e siècle, Paris 2001, s. 719 vd., s. 734 vd.

da 1226 ila 1233. maddeleri arasında cezai şartı düzenlemektedir. 1226. maddeye göre cezai şart, bir kimsenin sözleşmenin ifasını temin etmek için borcun ödenmemesi halinde vermeyi üstlendiği bir şeyi konu edinir (CCFr 1226 “*La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l’exécution d’une convention, s’engage à quelque chose en cas d’inexécution*”). 1226. maddeyi takip eden maddeler de cezai şartın hükümlerini düzenlemektedirler.

Bununla birlikte, cezai şarta ilişkin 1226 ila 1233. maddelerinden önce, “Borcun İfa Edilmemesinden Kaynaklanan Zarar ve Ziyan” (*Des dommages et intérêts résultant de l’inexécution de l’obligation*) başlığı altında yer alan 1152. madde sözleşme, borcun ifa edilmemesi halinde, ifa etmeyen kişinin tazminat olarak bir miktar para ödemesine ilişkin bir hüküm içeriyorsa, bu kararlaştırılan miktardan daha azı veya daha fazlası verilmez demektedir (CCFr 1152 I “*Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l’exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte, ni moindre*”). Sorun, ifa etmeme halinde ödenmesi/verilmesi gereken bir şeyden bahsedilen bu noktada başlamaktadır. Her iki madde de hem 1226 hem 1152, ifa etmemeyi konu edinmekte ve bu ifa etmeme halinde ödenmesi/verilmesi gereken bir şeyden bahsetmektedir. Dolayısıyla, her iki madde de aynı konuyu düzenleyen maddeler oldukları izlenimi vermektedir. Sorunun yoğunlaştığı yer burasıdır.

Cezai şartın ne olduğunu belirleyen 1226. maddeden sonra, 1229. madde, söz konusu maddeye bir özellik daha ekleyerek tartışmaya asıl zeminini kazandırmıştır. Söz konusu maddeye göre cezai şart, asıl borcun ifa edilmemesi halinde alacaklının uğrayacağı zarar-ziyanın (*compensation des dommages et intérêts*) karşılanmasına yöneliktir (CCFr 1229 I “*La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l’inexécution de l’obligation principale*”). İşte karışıklığın çıktığı asıl nokta burasıdır.

CCFr 1152. madde tazminat olarak ödenmesi gerekli olan bir miktar paranın sözleşme ile kararlaştırılmasından bahsederken, CCFr 1229 cezai şartın tazminatı karşılayan niteliğine atıf yapmaktadır. Her iki maddede tazminattan bahsediliyor olmasının etkisi ile Fransız Öğretisi ve Fransız etkisindeki ülkelerin Hukuklarında cezai şart ile tazminatın götürü olarak belirlenmesine ilişkin sözleşmelerin aynı ve tek bir sözleşme olduğu, cezai şartın hukuki niteliğinin tazminatın götürü olarak belirlenmesi olduğu savunulmuştur³⁸.

³⁸ **Baudry-Lacantinerie** Gabriel/**Barde** Louis, *Traité théorique et pratique de Droit civil, Des obligations*, 3^e éd., Tome II, Paris 1902, s. 432 “*La clause pénale et les dommages et intérêts conventionnels sont une et même clause sous des noms différents*”; **Laurent** François, *Principes de droit civil*, Tome XVII, 3^e éd., Bruxelles-Paris 1878, N 451 “*La peine n’est pas d’autre chose que l’évaluation des dommages-intérêts par convention*”. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi ve cezai şartın hukuki niteliği konusunda bk. **Erdem**, s. 16 vd.

Gerçek durumun ve kanuni düzenlemelerin bu yolda olmadığı ve iki kurumun birbirinden farklı olduğu uzun yıllar fark edilmemiş ve/veya görmezden gelinmiştir.

Fransız Medeni Kanunu'nu hazırlayanların, bu iki kurumun birbirinden farklı olduğunu bildikleri kanunun hazırlık çalışmalarından açıklıkla anlaşılmaktadır³⁹. Ayrıca bu fark, kanuna ilk şerh yazan hukukçular tarafından da belirtilmektedir⁴⁰. Daha sonraki süreçte bu açıklık ortadan kalkmış ve Fransız Hukukunda yaklaşık 150 yıl boyunca tartışılmadan kabul edilecek olan CCFr 1152 ve 1226 vd. maddelerinin aynı ve tek bir kurumu, cezai şartı düzenleyen hükümler oldukları anlayışı yerleşmiştir.

Gerçekte CCFr 1152 hükmü cezai şartı konu edinmemektedir. Aksine başka bir kuruma yani götürü tazminat sözleşmesine ilişkin bir düzenleme öngörmektedir. CCF 1152. madde hem yeri hem de içeriği itibarıyla cezai şarta ilişkin bir madde değil, tarafların muhtemel tazminatı önceden ve götürü olarak belirlemeleri halinde bunu sonuçlarından birini düzenleyen bir maddedir. Hatta bu hüküm ile Fransız Hukuku Kıta Avrupası Hukukları içinde götürü tazminat sözleşmesine ilişkin hüküm içeren ilk hukuktur denilebilir.

CCFr 1152 bütünü itibarıyla ele alındığı takdirde çok açık olarak görülmektedir ki, madde böyle bir belirleme halinde, belirlenen miktarın *kesinlik* ifade ettiğini belirtmektedir. Gerçekleşen zarardan daha fazla olması halinde bu miktar indirilemeyeceği gibi, daha az olması halinde de artı bir tazminat talep edilemez. Bu durum götürü tazminat sözleşmesinin temel karakteridir. Bu nedenle, 1804 Kanun Koyucusu bu durumun bilincinde olarak 1152 hükmünü getirmeyi uygun görmüştür. Oysaki cezai şart muacceliyet şartı olarak bir zararın meydana gelmesini gerektirmeyerek Borçlar Hukuku sisteminin genel anlayışına tamamen farklı bir düzenleme getirmektedir. Bu ayrı durum nedeniyle çoğu Kıta Avrupası Hukukları aşırı sözleşme cezasının indirilebilmesi imkânı getirmişlerdir.

CCFr 1152'nin cezai şarta ilişkin olduğu kabul edildiği takdirde, Kıta Avrupası Ülkeleri Medeni Kanunlarına takaddüm eden ve onlara çok önemli bir örnek oluşturan Fransız Medeni Kanunu'nun aşırı sözleşme cezası konusunda hâkime müdahale imkânı vermemesi, hatta muhtemel bir müdahaleyi *yasaklaması* 1804 Fransız Kanun Koyucusunun genel davranışına aykırı bir durum olarak ortaya çıkar. Dolayısıyla 1804 Fransız Kanun Koyucusunun

³⁹ Bk. **Fenet** Pierre-Antoine, *Recueil complet des Travaux préparatoires de Code civil*, Tome XIII, réimpression de l'édition 1827, Osnabrück 1968, s. 56 vd.

⁴⁰ Bunlar için bk. **Mazeaud**, N 260.

CCFr 1152 ile getirdiği hükmün cezai şarta ilişkin değil, götürü tazminat sözleşmesine yönelik olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca belirtilmelidir ki, söz konusu hüküm, kanuna uygun olarak kurulmuş olan sözleşmelerin, bunları yapanlar için kanun hükmünde olduklarını belirten genel kuralın özel bir tekrarından ibarettir (CCFr 1134 I “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites*”).

CCFr 1152 gibi bir hükmün cezai şarta ilişkin olarak algılanması ve bunun aşırı bile olsa sözleşme cezasının indirilmesine imkân vermediği şeklinde kabul edilmesi, doğal olarak, *yerindeliliğinin* tartışılmasına neden olmuştur. Bu tartışmaların bir sonucu olarak kanunun yürürlüğe girmesinden çok uzun bir süre sonra 1975 Kanun Koyucusu ilgili hükmü değiştirme ihtiyacı hissetmiş, hâkime sözleşme cezasının miktarını değiştirme yetkisi tanımıştır. Bu hükmü göre hâkim, 1152 I'nin hükmüyle tamamen tezat oluşturacak şekilde sözleşme ile belirlenen miktarı re'sen azaltıp, arttırabilir (CCFr 1152 II “*Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire*”). Bu davranışı ile 1975 Kanun Koyucusu, doktrinde kabul edildiği şekliyle CCFr 1152 hükmünü cezai şarta ilişkin kabul ederek, 1804 Kanun Koyucusunun farkında olduğu ayırımın artık bilincinde olmadığını göstermiştir⁴¹. Bu hükümlerle, diğer Kıta Avrupası Hukuklarından farklı olarak, sadece aşırı cezanın indirilmesiyle yetinmeyip, az cezanın da yükseltilmesi yetkisini (*re'sen*) hâkime tanımıştır. Fransız Kanun Koyucusu, ilk olarak bir kurum hakkında öğretide yanlış algılama ile oluşan (aşırı olsa bile ceza miktarına müdahale edilememesi gibi) bir sonucu benimsemiştir (*ifrat*). Daha sonra o hükmü gerçek yerine oturtmak yerine, öğretide kabul edildiği gibi benimseyerek yeniden düzenleme ihtiyacı hissetmiş ve bu düzenlemede sadece aşırı sözleşme cezasının indirilmesi ile yetinebilecek iken, az cezanın da hâkim tarafından re'sen arttırılması gibi bir sonucu benimsemiştir (*tefrit*).

Götürü tazminata ilişkin sözleşme ile cezai şartın tek ve aynı kurum olarak algılanmasına ilişkin ilk eleştiri, bu kurumların farklılıklarının bilincine varan Mestre'ten gelmiştir. Yazar, 1985 yılında yayınlanan makalesinde öğretiyi ve kanun koyucuyu eleştirerek iki kurum arasındaki farklılıkları ortaya koymuştur⁴². Yazarın haklı görüşü, akabinde taraftar bulmuş, 90'lı yılların başında Denis Mazeaud da cezai şart konusundaki tezinde bu görüşü des-

41 **Chabas** François, Préface à Mazeaud Denis, *La Notion de la clause pénale*, s. XV “*Le législateur ayant visiblement confondu les deux (clause pénale et évaluation forfaitaire de dommages et intérêts)*”.

42 **Mestre** Jacques, *De la notion de la clause pénale et de ses limites*, in *Revue trimestrielle de droit civil* 1985, 367 vd., 372 vd.

teklemiştir⁴³. Ancak yapılan bütün haklı ve yerinde eleştirilere rağmen hâkim öğreti halen klasik görüşünde ısrarlıdır⁴⁴.

c. İsviçre Hukuku

İsviçreli Hukukçular ve Mahkemeler, götürü tazminat sözleşmesinin bilincinde olarak, onun cezai şarttan farklı bir kurum olduğunu açıkça ortaya koymaktadırlar⁴⁵. Diğer bir ifade ile İsviçre’de sözleşme taraflarına kanunen tanınan sözleşme cezası kararlaştırmak imkânı yanında, *sözleşme serbestisi ilkesi* çerçevesinde tazminatın götürü olarak takdir edilmesi imkânı tanımak konusunda bir ihtilaf yoktur. Federal Mahkeme götürü tazminat konusundaki anlaşmanın kanun tarafından düzenlenmemiş, *sui generis* nitelikte bir anlaşma olduğunu açıkça belirtmektedir⁴⁶.

Cezai şart, borçlunun borcuna uygun davranmasını konu edinin onun üzerinde bir baskı oluştururken, götürü tazminat sözleşmesinin asıl ve ilk planında böyle bir amacı yoktur⁴⁷. O belki sonuçları itibarıyla, ikincil olarak, bu sonucu doğurabilir. Ayrıca sözleşme cezası, alacaklı borca aykırılıktan dolayı her hangi bir zarara uğramasa bile muaccel olurken, götürü tazminat sözleşmesinde buna imkân yoktur. Götürü tazminat sözleşmesi *mutlak surette* bir zararın varlığını gerekli kılar.

Bununla birlikte, İsviçreli Hukukçuların önemli bir kısmı, götürü tazminat sözleşmesi kararlaştırıldığı durumlarda alacaklının *zararın varlığı ve miktarını* ispattan muaf olduğu görüşünü benimsemektedirler⁴⁸. Ancak bu görü-

43 **Mazeaud**, N 258 vd.; **Geneviève Viney/Jourdin** Partice, *Traité de Droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 2^e éd., Paris, s. 441 vd., **Mazeaud** Henri et Léon/**Mazeaud** Jean/**Chabas** François, *Leçons de droit civil*, Tome II, Vol. I, *Obligations, Théorie générale*, 8^e éd., Paris 1991, N 641-3.

44 **Bénabent** Alain, *Droit civil, Les obligations*, 8^e éd., 2001, s. 283; **Carbonnier** Jean, *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, Les obligations*, Paris 2004, s. 2222; **Délébeque** Philippe, *Régime de la réparation, Modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle, Clause pénale*, in *Juris Classeur, Responsabilité civile*, Fasc. 212, art. 1146 à 1155 (Fasc. 22), s. 3 vd.; **Malinvaud** Philippe, *Droit des obligations*, 7^e éd., Paris 2001, s. 320; **Terré** François/**Simler** Philippe/**Lequette** Yves, *Droit civil, Les obligations*, 6^e éd., Paris 1996, s. 493.

45 **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, N 4071; **Schwenzer** Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Berne 1998, N 71.16; Konu hakkında, İsviçre Hukuku açısından, ayrıntılı bilgi için bk. **Fischer** Thomas, özellikle s. 100 vd.

46 BGE 109 II 462; BGE 83 II 525; BGE 46 II 399; GVP-SG 2002, N 50 “*Die Schadenspauschalisierung soll dem Gläubiger im Falle einer Schadenersatzpflicht den Nachweis des Schadenseintritts und –umfangs erübrigen, setzt also, anders als die Konventionalstrafe, die Entstehung eines Schadens voraus*”.

47 **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, N 4071.

48 **Engel**, s. 862; **Gauch**, N 709; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, N 4071; **Bucher**, s. 525.

şün kabul edilmesi, götürü tazminatın muaccel olması için bir zararın gerçekleşmesinin gerekli olmadığı anlamına gelmez. Bu görüşe göre sözleşme, sadece alacaklıyı zararın varlığını da ispattan muaf tutar. Ancak borçlu her hangi bir zararın meydana gelmediğini ispat ederek yine de sorumluluktan kurtulabilir. Dolayısıyla, götürü tazminat sözleşmesi tazminat miktarını götürü olarak belirlemek dışında, zararın varlığı konusundaki *ispat yükünü de tersine çevirir*.

Her iki kurum arasındaki fark açık olarak ortaya konulmakla birlikte, İsviçre’de her iki kurum arasındaki ilişki konusunda ikincil noktada tartışmalar da yaşanmaktadır. Her iki kurumun birbirine olan yakınlığı ve cezai şartın işlevlerinden birinin muhtemel tazminatın götürü olarak belirlenmesi olması nedeniyle İsviçreli Hukukçular, cezai şarta ilişkin hükümlerin götürü tazminat sözleşmesine uygulanıp uygulanamayacağı konusunda ikiye bölünmüştür. Cezai şarta ilişkin hükümlerden uygulanması konusunda tartışma yaratan hüküm aşırı cezanın indirilmesine ilişkin OR 163 III (BK 160 III) hükmüdür.

İsviçre’de hâkim öğreti⁴⁹ açık gerekçeler ileri sürmeden, aşırı cezanın indirilmesine yönelik hükmün götürü tazminat sözleşmesine de uygulanması gerektiği görüşündedir. Federal Mahkeme ise bu konudaki görüşünü çok açık bir şekilde ortaya koymamıştır.

d. Alman Hukuku

Geçen yüzyılın ortalarına kadar Kıta Avrupası Hukuklarında götürü tazminat konusunda sözleşme konusunda açık bir tanımlama ve tartışmaya ve özellikle kurumun cezai şart ile olan ilişkisine değinilmemiştir. İki kurum arasındaki ilişkiyi ciddi olarak ilk irdeleyen Hukuk Alman Hukuku olmuştur⁵⁰. Konuya ilişkin 1969 yılındaki prensip kararında Alman Yüksek Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) her iki kurum arasındaki ilişkiyi belirleyerek, temel farklılıkları ortaya koymuştur⁵¹. Öğreti de ağırlıklı olarak mahkeme ile aynı

⁴⁹ **Gauch/Schluap/Schmid/Rey**, N 4071; **BaK-Ehrat** OR Art. 160 N 12; **Schwenzer**, N 71.16. Aksi görüş **Koller** Alfred, *Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)*, in Koller Alfred (éd.), *Bau- und Bauprozessrecht Ausgewählte Fragen*, St. Gallen 1996, N 18; **Erdem**, 49.

⁵⁰ Konu hakkında, Alman Hukuku açısından, ayrıntılı bilgi için bk. **Fischer** Detlev, *Vertragsstrafe und vertragliche Schadenersatzpauschalierung*, Frankfurt am Main 1981, özellikle s. 42 vd., ayrıca bk. **Pinto-Monteiro**, s. 729 vd.

⁵¹ BVerfG, NJW 1970, s. 29 vd., s. 32 “[...] wenn die Zahlung des versprochenen Betrages in erster Linie die Erfüllung des Hauptvertrages sichern und auf den Vertragsgegner einen möglichst wirkungsvollen Druck ausüben soll, alle vertraglich übernommenen Verpflichtungen einzuhalten. Eine Schadenspauschalabrede liegt dagegen vor, wenn sie der vereinfachenden Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Vertragsanspruches dienen soll [...]”. Ayrıca bk. BGH, NJW 1992, s. 2625; BGHZ 49, s. 84 vd., s. 89; BAG, NJW 1967, s. 751.

görüştür⁵². Mahkemenin ortaya koyduğu bu temel farklılıklar, kıstaslar daha sonra İsviçre Hukukunda da kabul görerek benimsenmişlerdir⁵³.

Yüksek Mahkemeye göre şayet, tazminat belirli bir miktar olarak öngören sözleşme, özel olarak borçlunun borcuna uygun davranmasına yönelik bir baskı içeriyorsa cezai şart söz konusudur. Zira bu nitelik cezai şart kurumuna aittir. İlk planda, yani tarafların *asıl amaçlarıyla* sözleşmede böyle bir baskının görüldüğü hallerde anlaşma cezai şart olarak nitelendirilmelidir⁵⁴.

Buna karşılık tarafların amacı sadece tazminatı baştan belirli bir miktar olarak öngörmekten ibaret ise *sui generis* nitelikte bir sözleşme olan götürü tazminat sözleşmesi ile karşı karşıya bulunmaktadır. Götürü tazminat sözleşmesi ile taraflar ileride doğması muhtemel tazminat miktarını belirleyerek, sadece bu konudaki *hakkın elde edilmesini basitleştirmektedirler*⁵⁵.

Mahkemenin belirttiği *ikinci kıstas* ise götürü tazminat sözleşmesinin *zararın varlığını* zorunlu kıldığıdır⁵⁶. Şayet sözleşme her hangi bir zararın meydana gelmemesi halinde bile tazminatın ödenmesini gerekli kılıyorsa cezai şart söz konusudur. Ancak belirtmek gerekir ki, Almanya'daki ağırlıklı doktrin, İsviçre'de olduğu gibi, götürü tazminat sözleşmesinin alacaklıyı zararın varlığını da ispattan muaf tuttuğu yönündedir⁵⁷. Yine belirtmekte yarar görüyoruz ki, bu görüş kabul edildiğinde bile, bu durum ancak zararın varlığının ispatı konusundaki *ispat yükünün tersine çevrilmesi* anlamındadır. Götürü tazminat sözleşmesi gündemde olduğu her durumda borçlu, her hangi bir zararın meydana gelmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁵⁸.

İki kurum arasındaki fark çok açık bir biçimde ortaya konulmuş olmakla birlikte, Alman Hukukunda da tartışma, genel olarak cezai şarta ilişkin hükümlerin, özel olarak ise aşırı cezanın indirilmesine ilişkin hükmün (BGB §

52 Münchener Kommentar (MünchK)-**Gottwald** BGB Vorb. § 339 N 30; **Beuthien**, s. 498; **Bötticher** Eduard, *Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle*, in Zeitschrift für Arbeitsrecht 1970, s. 3 vd.; **Hess** Claus, *Die Vertragsstrafe*, Berlin 1993, s. 238 vd; **Brox** Hans, *Allgemeines Schuldrecht*, 28. Aufl., München 2002, § 11 N 8; **Schlechtriem** Peter, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen 1992, N 412. Farklı yönde görüşler için bk. **Fischer** Detlev, s. 72 vd.

53 Bk. **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, N 4071.

54 BVerfG, NJW 1970, s. 29 vd., s. 32.

55 BVerfG, NJW 1970, s. 29 vd., s. 32.

56 BVerfG, NJW 1970, s. 29 vd., s. 32; MünchK-**Gottwald** BGB Vorb. § 339 N 30.

57 Örneğin MünchK-**Gottwald** BGB Vorb. § 339 N 30; **Hess**, 163 vd.; **Larenz**, s. 383.

58 BVerfG, NJW 1970, s. 29 vd., s. 32; MünchK-**Gottwald** BGB Vorb. § 339 N 30; **Beuthien**, s. 500.

343) tazminatın götürü olarak belirlenmesi sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağı noktasına odaklanmıştır.

Alman Hukukunda tartışmanın ilk devrelerinden günümüze kadar devam etmekte olan hâkim görüş⁵⁹ aşırı cezanın indirilmesine ilişkin hükmün götürü tazminat sözleşmesine uygulanamayacağı yolundadır. Yüksek Mahkeme de götürü tazminat sözleşmesinin niteliğini belirlediği kararlarında bu görüşü benimsemektedir. Aşırı cezanın indirilmesine ilişkin BGB § 343 münhasıran cezai şartta ilişkin bir hüküm olup, bu hükmün *sui generis* nitelikteki götürü tazminat sözleşmesine uygulanmasına imkân yoktur⁶⁰.

Hâkim görüş karşısında yer alan Hukukçular ise⁶¹, Yüksek Mahkeme tarafından ortaya konulan ve öğreti tarafından da benimsenen ayırımın yanlış olduğunu savunmaktadırlar. Bu yazarlara göre BGB § 339 ila 345 hükümleri, sadece cezai şartı değil, tarafların amacının münhasıran tazminatın belirlenmesi olan sözleşmeleri de kapsamaktadırlar.

IV. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM, DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Türk Hukukunda götürü tazminat sözleşmesi kurumuna ilişkin doğrudan ve derinlemesine bir inceleme bulunmamaktadır. Ancak bu durum, kurumun Türk Hukukunda reddedildiği anlamına da gelmemektedir.

Tunçomağ, altmışlı yıllarda yazdığı Cezai Şart konulu eserinde, tazminatın götürü olarak belirlenmesine dolaylı olarak değinmektedir. Yazar, cezai şartın hukuki niteliğini incelerken, Fransız Hukukundan ve özellikle Peirano Facio'dan etkilenerek⁶², cezai şartın götürü tazminat niteliğinde olduğunu savunmuştur⁶³. Bu görüşüyle yazar, Fransız Hukukunda hâkim olan ve son dönemlerde çok köklü eleştiriler alan görüşe katılmış olmaktadır. Tunçomağ bu görüşü ile kısmen dahi olsa Yüksek Mahkemeyi de etkilemiştir. Yargıtay'ın bazı kararlarında, Tunçomağ'ın ileri sürdüğü bu görüşe atıf yaparak, cezai şartı götürü tazminat niteliğinde kabul ettiği görülmektedir⁶⁴.

⁵⁹ Örneğin MünchK-Gottwald BGB Vorb. § 339 N 30; Hess, 238 vd.

⁶⁰ BGH, NJW 1992, s. 2625; BGHZ 49, s. 84, s. 89. Genel İşlem Şartlarına İlişkin Kanunun (AGB-Gesetz) denetimine tabi sözleşmeler açısından farklı durum için bk. BGH, NJW 1976, s. 1886 vd.; Beuthien, s. 503. Ayrıca bk. BGH, NJW 2005, s. 1645 vd.

⁶¹ Esser Josef/Schmid Eike, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil I, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen*, Heidelberg 1995, s. 271 vd.; Fischer Detlev, s. 172 vd.

⁶² Peirano-Facio Jorge, *Nature juridique de la clause pénale dans les droits Français et Latino-Américain*, in *Revue internationale de droit comparé* 1949/1-2, s. 315 vd.

⁶³ Tunçomağ Kenan, *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul 1963, s. 29 vd.

⁶⁴ Yargıtay HGK 16.4.1986, 13-730/416, in Uçar Salter, *Cezai Şart ve Uygulaması*, İstanbul 1993, 139 vd.; 13. HD 15.12.1981, 7896/8497, in Karahasan M. Reşit, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt V, İstanbul 2004, s. 1048 vd.

Konuya dolaylı bir bakış da Oğuzman/Öz'den gelmektedir. Yazarlar, tarafların borca aykırılıktan önce, tazminatın tarzını ve miktarını belirledikleri anlaşmanın cezai şart anlaşması olduğunu söylemektedirler⁶⁵. Bu şekilde bir ifadeye eserin cezai şarta ilişkin bölümünde yer verilmiş olsa idi, burada cezai şartın bir işlevine atıf yapıldığı şeklinde bir yorum yapılabilirdi. Ancak bu belirleme kitabın borçların ifa edilmemesinin genel olarak sonuçlarının incelendiği bölümde, hükmedilecek tazminat başlığı altında verilmektedir. Bu nedenle, Oğuzman/Öz'ün cezai şart ile götürü tazminat sözleşmesi arasında bir ayırım yapmadığını söylemek yanlış olmasa gerektir. Arsebük de daha önceleri benzer görüşü dile getirmiştir⁶⁶.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, cezai şartın hukuki niteliğinin götürü tazminat olduğu yolundaki Fransız Hukukunda kabul edilen ve onun etkisi ile Türk Hukukunda da yukarıda belirttiğimiz yazarlar tarafından benimsenen görüş pek yerinde değildir. Cezai şartın işlevlerinden bir tanesinin tazminatın götürü olarak belirlenmesi olması, cezai şart ve tazminatın götürü olarak belirlendiği sözleşmeyi aynı sözleşme olarak nitelemeye yeterli değildir⁶⁷. Bu görüşün kabulü, öncelikle tarafların tazminatın götürü olarak belirlenmesi konusunda *sui generis* nitelikte bir sözleşme yapma imkânını engellemektedir. Bu durum ise, hukuki gerçeklik ve kanunun bütünü dikkate alındığında kabul edilemeyecek olan bir durumdur.

Fransız Hukukunda hâkim olan tazminatın götürü olarak belirlenmesi ile cezai şartı aynı kabul eden görüşe getirilen eleştiriler son derece yerindedir. İki sözleşme birbirinden farklıdır. Yine, bu alanda götürü tazminatın hukuki niteliği ve cezai şarttan farklılıkları konusundaki Alman Yüksek Mahkemesi ve Alman Hukukundaki hâkim görüş en yerinde ve Borçlar Hukuku sistemimize en uygun görüştür.

Tazminatın götürü olarak belirlenmesi sözleşmesi *sui generis* nitelikte bir sözleşme olarak sözleşmeye aykırılık halinde meydana gelmesi muhtemel zarar sonucunda ödenmesi gerekli olan tazminatın taraflara önceden, belirli bir miktar olarak kararlaştırma imkânı vermektedir. Tazminatın götürü olarak belirlenmesi sözleşmesinin konusu tazminatın miktarı olup, sorumluluğun diğer şartlarında bir değişiklik yapmaz.

Tazminatın götürü olarak takdiri sözleşmesi genel hükümlere (örneğin BK

⁶⁵ Oğuzman/Öz, s. 373.

⁶⁶ Arsebük Esat, *Borçlar Hukuku*, Cilt I-II, 3. Bası, Ankara 1950, s. 777.

⁶⁷ Cezai şartın hukuki niteliği konusunda bk. Erdem, s. 16 vd.; Karagöz Veli, *Hizmet Sözleşmesinde Cezai Şart*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2004, s. 14 vd.

19, 20; MK 23) tabîdir. Cezai şarta ilişkin hükümler, özellikle fazla zararın talep edilmesine imkân veren BK 159 II ve aşırı cezanın indirilmesine ilişkin BK 161 III bu sözleşmeye uygulanmaz.

Tazminatın götürü olarak belirlenmesinin temeli, sözleşmeye rengini veren unsur tazminat miktarının kesin bir şekilde kararlaştırılmasıdır. Şayet taraflara, cezai şartta olduğu şekliyle, fazla zararın talep edilmesi imkânı tanınır, bu durum sözleşmenin temel amacının ortadan kalkması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir uygulama, sözleşmeye kanunun öngörmediği bir müdahale olarak taraf iradelerinin yok sayılması anlamına gelecektir.

Aşırı cezanın indirilmesine ilişkin hükmün uygulanması da aynı biçimde değerlendirilmelidir. Unutulmamalıdır ki, sözleşmeye müdahale edilerek aşırı ceza miktarının indirilmesi hâkimin normal yetkilerini aşan, istisnai bir yetkidir⁶⁸. Öngörülme amacı açısından değerlendirildiğinde de hâkimin aşırı cezaya müdahale imkânının götürü tazminat sözleşmesi alanında kabul edilmesine imkân yoktur.

Aşırı cezanın indirilmesine ilişkin kanuni düzenleme gerekçesini, özellikle cezanın muaccel hale gelmesi için herhangi bir zararın meydana gelmesine gerek olmamasında bulmaktadır. Kanun koyucu herhangi zarar olmasa bile kararlaştırılan cezanın talep edilmesine imkân vererek, borçlar hukuku sistemine cezai şart ile bir istisna getirirken öngördüğü bu istisnayı da kontrol altına almak istemiştir. Benzer bir gerekçe götürü tazminat sözleşmesi için kabul edilemeyeceği gibi, başka bir gerekçe de ilgili hükmün (BK 161 III) söz konusu sözleşme açısından uygulanmasını haklı çıkarmaktan uzaktır.

⁶⁸ Von Tuhr Andreas/Escher Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Band II, 3. Aufl., Bern 1974, s. 284.

**MEVZUAT ve KARAR
TAHLİLLERİ**

2005 OCAK-HAZİRAN MALÎ HUKUK KRONİĞİ

*Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK**

1) Motorlu taşıtlar vergisine esas olacak kasko sigortası değeri oranı % 5 olarak belirlendi.

31.12.2004 tarih 25687 (3. Mükerrer) sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 2004/8327 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu’nun 5’inci maddesindeki (I) sayılı tarifede yer alan otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzeri taşıtlar için, yıllar itibarıyla uygulanacak olan motorlu taşıtlar vergisi tutarları, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği tarafından her yılın Ocak ayında ilan edilen kasko sigortası değerlerinin % 5’ini aşması hâlinde, aynı yaş grubunda bulunan taşıtlara ait vergi tutarları, bir alt kademedeki taşıtlara isabet eden vergi tutarı olarak uygulanması kararlaştırılmıştır. 07.01.2005 tarih 25693 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 24 Seri Numaralı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu Genel Tebliği ile 14.12.2004 tarihli ve 2004/8327 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’na göre kasko sigortası değeri uygulamasının usul ve esasları açıklanmıştır.

2) Karayolları Trafik Muayene İstasyonlarında Yapılacak Araç Muayenelerinde Alınacak Harçlar Hakkındaki 1 sayılı Sirküler ile 01/01/2005 tarihinden itibaren muayene istasyonlarınca yapılacak araç muayenelerinde alınacak Teknik Muayene Harç tutarları aşağıdaki şekilde saptanmıştır:

a- Otobüs, kamyon, çekici ve tanker için	118 YTL.
b- Otomobil, minibüs, kamyonet, özel amaçlı taşıt, arazi taşıtı, römork ve yarı römork için	88,5 YTL.
c- Traktör (römorklu ve römorksuz), motosiklet, motorlu bisiklet için	47,2 YTL.

Ayrıca, 2918 sayılı Kanunu’n 35. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “Muayene süresi geçirilen her ay için muayene ücreti, yetki verilen gerçek veya tü-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

zelkişi ya da alt işleticiler tarafından, % 5 fazlası ile tahsil edilir. Ay kesirleri tam ay olarak hesap edilir.” hükmünün vergi dairelerince yapılacak harç tahsilatı sırasında dikkate alınmayacağı hükme bağlanmıştır.

3) 2 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Malî Müşavirlik ve Yeminli Malî Müşavirlik Kanunu Sirküleri 04.01.2005 tarihinde yayımlandı.

Bu düzenleme ile serbest bölgelerde faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin vergi mükellefiyetlerini tesis ettirmeleri, bu mükelleflerle tam tasdik sözleşmesi bulunan yeminli malî müşavirlerin de düzenleyecekleri raporların ayrı bir bölümünde serbest bölge kapsamında yapılan faaliyetlere ilişkin değerlendirmeye yer vermeleri gerektiği, münhasıran serbest bölgelerde faaliyette bulunan mükelleflerin istemeleri hâlinde yeminli malî müşavirlerden tasdik hizmeti almaları ve bu mükellefler hakkında yeminli malî müşavirlerin rapor düzenlemelerinin de mümkün olduğu belirtildi.

4) 2005 yılı değerli kâğıt bedelleri yeniden belirlendi.

05.01.2005 tarih ve 25691 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 22 seri numaralı Değerli Kâğıtlar Kanunu Genel Tebliği ile 210 sayılı Kanun’a ekli ve 5281 sayılı Kanun’la değişik Değerli Kâğıtlar Tablosu’nda yer alan değerli kâğıtların bedelleri, 01.10.2005 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere tespit edilmiş ve 5083 (4) sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin Para Birimi hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde Yeni Türk Lirası olarak belirlenmiştir.

5) 2005 yılı harç tutarları yeniden belirlendi.

05.01.2005 tarih ve 25691 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 46 seri numaralı Harçlar Kanunu Genel Tebliği ile maktu harç miktarları, 01.01.2005 tarihinden geçerli olmak üzere, 2004 yılı için % 11,2 olarak belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılmış ve YTL olarak Tebliğ ekindeki tarifelerde belirtilmiştir.

6) İhracattan doğan KDV iade alacağının mal veya hizmet alınan mükelleflerin vergi borcuna mahsubunun talep edilmesinden sonra bu talepten vazgeçilerek nakden iade istenilemeyeceği hakkında açıklamalar içeren 06.01.2005 tarihli 22 numaralı Katma Değer Vergisi Sirküleri yayımlandı.

7) 2 numaralı Motorlu Taşıtlar Vergisi Sirküleri ile panel van tipi ta-

şıtların tanımlanması ve vergilendirilmesi konusunda açıklamalar yapılmıştır.

8) 24 seri numaralı Motorlu Taşıtlar Vergisi Genel Tebliği ile (RG: 07.01.2005/25693) kasko sigortası değeri uygulamasının usul ve esasları düzenlenmiştir.

9) 23 numaralı Katma Değer Vergisi Sirküleri ile eğitim-öğretim hizmetlerinde KDV oranının % 18'den % 8'e indirilmesi nedeniyle, hizmetin 01.01.2005 tarihinden sonra ifâ edilen kısmına ait KDV farkının iade edilmesi hakkında açıklamalarda bulunulmuştur (07.01.2005).

10) Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Tayland Krallığı Hükümeti Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması ve Eki Protokol'un Onaylanması Hakkındaki 2004/8275 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 08.01.2005 tarih ve 25694 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

11) Türkiye Cumhuriyeti ile Lüksemburg Büyük Dükalığı Arasında İmzalanan Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması'nın Onaylanması Hakkındaki 2004/8309 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 08.01.2005 tarih ve 25694 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

12) 11.01.2005 tarihli ve 25697 sayılı Resmî Gazete'de Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanuna İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına İlişkin 2005/1 sayılı Tebliğ yayınlanmıştır.

Bu tebliğ ile 09/04/2003 tarihli ve 25074 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2003/1 sıra numaralı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'a İlişkin Tebliğ'in 2004/1 sıra numaralı Tebliğ ile değişik 6. maddesinde yer alan "üçyüzonmilyon liraya" ibaresi "üçyüzelli Yeni Türk Lirası'na" olarak değiştirilmiştir.

13) 6183 sayılı Kanun kapsamına giren borçlarına karşılık olarak bazı mükelleflerin taşınmazlarının Maliye Bakanlığı'na satın alınabilmesine ilişkin geçici 8. maddenin uygulanma esasları açıklanmıştır.

12.01.2005 tarih ve 25698 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 433 seri numaralı Tahsilat Genel Tebliği ile, 21.09.2004 gün ve 25590 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 5234 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 7. maddesinin (b) bendi ile 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe girmek ve 31.12.2007 tarihine kadar uygulanmak üzere eklenen, 6183 sayılı Kanun kapsamına giren borçlarına karşılık olarak bazı mükelleflerin taşınmazlarının Maliye Bakanlığı’na satın alınabilmesine ilişkin geçici 8. maddenin uygulanma esasları açıklanmıştır.

14) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16 ve 17. maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31.03.2005 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığının Duyurulmasına İlişkin 2005/1 numaralı Tebliğ yayımlanmıştır.

15) Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu Finansal Tabloların Sunuluşuna İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı Hakkında 1 ve 2 seri numaralı Tebliğ’leri yayımlanmıştır.

16) 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun geçici 2. maddesinin basit usulde vergilendirilen mükellefler yönünden açıklanması konusunda 13.01.2005 tarihli 29 numaralı Gelir Vergisi Sirküleri yayımlanmıştır.

17) 14 sayılı Damga Vergisi Sirküleri 14.01.2005 tarihinde yayımlanmıştır.

18) Yeminli Malî Müşavirlik ve Serbest Muhasebeci Malî Müşavirlik Sınav Yönetmeliği 16 Ocak 2005 tarihli ve 25702 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 18.01.2005 tarihinde 5272 sayılı Belediye Kanunu’nu şekil yönünden iptal etti ve yasal boşluğun doldurulması için yasama organına 6 ay süre verdi.

19) 24 numaralı Katma Değer Vergisi Sirküleri yayımlanmıştır.

14 Ocak 2005 tarihli Sirküler ile Aralık 2004 Vergilendirme Döneminden İtibaren Kullanılacak Olan 1 Numaralı (Gerçek Usulde Vergilendirilen Mükellefler İçin) Katma Değer Vergisi Beyannamesi’nin Düzenlenmesi konusunda açıklamalar yapılmıştır.

20) 93 seri numaralı Katma Değer Vergisi Genel Tebliği yayınlanmıştır.

19 Ocak 2005 tarihli ve 25875 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan tebliğ ile katma değer vergisi ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

21) Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı yayınlanmıştır (RG: 19.01.2005-25705 Mükerrer).

22) Anayasa Mahkemesi’nin Vergi Barışı ile ilgili kararı yayınlanmıştır. (RG: 10.02.2005-25723).

26.05.2004 tarihli ve 35/64 Sayılı kararda Yüksek Mahkeme şu sonuca ulaşmıştır:

“25.2.2003 günlü, 4811 sayılı “Vergi Barışı Kanunu”nun 14. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan “... veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler ...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 26.5.2004 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.”

23) Sinemalarda giriş biletleri ödeme kaydedici cihazlarla düzenlenmesine ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

12.2.2005 tarih ve 25725 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 63 Seri No’lu Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun’la İlgili Genel Tebliğ ile biletle girilen yerlere ilişkin eğlence vergisinin hesaplanması ve ödenmesine dair işlemlerin ödeme kaydedici cihaz kullanılarak yapılmasına ilişkin usul ve esaslar açıklanmıştır.

24) Vergi beyannamelerini elektronik ortamda doğrudan kendileri gönderebilecek mükelleflerin kapsamı genişletilmiştir.

14.2.2005 tarihinde yayınlanan 15 numaralı Vergi Usul Kanunu Sirküleri ile 340 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği’nde belirlenen esaslar çerçevesinde beyannamelerini elektronik ortamda doğrudan kendileri gönderebilecek mükelleflere ilave olarak, belirlenen aktif büyüklük ile net satış tutarı ölçüleri şartı aranılmaksızın katma bütçeli idareler, il özel idareleri, belediyeler ve bunlara bağlı iktisadi işletmeler, kamu iktisadi teşebbüsleri, devlet ve kamu iktisadi teşebbüsleri iştirakleri, döner sermayeli işletmeler, özerk kuruluşlar ile diğer kamu kurumları, noterler, muhasebeye ilişkin işlemleri, işletmede bağımlı olarak çalışan ve 3568 sayılı Kanun’a göre ruhsat

almış bulunan meslek mensupları tarafından yerine getirilen mükellefler, herhangi bir hadde ve sınırlamaya tabi olmaksızın, yeminli mali müşavirlerle tam tasdik sözleşmesi imzalamış olan mükelleflerin istemeleri halinde beyannamelerini elektronik ortamda doğrudan kendilerinin göndermesi uygun görülmüştür. Sirkülerde ayrıca yeminli mali müşavirler ile tam tasdik sözleşmesi yapmış olan mükelleflerin beyannamelerinin elektronik ortamda gönderilmesine ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

25) Ocak 2005 vergilendirme dönemine ait katma değer vergisi beyannamelerinin ilgili vergi dairesine verilmesi süresi 17.2.2005 tarihinde yayınlanan 26 numaralı Katma Değer Vergisi Kanunu Sirküleri ile 25 Şubat 2005 tarihine kadar uzatılmıştır.

26) 17.2.2005 tarihinde yayınlanan 27 numaralı Katma Değer Vergisi Kanunu Sirküleri ile indirimli katma değer vergisi oranına tabi mal teslimi ve hizmet ifası bulunan mükelleflerin, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29/2. maddesine göre 2004 yılı sonu itibariyle indiredikleri katma değer vergisinin iadesini talep edemeyecekleri konusunda açıklamalar yapılmıştır.

27) Ar-Ge indirimi uygulamasına ilişkin 86 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği yayınlanmıştır (RG:20.2.2005-25733).

28) 22.02.2005 tarihli ve 15 No'lu Kurumlar Vergisi Sirküleri ile kamuya yararlı derneklere sağlanan vergisel avantajlar 5253 sayılı Dernekler Kanunu çerçevesinde yeniden değerlendirilmiştir.

Bir derneğin kamuya yararlı dernek sayılmasına ilişkin şartlar 2908 sayılı mülga Dernekler Kanunu'nun 58. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktaydı. 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu'nda ise konu 27. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrası uyarınca, bir derneğin kamu yararına çalışan derneklerden sayılabilmesi için en az bir yıldan beri faaliyette bulunması, ve amacının ve bu amacı gerçekleştirmek için giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olması, gerekmektedir.

Kamuya yararlı dernek statüsü, ilgili bakanlıkların ve Maliye Bakanlığı'nın görüşü de alınarak İçişleri Bakanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu'nun kararı ile verilmektedir.

5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27. maddesi ile 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 58 ve 59. maddeleri paralel nitelikte hükümler ihtiva ettiği için,

2 numaralı Kurumlar Vergisi Sirküleri'nde yapılan diğer açıklamalar geçerliliğini sürdürmektedir.

29) Akaryakıt istasyonlarının pompalarının ödeme kaydedici cihazlara bağlanması için verilen süre Maliye Bakanlığı'nca 28.03.2005 tarihine kadar bir kez daha uzatıldı. Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanunla İlgili 64 Seri No'lu Genel Tebliğ yayımlandı. (RG: 25.2.2005/25738)

30) Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve İran Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın ve Eki Protokol'ün Onaylanması Hakkında 2005/8467 sayılı 4/2/2005 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı 25.2.2005 tarih ve 25738 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

31) 5303 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği Arasındaki Malî İşbirliği Çerçevesinde Temin Edilecek Malî Yardımların Uygulanmasına İlişkin Çerçeve Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun 26.2.2005 tarih ve 25739 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

32) 2005 Yılı Ocak Ayına Ait Yatırım Teşvik Belgelerinin Sektörel Dağılımı Hakkında Tebliğ 27.2.2005 tarih ve 25740 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

33) 2005 Yılı Ocak Ayında Verilen Belgeler ve Yararlandırılan Teşvik Unsurları Hakkında Tebliğ 27.2.2005 tarih ve 25740 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

34) Dış Ticarete Standardizasyon Tebliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında 2005/11 No'lu Tebliğ 27.2.2005 tarih ve 25740 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

35) Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Desteklenmesi Amacıyla Avrupa Konseyi Kalkınma Bankasından Sağlanan Krediyeye İlişkin Tamamlayıcı Anlaşmanın Yürürlüğe Girmesi Hakkında 2005/8526 sayılı Karar 2.3.2005 tarihli 25743 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

36) 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 51'inci Maddesine Göre Uygulanmakta Olan Gecikme Zammı Oranı % 3 olarak tespit edildi.

37) 94 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği 2.3.2005 tarihli 25743 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

5281 sayılı Kanun'la 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 23. maddede Milli Eğitim Bakanlığı'na bilgisayar ve donanımlarının bedelsiz teslimleri ile bunlara ilişkin yazılım teslimi ve hizmetleri, bu mal ve hizmetlerin başışı yapacak olanlara teslim ve ifası 31.12.2010 tarihine kadar katma değer vergisinden istisna edilmiş; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise istisna uygulamasına ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığı tarafından tespit edileceği hükme bağlanmıştır.

Bu hüküm uyarınca söz konusu istisnaya ilişkin usul ve esasları belirleme amacıyla Maliye Bakanlığı tarafından aşağıda metni yer alan 94 Seri no'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği yayınlanmıştır.

38) Anayasa Mahkemesinin 9.4.2003 tarih ve 4842 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 15. maddesiyle değiştirilen 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 121. maddesinin son fıkrasındaki "... vergi mahsup ve iadesine tâbi tutulacak mal ve hizmet alımlarını yukarıda sayılanlarla sınırlı olmaksızın tespit etmeye ..." ibaresinin ve 24. maddesiyle 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'na eklenen geçici 19. maddenin, ikinci tümcesindeki "... istisna uygulanacak miktara ilişkin alt sınır belirlemeye ..." ibaresinin Anayasa'nın 73. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptaline ilişkin 15.7.2004 tarihli ve 2003/33 E., 2004/101 K. sayılı kararı 2.3.2005 tarihli 25743 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandı.

39) İnternet kafelerden eğlence vergisi alınıp alınmayacağı hususuna 2.3.2005 tarihli ve 1 No'lu Belediye Gelirleri Kanunu Sirküleri ile açıklık getirildi.

Bilindiği gibi, 2464 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinde, belediye sınırları ile mücavir alanlar içinde yer alan eğlence işletmelerinin faaliyetlerinin eğlence vergisine tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun'un istisna ve muafıklara ilişkin 19'uncu maddesinin 5 numaralı bendinde de, bira, alkollü içki içilmeyen, satılmayan ve ruhsatnamelerde kahvehane, kiraathane, çayhane ve çay ocakları olduğu belirtilen yerler eğlence vergisinden istisna edilmiştir. Buna göre, internete bağlanma hizmeti veren, bira, alkollü içki içilmeyen, satılmayan ve ruhsatnamelerinde "Kahvehane" veya "İnternet Kafe" yazılı yerlerin eğlence vergisi ile yükümlü tutulmamaları hususu anılan sirküler ile tespit edilmiştir.

40) Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve

Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu çerçevesinde yeminli malî müşavirlerce tasdik raporu düzenlenmesi ve vergi beyannamelerinin meslek mensuplarınca imzalanması konularına ilişkin usul, esas ve işlemlerde dikkate alınacak hadleri yeniden belirleyen Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu 37 Sıra No'lu Genel Tebliği 3.3.2005.tarihli 25744 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

41) Elektronik ortamda gönderilmesi zorunlu beyannameler ve beyannamelerini elektronik ortamda göndermek zorunda olan mükellefler ve bu zorunluluğun başlama tarihi ilgili düzenlemeler içeren 346 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 3.3.2005 tarihli 25744 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

42) Ticari, zirai ve mesleki kazançları dolayısıyla gerçek usulde vergilendirilen gelir vergisi mükellefleri ile kurumlar vergisi mükellefleri için "Performans Derecelendirme Bildirimi" verme zorunluluğu Performans Derecelendirme Bildirimi uygulaması hakkında açıklamalar getiren 3.3.2005 tarihli 16 No'lu Vergi Usul Kanunu Sirküleri ile kaldırılmıştır.

43) 4.3.2005 tarihli ve 25745 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 434 Seri No'lu Tahsilat Genel Tebliği ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 48'inci maddesine göre tecil ve taksitlendirilen amme alacaklarına uygulanacak yıllık tecil faizi oranı yıllık % 30 olarak tespit edilmiştir.

44) Vadesinde ödenmeyen amme alacakları için % 3 oranında gecikme zammı öngören 2005/8551 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın uygulanması hakkında 4.3.2005 tarihli ve 25745 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 434 Seri No'lu Tahsilat Genel Tebliği ile Maliye Bakanlığı tarafından açıklamalar yapılmıştır.

45) Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Uygulanan Vergisel Teşvikler hakkında 4.3.2005 tarihli 16 No'lu Kurumlar Vergisi Sirküleri ile düzenleme yapıldı.

46) Türkiye Cumhuriyeti ve Federal Demokratik Etyopya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'nın Onaylanması Hakkında 2005/8520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 8.3.2005 tarih ve 25749 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

47) 22 Sıra No'lu Muhasebat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği Eki Cetvel ile ilgili düzeltme 9.3.2005 tarihli ve 25750 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

48) Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım Ve Dağıtımını Düzenleyen Yönetmelikte 11.3.2005 tarihli ve 25752 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtımını Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değişiklik yapıldı.

49) Dış Ticaret Müsteşarlığı 2005 Yılı Şubat Ayına Ait Vergi, Resim ve Harç İstisnası Belgelerinin (Y) Listesi ile İlgili Tebliğ 13.3.2005 tarihli ve 25754 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

50) 15 Mart 2005'te yayınlanan 5 No'lu Ödeme Kaydedici Cihaz Sirküleri'nde Akaryakıt pompalarına (LPG dahil) bağlanacak olan ödeme kaydedici cihazlar ile bunları üreten veya ithal eden firmaların ilanı, yükümlülüklerini süresinde yerine getiremeyen mükelleflerin yapacakları işlemler ve akaryakıt satışlarında kullanılacak belgeler konu edilmiştir.

51) Özel Tüketim Vergisi Beyannamesi ekinde vergi dairelerine verilen taahhütnamelerin yalnızca belli parayı ihtiva etmesi durumunda damga vergisine tabi olacakları hükme bağlandı. (15.3.2005 tarihli ve 15 No'lu Damga Vergisi Sirküleri)

52) Yatırım İndirimi İstisnaları uygulaması konusunda 15.3.2005 tarihli ve 32 No'lu Gelir Vergisi Sirküleri yayımlandır.

53) Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yayımlanan Dış Ticaret Sermaye Şirketlerine İlişkin Karar ile Dış Ticaret Sermaye Şirketi Statüsü verilen şirketler belirtildi

16.3.2005 tarihli ve 25757 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Dış Ticaret Sermaye Şirketlerine İlişkin Karar ile 95/7623 sayılı İhracat Rejimi Kararı'nın 3'üncü maddesinin (k) bendi uyarınca yürürlüğe konulan "İhracat 2004/12" sayılı Tebliğ'de belirtilen kriterler dikkate alınarak "Dış Ticaret Sermaye Şirketi" statüsü verilen şirketler belirtilmiştir. Aynı şekilde, bu Karar ile 18/4/2004 tarih ve 25437 sayılı Resmî Gazete'de, 21/5/2004 tarih ve 25468 sayılı Resmî Gazete'de, 8/6/2004 tarih ve 25486 sayılı Resmî Gazete'de, 15/7/2004 tarih ve 25523 sayılı Resmî Gazete'de, 7/8/2004 tarih ve

25546 sayılı Resmî Gazete’de, 21/9/2004 tarih ve 25590 sayılı Resmî Gazete’de, 9/11/2004 tarih ve 25638 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Dış Ticaret Sermaye Şirketlerine İlişkin Kararlar yürürlükten kaldırılmıştır.

54) Dış Ticarete Standardizasyon Tebliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında 2005/13 No’lu Tebliğ 19.3.2005 tarih ve 25760 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

55) 25 Kasım 2004 tarihinde Tunus’ta imzalanan “Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Serbest Ticaret Alanı Tesis Eden Ortaklık Anlaşması”nın onaylanması uygun bulundu

5318 sayılı Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Serbest Ticaret Alanı Tesis Eden Ortaklık Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun 19.3.2005 tarih ve 25760 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

56) İndirimli bina vergisi oranı uygulamasından yararlanmak için gereken belgeleri belediyeye verme süresi Mayıs ayı sonuna kadar uzatıldı. Bununla ilgili 3 Seri No’lu Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği 20.3.2005 tarih ve 25761 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

57) Geçici İthalat Sözleşmesi ve Ekleri kapsamında Türkiye’ye ATA karneleri ile geçici olarak ithal edilebilecek eşyaya ve ATA karnelerine gümrük idarelerince yapılacak işlemleri belirlemek amacı ile 21.3.2005 tarihli 25762 sayılı Resmî Gazete’de 4 Seri No’lu Gümrük Genel Tebliği (Geçici İthalat) yayınlandı.

58) Vergi Konseyi Yönetmeliği yayınlandı. (RG: 22.3.2005-25763)

59) Tekdüzen Hesap Planı ve İzahnamesi Hakkında Tebliğ’de değişiklik yapıldı.

24.3.2005 tarihli ve 25765 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Tebliği ile Tekdüzen Hesap Planı ve İzahnamesi Hakkında Tebliğ’de değişiklik yapılmıştır. Söz konusu Tebliğ ile yeniden değerlendirme değer artışı hesapları, alınan kar payları, Türk parası ve yabancı para hesapları hususlarında yeni açıklamalar getirilmiştir.

60) 24.3.2005 tarihinde Enflasyon Düzeltmesi Uygulaması konusunda 17 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği yayınlandı.

61) 26.3.2005 tarih 25767 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 4 Seri ve 35 Numaralı Tebliğ ile Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Olan Halka Açık Anonim Ortaklıkların Temettü ve Temettü Avansı Dağıtımında Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliğde değişiklik yapıldı.

62) 28.3.2005 tarih 25769 sayılı Resmî Gazete’de 2005 Yılı Şubat Ayına Ait Yatırım Teşvik Belgelerinin Sektörel Dağılımı Hakkında Tebliğ yayınlanmıştır.

63) 28.3.2005 tarih 25769 sayılı Resmî Gazete’de Hazine müsteşarlığı tarafından ayrıca 2005 Yılı Şubat Ayında Verilen Belgeler ve Yararlandırılan Teşvik Unsurları Hakkında Tebliğ yayınlanmıştır.

64) 1 Nisan 2005 tarihli 25773 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 8 Sıra No’lu 2005 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatı’nda, Elektronik ortamdan daha fazla yararlanılması, Bürokratik süreçlerin kısaltılarak iş süreçlerinin etkinleştirilmesi, Ödeme emirlerinin evrak olarak postalanmasından kaynaklanan zaman ve maliyet gibi sorunların ortadan kaldırılması, İta amirlerince bu amaçla imzalanan evrak sayısının azaltılması, hususlarına ilişkin genel esaslar düzenlenmiştir.

65) Türkiye Cumhuriyeti ve Afganistan İslami Geçiş Devleti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma onaylandı.

1 Nisan 2005 tarihli 25773 sayılı Resmî Gazete’de, 10 Haziran 2004 tarihinde Kabil’de imzalanan ve 3/2/2005 tarihli ve 5297 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan ekli “Türkiye Cumhuriyeti ve Afganistan İslami Geçiş Devleti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma”nın onaylanmasına ilişkin, Dışişleri Bakanlığı’nın 18/2/2005 tarihli ve EİGY/57289 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3’üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 7/3/2005 tarihinde 2005/8567 sayılı Karar yayınlanmıştır.

66) Türkiye Cumhuriyeti ve Güney Afrika Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma onaylandı.

1 Nisan 2005 tarihli 25773 sayılı Resmî Gazete’de, 23 Haziran 2000 tarihinde Ankara’da imzalanan ve 3/2/2005 tarihli ve 5299 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli “Türkiye Cumhuriyeti ve Güney Afrika Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma”nın onaylanmasına ilişkin, Dışişleri Bakanlığı’nın 25/02/2005 tarihli ve

EİGY/66057 sayılı yazısı üzerine, 31/05/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 8/3/2005 tarihinde 2005/8585 sayılı Karar yayınlanmıştır.

67) Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Uganda Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret, Ekonomik ve Teknik İşbirliği Anlaşması onaylandı.

2 Nisan 2005 tarihli 25774 sayılı Resmî Gazete'de 1 Eylül 2000 tarihinde Ankara'da imzalanan ve 7/4/2004 tarihli ve 5119 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Uganda Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Ticaret, Ekonomik ve Teknik İşbirliği Anlaşması"nın onaylanması hakkında Dışişleri Bakanlığının 25/02/2005 tarihli ve EİGY/65393 sayılı yazısı üzerine, 31/05/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 8/3/2005 tarihinde 2005/8586 sayılı Karar yayınlanmıştır.

68) 2 Nisan 2005 tarihli 25774 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 11 Seri No'lu Gümrük Genel Tebliği ile 10 Seri No.'lu Gümrük Genel Tebliği'ne ek yapıldı.

69) Türkiye Cumhuriyeti ile Gabon Hükümeti arasında imzalanan Genel Ticari, Ekonomik, Kültürel ve Teknik İşbirliği Anlaşması onaylandı.

21 Eylül 2000 tarihinde Libreville'de imzalanan ve 07/04/2004 tarihli ve 5120 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Gabon Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Genel Ticari, Ekonomik, Kültürel ve Teknik İşbirliği Anlaşması"nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 25/02/2005 tarihli ve EİGY/65724 sayılı yazısı üzerine, 31/05/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3'üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 14/3/2005 tarihinde 2005/8590 sayılı Karar ile kararlaştırılmıştır. Anılan Bakanlar Kurulu kararı 3 Nisan 2005 tarihli 25775 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

70) Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti arasında imzalanan Uzun Vadeli Ekonomik ve Ticari İşbirliği Anlaşması onaylandı.

13 Nisan 2004 tarihinde Ankara'da imzalanan ekli "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Uzun Vadeli Ekonomik ve Ticari İşbirliği Anlaşması"nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 17/02/2005 tarihli ve EİGY/63632 sayılı yazısı üzerine, 31/05/1963 ta-

rihli ve 244 sayılı Kanunun 3'üncü ve 5'inci maddelerine göre, Bakanlar Kurulu'nca 8/3/2005 tarihinde 2005/8583 sayılı Karar ile kararlaştırılmıştır. Anılan Bakanlar Kararı, 4 Nisan 2005 tarih ve 25776 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

71) Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 7 Nisan 2005 tarihli 25779 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

72) 7 Nisan 2005 tarihli 25779 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 347 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile Vergi mükellefleri tarafından kullanılan belgelerin basım ve dağıtım hakkında yönetmelikte değişiklik yapıldı.

73) 7 Nisan 2005 tarihli 25779 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 65 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği ile Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında 3100 sayılı Kanun uygulaması ile ilgili olarak, süresinde (YTL) ve (YKr)'a göre işlem yapacak tarzda düzenlenemeyen ödeme kaydedici cihazlar hakkında açıklamalar yapıldı.

74) Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında 2005/15 No'lu Tebliğ 12 Nisan 2005 tarih ve 25784 Resmî Gazete'de yayınlandı.

75) Belediyelerin görev alanlarında kalan taşınmaz kültür varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi amacıyla emlak vergisinin yüzde on (% 10)'u oranında tarh, tahakkuk ve tahsil edilecek Taşınmaz Kültür Varlıklarının Korunmasına Katkı Payının uygulama esasları belirlendi. (RG: 13 Nisan 2005-25785)

76) 5333 Sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun 14.04.2005 tarihinde TBMM'de kabul edildi.

77) Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği arasındaki mali işbirliği çerçevesinde temin edilecek mali yardımların uygulanmasına ilişkin "Çerçeve Anlaşma" 15 Nisan 2005 tarihli 25787 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylandı.

78) Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin desteklenmesi amacıyla Avrupa Konseyi Kalkınma Bankasından sağlanan kredinin 4'üncü dilimini teşkil eden toplam 7.000.000 Euro tutarındaki krediye ilişkin Türkiye Cumhuriyeti ile adı geçen Banka arasında imzalanan ekli

Tamamlayıcı Anlaşmanın, 05/04/2005 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe girmesi; Devlet Bakanlığı'nın 06/04/2004 tarihli ve 19853 sayılı yazısı üzerine, 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kanun'un 7'nci maddesine göre, 15 Nisan 2005 tarihli 25787 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 2005/8686 sayılı Karar ile Bakanlar Kurulu'nca 12/04/2005 tarihinde kararlaştırılmıştır.

79) 27/10/2001 tarihli ve 24566 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 8 Seri Nolu Gümrük Genel Tebliği (Gümrük İşlemleri)'nin 1'inci maddesinde yer alan "Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın (Petrol İşleri Genel Müdürlüğü)" ibaresi, 15 Nisan 2005 tarih ve 25787 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 36 Seri No'lu Gümrük Genel Tebliği ile "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun" olarak değiştirilmiştir.

80) Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Sermaye Piyasası Kurulu Tebliği (Seri: IV, No: 36), 15 Nisan 2005 tarih ve 25787 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

81) 44 Seri no'lu Damga Vergisi Kanunu Genel Tebliği 16 Nisan 2005 tarih ve 25788 sayılı ResmîGazete'de yayımlandı.

82) 1972 Konteynerlerle İlgili Gümrük Sözleşmesi'nin ve Geçici İthalat Sözleşmesi'nin Konteynerlerle İlgili Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Yönetmelik 16 Nisan 2005 tarih ve 25788 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

83) İhracat 2004/4 Sayılı Sektörel Dış Ticaret Şirketleri Statüsüne İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair İhracat: 2005/7 sayılı Tebliğ 16 Nisan 2005 tarih ve 25788 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

84) Banka ve finans kurumlarından temin edilen ve vadesi kullanıldığı yılı izleyen yıla sarkan kredinin faiz tutarının cari yıla isabet eden kısmının kurum kazancının tespitinde karşılık ayırmak suretiyle gider yazılıp yazılamayacağı konusunda Danıştay Üçüncü ve Dördüncü Daire kararları arasındaki aykırılığın, cari yıl kurum kazancının tespitinde gider olarak yazılabileceği gerekçesiyle Üçüncü Daire kararları doğrultusunda giderilmesi hakkındaki Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı 19 Nisan 2005 tarih ve 25791 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandı.

İçtihadı Birleştirme kararına konu 3. ve 4. Daire kararları şu şekilde idi:

Davacı şirketin, iş merkezinin Manisa'dan İstanbul'a taşınması üzerine, 1996 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen inceleme raporuna dayanılarak, aynı konuda aynı nedenlerle adına yapılan cezalı tarhiyata karşı açılan dava, İstanbul 6. Vergi Mahkemesince verilen 12.12.2000 günlü ve 1918 sayılı kararla; alınan kredinin ihtilafı yılda henüz vadesi dolmadığından tahakkuk etmemiş bulunan faiz giderlerinin kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınmasının, muhasebe kurallarına, safi karın tespitine, dönemselik ve tahakkuk esaslarına aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmiş ve bu karara karşı anılan hüküm fıkrası yönünden davacı tarafından yapılan temyiz istemi Danıştay Dördüncü Dairesince verilen yukarıda sözü edilen 6.6.2001 günlü ve 2484 sayılı kararla yerinde görülmeyle, karar onanmıştır.

Bilindiği üzere, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 39'uncu maddesi ve uygulamaya göre içtihatların birleştirilmesine karar verilebilmesi için, öncelikle isteme konu olan kararlar arasında aykırılık bulunduğu saptanması ve bu kararların süreklilik kazanması gerekmektedir, kararlar arasında aykırılıktan söz edebilmek için de maddi ve hukuki dayanakları aynı olmasına karşın, birbirine aykırı kararlar verilmiş olması aranmaktadır. (Dan. 4. D., 6.6.2001, 1414/2484)

Danıştay, 22/12/2004 tarihli ve 1/1 sayılı kararında şu sonuca ulaşılmıştır:

“Banka ve finans kurumlarından alınıp kullanıldığı yılın gelirinin oluşmasına da katkıda bulunan kredilerin, dayanağı sözleşmenin cari yılı kapsayacak şekilde yapılarak, bu dönemde kullanıldığı süre ve faiz oranına göre kesin olarak belli ve ilgili banka veya finans kuruluşuna karşı borçlanılmış olan faiz giderinin mahiyet ve tutar olarak kesinleşmiş ve hukuken istenebilir hale gelmiş olması nedeniyle Kurumlar ve Gelir Vergisi Kanunu ile Vergi Usul Kanununun vergilendirme ilkeleri doğrultusunda, cari yıl kurum kazancının tespitinde gider olarak yazılması gerekmektedir.

85) 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 21 Nisan 2005 tarihinde TBMM’de kabul edildi.

86) 21 Nisan 2005 tarihli 25793 sayılı Resmî Gazete’de 2005 Yılı Mart Ayına Ait Vergi Resim ve Harç İstisnası Belgelerinin Sektörel Dağılımı Hakkında Tebliğ yayınlanmıştır.

87) Türk Gümrük Tarife Cetvelinin yeknesak olarak uygulanmasının temini için bazı eşyaların Türk Gümrük Tarife cetvelinde sınıf-

landırılmasına ilişkin Gümrük Müsteşarlığı'nın Sınıflandırma Kararlarının duyurulması amacıyla 21 Nisan 2005 tarih ve 25793 sayılı Resmî Gazete'de 5 Seri No'lu Gümrük Genel Tebliği yayınlanmıştır.

88) "Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Karar'da Değişiklik Yapılmasına Dair Karar"ın yürürlüğe konulmasına ilişkin 2005/8680 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 22 Nisan 2005 tarih ve 25794 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

89) 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (I) sayılı listenin (A) cetvelinde 2710.11.45.00.00 ve 2710.11.49.00.00 G.T.İ.P. numaraları ile yer alan mallara yerli tarım ürünlerinden elde edilmiş 2207.20.00.10.13 ve 2207.20.00.10.14 G.T.İ.P. numaralarında yer alan "yakıt biyoetanolu" karıştırılmış olması halinde, ÖTV tutarlarının karıştırılan malın miktarının karışım miktarına oranı kadar eksik uygulanmasına ilişkin 2005/8704 sayılı Bakanlar Kurulu kararı 22 Nisan 2005 tarih ve 25794 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

90) 26.4.2005 tarihli ve 25797 sayılı Resmî Gazete'de Rekabet Kurumu Başkanlığı tarafından 4054 Sayılı Kanun'un 16 ve 17. Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının Artırıldığı'nın Duyurulmasına İlişkin 2005/1 ve 2005/2 Sayılı Tebliğlerde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ yayınlandı. (Tebliğ No: 2005/3)

91) 26.4.2005 tarihli ve 25797 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 2005/8716 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Özel Tüketim Vergisi oranları arttırıldı.

92) Bakanlar Kurulu'nca 25/4/2005 tarihinde 2005/8716 sayılı Karar ile hükme bağlanan ve 26/04/2005 tarihli 25797 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 25/4/2005 Tarihli ve 2005/8716 Sayılı Kararnamenin Eki Karar ile (IV) sayılı listede yer alan bazı mallara ilişkin özel tüketim vergisi oranları yeniden tespit edildi.

93) Rekabet Kurumu Başkanlığı tarafından idari para cezalarının arttırıldığı'nın duyurulmasına ilişkin tebliğlerde değişiklik yapıldı.

26.04.2005 tarih ve 25797 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 2005/3 sayılı tebliğ ile 4054 Sayılı Kanunun 16 ve 17'nci maddelerinde düzenlenmiş olan idari para cezalarının artırıldığı'nın duyurulmasına ilişkin 2005/1 ve 2005/2 sayılı tebliğlerde değişiklik yapılmış ve buna göre Ocak 2005 tarih ve 25698

sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış olan 2005/1 Sayılı Tebliğ’de geçen “31/03/2005” ibaresi “31/05/2005” olarak ve 31 Mart 2005 tarih ve 25772 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış olan 2005/2 Sayılı Tebliğ’de geçen “01/04/2005” ibaresi “01/06/2005” olarak değiştirilmiştir.

94) 27.04.2005 tarih 25798 sayılı resmî gazetede yayınlanan 5335 sayılı ve 21.4.2005 tarihli Kanun ile bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile mevzuata çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

95) 30.04.2005 tarih ve 25801 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Dış ticarete standardizasyon tebliği ile Gümrük Birliği gümrük bölgesi dışındaki ülkelerden gelen ürünlerin denetimleri düzenlenmiştir.

96) 2005 yılı Mart ayına ait Yatırım Teşvik Belgelerinin Sektörel Dağılımı hakkında tebliğ 2.5.2005 tarih ve 25803 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

97) 2005 Yılı Mart Ayında Verilen Belgeler ve Yararladırılan Teşvik Unsurları Hakkında Tebliğ 2.5.2005 tarih ve sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

98) Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliğinde değişiklik yapıldı. (RG: 3.5.2005-25804)

99) Gümrük Vergisi Askıya Alınması ve Avrupa Birliği Tarafından Tarife Kontenjanı Açılması Planlanan Ürünler listesi yayınlandı. (RG: 4.5.2005-25805)

100) Tekdüzen Hesap Planı ve İzahnamesi Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’e ilişkin düzeltme yapıldı. (RG: 4.5.2005-25805)

101) Türkiye Cumhuriyeti ile Fas Krallığı Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması onaylandı.

5.5.2005 tarihli 25806 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 5342 sayılı ve 29.4.2005 tarihli Kanunla Türkiye Cumhuriyeti ile Fas Krallığı Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması onaylandı.

102) Türkiye Cumhuriyeti ile Lübnan Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması onaylandı.

5.5.2005 tarihli 25806 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 5343 sayılı ve 29.4.2005 tarihli Kanunla Türkiye Cumhuriyeti ile Lübnan Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması onaylandı.

103) Aracı Kurumların Tedrici Tasfiye Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik yapıldı. (RG: 5.5.2005 tarihli-25806)

104) 7 Mayıs 2005 tarih ve 25808 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 2005/8730 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun 65, 74, 77, 84 ve ek 6’ncı maddelerinde belirlenen maktu harç tarifelerinin, belediye grupları itibarıyla Bakanlar Kurulu’na tespit edildi.

105) İran meşeli çeşitli cam eşyanın ithaline kısıtlama getirildi.

İthalatta Korunma Önlemlerine İlişkin 2005/4 No’lu Tebliğ Dış Ticaret Müsteşarlığı’nca yayınlandı.09.05.2005 tarih ve 25810 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan bu Tebliğ uyarınca, 09/05/2002 tarihli ve 24750 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İthalatta Gözetim ve Korunma Önlemlerine İlişkin 2002/3 sayılı Tebliğ kapsamında 70.13 Gümrük Tarife Pozisyon’lu “sofra, mutfak, tuvalet, yazıhane,ev tezyinatı ve benzeri işler için cam eşya”nın (soruşturma konusu madde) İran İslam Cumhuriyeti (İran) menşeli olanlarının ithalatında 3 (üç) yıl süre ile miktar kısıtlaması uygulaması başlatılmıştır.

106) İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin 2005/11 No’lu Tebliğ Dış Ticaret Müsteşarlığı’nca yayınlandı.

09.05.2005 tarih ve 25810 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Tebliğ Tebliğ, 4412 sayılı Kanunla Değişik 3577 Sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun (Kanun), 30/10/1999 tarihli ve 23861 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Karar (Karar) ve İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) ile 02/05/2002 tarihli ve 24743 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Yönetmeliğe Ek Madde Eklenmesine Dair Yönetmelik hükümleri çerçevesinde yürütülen dumping soruşturması sonucunda alınan karara esas teşkil edecek geçici bilgi ve bulguları içermektedir.

107) Ukrayna menşeli bakır tel ithalatını konu alan İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin 2005/12 No'lu Tebliğ Dış Ticaret Müsteşarlığı'nca yayınlandı.

09.05.2005 tarih ve 25810 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Tebliğ, Ukrayna menşeli "bakır teller, enine kesitinin en geniş yeri 6 mm'yi geçen, rafine edilmiş bakırdan olanlar"ın Türkiye'ye dumpingli fiyatlarla ithal edildiği, bu durumun yerli üretime zarar verdiği ve zarar tehdidi oluşturduğu iddiasıyla, bu ülke menşeli söz konusu maddenin ithalatına karşı önlem alınması istemiyle yapılan dumping başvurusu ile ilgili açıklamalar içermektedir.

108) Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilecek Her Bir Günü İçin Tahakkuk Ettirilecek Prim, Kesenek ve Karşılık Borcu Tutarının 5 Dolara Yükseltilmesi ilişkin 2005/8776 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 10.05.2005 sayı ve 25811 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

109) Sportif amaçlı bazı deniz ve hava araçlarının teslimlerinin KDV istisnasından yararlanamayacağı açıklandı.

10.05.2005 tarihinde 25811 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 31 No'lu Katma Değer Vergisi Sirküleri ile sportif amaçlı bazı deniz ve hava araçlarının tesliminin 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13/a maddesinde yer alan istisna hükmünden faydalanıp faydalanmayacağı konusundaki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır.

110) İthalatta Gözetim Uygulanmasına İlişkin 2005/7 No'lu Tebliğ Dış Ticaret Müsteşarlığı'nca yayınlandı. (RG: 11.05.2005-25812)

111) 348 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 12.05.2005 tarih ve 25813 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

112) 200 m²'yi geçmeyen tek meskene sahip hiçbir geliri bulunmayan mükelleflerin indirimli (sıfır) bina vergisi oranından yararlanabilmeleri için bir taahhünameyi ilgili belediyeye vermeleri artık yeterli olacak.

113) 10 Sıra No'lu 2005 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatı yayınlandı. (RG: 12.05.2005-25813)

114) 12.05.2005 tarihinde yayınlanan 35 no'lu Gelir Vergisi Sirküleri

ile Nisan 2005 dönemine ait aylık muhtasar beyannamenin verilme 26.05.2005 günü mesai saati sonuna kadar uzatıldı.

115) 13.02.2005 tarihinde yayınlanan 32 no'lu Katma Değer Vergisi Sirküleri ile Nisan 2005 vergilendirme dönemine ait Katma Değer Vergisi Beyannamelerinin verilme süresi 26.05.2005 günü mesai saati sonuna kadar uzatıldı.

116) Devlet Muhasebesi Standartları Kurulunun Yapısı ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik yayınlandı.

Bu Yönetmelik; Kurulun yapısı, çalışma usul ve esasları ile genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde uygulanacak muhasebe ve raporlama standartlarının oluşturulması, çerçeve hesap planı ile düzenlenecek raporların şekil, süre ve türlerinin belirlenmesi ve yayımlanması süreçlerine ilişkin olup 13.05.2005 tarih ve 25814 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

117) 31 Seri No'lu Belediye Gelirleri Kanunu Genel Tebliği yayınlandı.

2464 sayılı Kanununun 97'nci maddesinde, belediyelerin; bu Kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecektarifelere göre ücret almaya yetkili oldukları belirtilmiş olup, anılan tebliğ ile konuya ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Belediyelerin harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaları mümkün bulunduğu bununla beraber, ücretlerin hizmetten faydalananlardan yapılan hizmetin maliyeti göz önünde bulundurularak adalet, eşitlik ve genellik prensiplerine uygun olarak tespit edilmesi gerekliliği belirtilmiştir. Tebliğe, harç ve katılma payı konusu olan iş ve hizmetler için, belediyelerce bu kapsam dışında başkaca bir iş veya hizmet verilmeyen hallerde, harç ve katılma payı dışında her ne ad altında olursa olsun başka bir bedel alınmasının mümkün bulunmadığı öngörülmektedir.

118) 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun yayınlandı. (RG: 16.05.2005-25817)

119) Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair 5350 sayılı Kanun yayınlandı (RG: 18.05.2005 – 25819).

120) Türkiye - Avrupa Birliği Çerçeve Anlaşması Uyarınca Avrupa Birliği Tarafından veya Türkiye - Avrupa Birliği Tarafından Ortaklaşa Finanse Edilen Projeler, Faaliyetler ve Eylemler Kapsamındaki Mal ve Hizmet Teslimleri, İşler ve İşlemlerde Katma Değer Vergisi, Özel Tüketim Vergisi, Damga Vergisi ile Veraset ve İntikal Vergisi İstisnalarının Uygulanması'na ilişkin 1 Sıra No'lu Türkiye - Avrupa Birliği Çerçeve Anlaşması Genel Tebliği yayınlandı (RG: 20.05.2005-25820).

Avrupa Birliği (AB) ve Ülkemiz arasında, AB'nin finanse ettiği ya da Türkiye-AB ortak finansmanı ile yürütülen projeler, faaliyetler ve eylemler çerçevesinde yapılan mal ve hizmet alımları, işler ve işlemlere ilişkin Türkiye ile Topluluk arasındaki idari işbirliğine dair kuralların ortaya konulması amacıyla imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği arasındaki mali işbirliği çerçevesinde temin edilecek mali yardımların uygulanmasına ilişkin "Çerçeve Anlaşma", Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, 26.2.2005 tarih ve 25739 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 22.2.2005 tarih ve 5303 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 17.3.2005 tarih ve 2005/8636 sayılı Kararla onaylanmak suretiyle 15.4.2005 tarih ve 25787 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

121) 435 Seri No'lu Tahsilat Genel Tebliği yayınlandı (RG: 20.05.2005 - 25820).

5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici 9'uncu maddesi ile Mülga 8/7/1948 tarihli ve 5254 sayılı Muhtaç Çiftçilere Ödünç Tohumluk Verilmesi Hakkında Kanun ve ilgili Bakanlar Kurulu kararları uyarınca dağıtılan tohumlukların karşılığı olarak kullandırılan ancak süresinde tahsil edilemeyen ve Hazine alacağına dönüşen (haksız alındığı tespit edilenler hariç) ve Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine takip ve tahsil edilmek üzere bu maddenin yürürlük tarihinden önce intikal ettirilmiş bulunan kredi alacaklarının tahsiline yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

122) 23 Sıra no'lu Muhasebat Genel Müdürlüğü genel Tebliğ yayınlandı (RG: 21.05.2005 - 25821).

5335 sayılı Kanununun 2'nci maddesi ile 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanununa "Ek Madde 12" eklenmiştir. Söz konusu maddede, "Maliye Bakanlığınca belirlenen ekonomik kodlardan Devletin zimmetinde gerçekleşip, bütçe tertibi bulunmakla birlikte masrafın olduğu yer ve zamanda ödeneği bulunmayan harcama tutarları; dayanağını oluşturan harcama belgeleri de ek-

lenmek suretiyle usulüne göre tahakkuk ettirilir. Bu harcama tutarları, “Ödeneğine Mahsup Edilecek Harcamalar Hesabına” yazılarak “Bütçeleştirilmiş Borçlar Hesabına” kaydedilir. Bu şekilde hesaba alınan tutarlar, ödeneginin gelmesini müteakip bütçeleştirilmiş borçlar hesabından ödenir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığınca belirlenir.” hükmüne yer verilmiştir. Yukarıda belirtilen madde hükmünün uygulanması amacıyla 701- Ödeneğine Mahsup Edilecek Harcamalar Hesabı ile 323- Bütçeleştirilmiş Borçlar Hesabı ihdas edilmiş olup, anılan tebliğ ile söz konusu hesapların kullanımına ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

123) Reeskont işlemlerinde uygulanacak iskonto faiz oranı yıllık % 28, avans işlemlerinde uygulanacak faiz oranı ise yıllık % 30 olarak tespit edildi.

Bahis konusu oranlar 25.05.2005 tarih ve 25825 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca, Reeskont ve Avans İşlemlerinde Uygulanacak Yıllık Faiz Oranları Hakkında Tebliğ ile belirlenmiştir.

124) Dış Ticarete Standardizasyon Tebliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında 2005/22 No’lu Tebliğ 25.05.2005 tarih ve 25825 sayılı Resmî Gazete’de yayımlandı.

125) 8 Seri No’lu Özel Tüketim Vergisi Genel Tebliği yayımlandı.

26.05.2005 tarih ve 25826 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Tebliğ ile 4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (I) sayılı listenin (A) cetvelinde yer alan, 95 ve 98 oktan kurşunsuz benzine, yerli tarım ürünlerinden elde edilen yakıt bioetanolünün karıştırılması halinde, bu mallara ilişkin Özel Tüketim Vergisi tutarlarının, bioetanol karıştırılmamış mallar için belirlenmiş tutarların % 98’inden az olmayacağını belirleyen Bakanlar Kurulu Kararı ile verilen yekiye istinaden usul ve esaslar belirlenmiştir.

126) 12 Seri No’lu Gümrük Genel Tebliği (Gümrük Antrepo Rejimi) yayımlandı.

Gümrük vergileri alınmamış ve dış ticaret politikasına tabi tutulmamış eşyanın konulduğu genel antrepolar ile, her nevi petrol ürünü depolanan genel ve özel antrepoların etkin şekilde denetlenmesini sağlamaya yönelik Tebliğ, 26.05.2005 tarih ve 25826 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

127) Tarım ve Köyişleri Bakanlığına tahsisli arazi ve işletmelerin ta-

rimisal faaliyetlerde kullanılması amacıyla yatırımcılara tahsisinde ve değerlendirilmesinde uygulanacak esas ve usuller belirlendi.

Maliye Bakanlığı ile Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca 26.05.2005 tarih ve 25826 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Tebliğ ile, Hazinesinin özel mülkiyetinde olan veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki Tarım ve Köyişleri Bakanlığına tahsisli, veya başka bir kamu kuruluşuna tahsisli olduğu halde fiilen Tarım ve Köyişleri Bakanlığının kullanımında bulunan tarım arazileri, üretme istasyonları, araştırma enstitüleri ve laboratuvarlar gibi işletmelerin projeye dayalı olarak tarımsal yatırım yapmak ve/veya işletmek isteyen T.C. uyruklu gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin proje hazırlamasına, bu kişilere bedeli karşılığında ön izin verilmesine, kiralama yapılmasına, kullanma izni verilmesine ve irtifak hakkı tesisine ilişkin esas ve usulleri düzenlenmiştir.

128) Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 5354 no’lu Kanun yayınlandı. (RG: 28.05.2005-25828)

129) Dernekler tarafından bastırılacak Alındı Belgeleri, Gider Makbuzları, Ayni Yardım Teslim Belgeleri ve Ayni Bağış Alındı Belgelerinin seri ve sıra numaralarının belirlenmesi ile bu belgeleri basan basımevlerinin yükümlülüklerini belirlemeye yönelik Dernekler Tarafından Bastırılacak Alındı, Ayni Yardım Teslim ve Ayni Bağış Alındı Belgeleri ile Gider Makbuzları Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2005/1) İçişleri Bakanlığınca 28.05.2005 tarih ve 25828 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

130) İthalatta Gözetim Uygulanmasına İlişkin Tebliğ 2005/8 No’lu Tebliğ 28.05.2005 tarih ve 25828 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

131) Ticari Araçlarda Reklam Bulundurulması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 29.05.2005 tarih ve 25829 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

132) Hafif ticari araçlardan alınan Özel Tüketim Vergisi oranlarının artırılmasına da yol açan Gümrük Müsteşarlığı’nın düzenlemesinin yürürlüğü yeniden ertelendi.

Gümrük Müsteşarlığı’nın 21.04.2005 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan ve belirlenen koşulları taşıyan hafif ticari araçlar dahil oldukları tarife numarasını değiştiren ve bu taşıtlar üzerinden alınan Özel Tüketim Vergisi tutarlarının da değişmesine yol açan Tebliği’nin 21.04.2005 olan yürürlük tarihi

30.04.2005 tarih ve 25801 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6 Seri No’lu Gümrük Genel Tebliği (Tarife – Sınırlandırma Kararları) ile 01.06.2005 tarihine ertelenmişti. 31.05.2005 tarih ve 25831 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7 Seri No’lu Gümrük Genel Tebliği (Tarife - Sınırlandırma Kararları) ile uygulamanın başlangıcı 01.08.2005 tarihin ertelendi.

133) Orta Vadeli (2006 - 2008) Programa ilişkin 2005/8873 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 31.05.2005 tarih ve 25831 (2. mükerrer) sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

134) 5358 sayılı “İcra İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 01.06.2005 tarih ve 25832 mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

135) İthalat Rejimi Kararına Ek Karar’ın Yürürlüğe Konulmasına Dair 2005/8838 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 01.06.2005 tarih ve 25832 (1. Mükerrer) sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

136) 2005/23 sayılı Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği 02.06.2005 tarih ve 25833 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

137) Dış Ticarete Standardizasyon Tebliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında, 2005/18 sayılı Tebliğ 02.06.2005 tarih ve 25833 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

138) İthalatta Korunma Önlemlerine İlişkin 2005/5 No’lu Tebliğ 03.06.2005 tarih ve 25834 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

139) 2 Seri No’lu Yatırımların İstihdamın Teşviki Genel Tebliği 04.06.2005 tarih ve 25835 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

140) Dış Ticarete Standardizasyon Tebliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında, 2005/21 sayılı Tebliğ 04.06.2005 tarih ve 25835 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

141) İthalinde Tek Taraflı Kontrol Sistemi Kapsamında Kota Uygulanan Tekstil Ürünlerine Ait Kotaların İkinci Bölümünün Dağıtımı ve Yönetimine İlişkin 2005/8 No’lu Tebliğ 04.06.2005 tarih ve 25835 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

142) (3) Numaralı özel tüketim vergisi beyannamesinin değiştirilmesine ilişkin 1 No’lu Özel Tüketim Vergisi Sirküleri yayınlandı. Mali-

ye Bakanlığı yayınladığı sirküler ile alkollü içecekler, tütün mamulleri ve kolalı gazozlar üzerinden alınan özel tüketim vergisinin (3) numaralı ÖTV beyannamesi yerine, (3A), (3B) ve (3C) beyannameleriyle ayrı beyan edilmeleri mecburiyetini getirdi.

143) İthalatta Koruma Önlemlerine İlişkin 2005/6 No'lu Tebliğ 08.06.2005 tarih ve 25839 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

144) Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri: V, No: 80), 08.06.2005 tarih ve 25839 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

145) Sermaye Piyasası Araçlarının Kredili Alım, Açığa Satış ve Ödünç Alma ve Verme İşlemleri Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri: V, No: 81) 08.06.2005 tarih ve 25839 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

146) Dahilde İşleme Rejimi Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair İhracat: 2005/10 No'lu Tebliğ, 10.06.2005 tarih ve 25841 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

147) Dış Ticarete Standardizasyon Tebliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında 2005/26 No'lu Tebliğ, 14.06.2005 tarih ve 25842 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

148) İthalatta Gözetim Uygulanmasına İlişkin 2005/9 No'lu Tebliğ 16.06.2005 tarih ve 25847 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

149) 37 Seri No'lu Gümrük Genel Tebliği (Gümrük İşlemleri) 16.06.2005 tarih ve 25847 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 9'uncu maddesi uyarınca, ham petrol ve akaryakıt ithalatında miktar ve belirli teknik ölçümleri yapabilecek donanıma sahip yetkili gümrük idarelerine ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

150) Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri: V, No: 82) 16.06.2005 tarih ve 25847 sayılı Resmî Gazete'de yayınlandı.

151) Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliğinde

Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri: VI, No: 18), 16.06.2005 tarih ve 25847 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

152) Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri: VII, No: 26) 16.06.2005 tarih ve 25847 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

153) İhracat, İhracat Sayılan Satış ve Teslimler ile Döviz Kazandırıcı Hizmet ve Faaliyetlerde Vergi, Resim ve Harç İstisnası Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (İhracat: 2005/8), 17.06.2005 tarih ve 25848 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

154) 18.06.2005 tarih ve 25849 sayılı Resmî Gazete’de yayınlan 2005/8971 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Bazı Alanlar Mersin Teknoloji Geliştirme Bölgesi Olarak Tespit Edildi.

155) Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik 18.06.2005 tarih ve 25849 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

156) Otonom Tarife Kontenjanı Açılması Planlanan Ürünlere İlişkin 2005/23 No’lu İthalat Tebliği 19.06.2005 tarih ve 25850 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

157) Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar ile Başbakanlık Hazine Müsteşarlığının 91-32/5 Sayılı Tebliğine İlişkin 2005/2 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Genelgesi, 20.06.2005 tarih ve 25851 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

158) İthalatta Gözetim Uygulanmasına İlişkin 2005/10 No’lu Tebliğ 21.06.2005 tarih 25852 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

159) Türkiye Cumhuriyeti ile Fas Krallığı Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması’nın Onaylanması Hakkında 2005/8985 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı 22.06.2005 tarih ve 25853 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

160) Dış Ticarete Standardizasyon Tebliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında 2005/25 No’lu Tebliğ 22.06.2005 tarih ve 25853 sayılı Resmî Gazete’de yayınlandı.

161) 5021 sayılı Kanun'un bazı hükümleri Anayasa Mahkemesince iptal edildi.

16.12.2003 günlü, 5021 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Bankalar Kanunu Hükümlerine İstinaden Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi Hakkında Tesis Edilecek Bazı İşlemler Hakkında Kanun"un, 1. maddesiyle 4969 sayılı Yasa'nın Geçici 2. maddesinin değiştirilen (1) numaralı fıkrasının son paragrafının "... Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldırdığı tarihten geriye doğru bir ay içinde, kıyı bankalarındaki hesapları Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca sağlanan mevduat güvencesi kapsamına almak amacıyla matuf olarak, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına, muhabir bankaca karşılığı nakden veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan banka dışındaki bir başka banka aracılığıyla ödenmeksizin aktarıldığı tespit edilen hesaplar ile..." bölümü Anayasa Mahkemesi'nin 23.06.2005 tarih ve 25854 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan, 04.05.2005 tarih ve Esas: 2004/4 Karar: 2005/25 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

162) İthalatta Kota ve Tarife Kontenjanı İdaresine İlişkin 2005/3 No'lu Tebliğ, 24.06.2005 tarih ve 25855 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

163) İthalatta Gözetim Uygulanmasına İlişkin 2004/4 Sayılı Tebliğ'in Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Tebliğ 24.06.2005 tarih ve 25855 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

164) İthalatta Gözetim Uygulanmasına İlişkin 2005/11 No'lu Tebliğ, 24.06.2005 tarih ve 25855 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

165) İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin 2005/13 No'lu Tebliğ, 24.06.2005 tarih ve 25855 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

166) 38 Seri No'lu Gümrük Genel Tebliği (Gümrük İşlemleri) 25.06.2005 tarih ve 25856 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı.

167) Muhasebe Uygulama Yönetmeliğine İlişkin 15 Sayılı Tebliğ-Konsolide Malî Tabloların Düzenlenmesi, Bağlı Ortaklık, Birlikte Kontrol Edilen Ortaklık ve İştiraklerin Muhasebeleştirilmesi Standardında Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu'nca 27.06.2005 Tarih Ve 25858 Sayılı Resmî Gazete'de Yayınlandı.

168) Muhasebe Uygulama Yönetmeliğine İlişkin 19 Sayılı Tebliğ Özel Finans Kurumlarınca Kamuya Açıklanacak Malî Tablolar ile Bunlara İlişkin Açıklama ve Dipnotlar Standardı, Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu'nca 27.06.2005 Tarih ve 25858 Sayılı Resmî Gazete'de Yayınlandı.

169) İcra İflas Kanunu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik Yayınlandı.

29.06.2005 tarih ve 25860 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Yönetmelik ile, 11/4/2005 tarihli ve 25783 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği ekinde yer alan İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takipte Ödeme Emrine dair Örnek No: 9, Taşınmazın Açık Artırma Şartnamesi ve Tutanağına dair Örnek No: 26 ve Taşınmazın Açık Artırma İlânına dair Örnek No: 27 değiştirilmiştir.

170) Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 29.06.2005 Tarih ve 25860 Sayılı Resmî Gazete'de Yayınlandı.

171) Muhasebe Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik Yayınlandı.(RG: 22.6.2002-24793)

172) Özel Finans Kurumlarının Kuruluş ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik Yayınlandı. (RG: 30.6.2005-25861)

173) Büyükşehir Belediyeleri, Belediyeler ve Bunlara Bağlı Kuruluşlar ile Sermayesinin Yüzde Ellisinden Fazlası Büyükşehir Belediyelerine/Belediyelere Ait Şirketlerin Kamu Kurum ve Kuruluşlarından Olan Kamu ve Özel Hukuka Tabi Alacakları ile Bunların Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Olan Borçları Hakkında Takas, Mahsup ve Kesinti İşlemleri Genel Tebliği (Tebliğ No: 2005/1) Yayınlandı.

30.06.2005 tarih ve 25861 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Tebliğ, büyükşehir belediyeleri, belediyeler ve bunlara bağlı kuruluşlar ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlası büyükşehir belediyelerine/belediyelere ait şirketlerin Uzlaşma Komisyonu'na yapacakları başvuruların usul ve esaslarını belirlemek amacıyla hazırlanmıştır.

**KANUN TASARILARI
HAKKINDA GÖRÜŞLER**

DEVLET SIRLARI KANUN TASARISI HAKKINDA GÖRÜŞ*

Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün 30 Ocak 2004 tarihli yazıları ile Galatasaray Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı'na gönderilen "Devlet Sırları ve Gizli Kalması Gereken Bilgi ve Belgeler Hakkında Kanun Tasarısı" üzerine yapılan çalışma sonucunda Tasarı ile ilgili görüşleri ve Devlet Sırrı kavramına ilişkin ana ilkeleri içeren Anabilim Dalı'nın bir raporu Adalet Bakanlığı'na sunulmuştu. Bu yazıda söz konusu Tasarı'ya ilişkin görüş belirtilmektedir.

Bu görüş içerisinde önce Tasarı metni Anabilim Dalına gönderilmiş biçimi ile aynen belirtilmekte, daha sonra Anabilim Dalının her madde ile ilgili değişiklik önerisi ve bu öneriye bağlı açıklama niteliğindeki gerekçe yer almaktadır.

I- DEVLET SIRLARI KANUNU TASARISI

Amaç

Madde 1 - Bu Kanunun amacı, Devlet sırrının ve niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgelerin tanımı, mahiyeti, hangi makam ve kurullarca oluşturulacağı ve korunacağı, bu bilgi ve belgelerin yargı organlarına hangi hâllerde gönderileceği ve yükümlülüklerle ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

Kapsam

Madde 2 - Bu Kanun, Devlet sırrı ve niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle ilgisi bulunan bütün kamu kurum, kuruluş ve kurulları ile gerçek ve tüzel kişileri kapsar.

Devlet sırrı

Madde 3 - Devlet sırrı, yetkili bulunmayan kişilerce hakkında bilgi sahibi olunması hâlinde, Devletin güvenliği, millî varlığı, bütünlüğü,

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı'nın Görüşü.

anayasal düzeni ve dış ilişkilerini tehlikeye düşürebilecek her türlü bilgi ve belgelerdir.

1.11.1983 tarih ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 4 üncü maddesinde gösterilen görev ve faaliyetlerle ilgili olan bilgi ve belgeler birinci fıkra kapsamındadır.

Gizli kalması gereken bilgi ve belgeler

Madde 4 – 3 üncü madde kapsamında olmayan ancak niteliği itibariyle gizli kalması gereken, askerî makamlar tarafından tesis olunan savunma ve askerî konulara ilişkin işlemler, Devlet çapında veya kendi görev alanlarında istihbarat çalışmaları yapan kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen istihbarata dair görev ve faaliyetler, açıklanması ya da zamanından önce açıklanması hâlinde Devletin ulusal ekonomik politikasının yürütülmesine zarar verecek veya haksız rekabet ve kazanç sebep olacak bilgi ve belgeler ile diğer yetkili makamların faaliyetlerine ilişkin olarak özel kanunlarında gizli olduğu belirtilen bilgi ve belgelerdir.

Gizlilik derecelendirilmesi

Madde 5 - Bu Kanunun;

- a) 3 üncü maddesinde yer alanlara “çok gizli”,
- b) 4 üncü maddesinde yer alanlara “gizli” gizlilik derecesi verilir.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin müttefikleri olan yabancı ülkelerin ve dahil olduğu ittifaklar ile taraf olduğu uluslararası antlaşmaların gizlilik derecesi verdikleri bilgi ve belgeler, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu görevlilerine intikâl ettirildiğinde aynı gizlilik derecesine sahip olurlar.

Devlet sırrını belirleme yetkisi

Madde 6 - Aşağıda belirtilen makam ve kurullar kendi görev alanlarında Devlet sırrını belirleme yetkisine sahiptirler.

- a) Cumhurbaşkanlığı,
- b) Bakanlar Kurulu ve Bakanlıklar,
- c) Genelkurmay Başkanlığı,
- d) Millî Güvenlik Kurulu ve Genel Sekreterliği,

e) Misyon Şefleri,

f) Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı.

Yukarıda sayılan makam ve kurulların yetkili kıldığı amirler, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kendi görev alanlarına ilişkin konulardaki bilgi ve belgelere Devlet sırrı niteliği verebilirler. Ancak, belirleme tarihinden itibaren yedi gün içerisinde onay alınmaması hâlinde Devlet sırrı niteliği kendiliğinden ortadan kalkar ve niteliği itibarıyla taşınması gerektiği gizlilik derecesi yetkili makam ve kurul tarafından belirleninceye kadar “gizli” gizlilik derecesine göre işlem görür.

Gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri belirleme yetkisi

Madde 7 – 6 ncı maddede sayılan makam ve kurullar ile 4 üncü maddede ifade edilen kamu kurum ve kuruluşları, aynı maddede gösterilen işlem ve faaliyetleri ile ilgili bilgi ve belgelere “gizli” gizlilik derecesi vermeye yetkilidirler.

Süre

Madde 8 – 5 inci maddede belirtilen gizlilik dereceleri süreli veya süresiz olarak verilebilir. Süreli verilen gizlilik derecelerinin süreleri üzerinde belirtilir.

Gizlilik dereceleri veya süreleri bunları vermeye yetkili mercilerce veya üst mercilerince her zaman değiştirilebilir veya kaldırılabilir. “çok gizli” ve “gizli” gizlilik derecesi verilen bilgi ve belgeler bu niteliklerini muhafaza edip etmediklerini tespit amacıyla en geç iki yıllık sürelerle gözden geçirilir. Bu niteliklerini kaybettiği tespit edilen bilgi ve belgelerin gizlilik dereceleri değiştirilir veya kaldırılır. Aksine karar alınmadığı takdirde, gizlilik dereceleri, verildiği tarihten itibaren, “çok gizli” gizlilik dereceli bilgi ve belgeler otuz yıl, “gizli” gizlilik dereceli bilgi ve belgeler on yıl sonunda bu niteliklerini kaybederler.

5 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hâllerde süreler yönünden de karşılıklılık esası gözetilir.

Yükümlülük

Madde 9 - “Çok gizli” ve “gizli” gizlilik dereceli bilgi ve belgeler herhangi bir şekilde elde eden kişiler, bunları derhâl en yakın mülkî amire veya kolluk kuvvetleri makam ve mercileri ile yurtdışında misyon şeflerine teslim etmek veya bildirmekle yükümlüdürler.

“Çok gizli” ve “gizli” gizlilik dereceli belgelerin, ilgili kamu kurum, kuruluş ve kurulları mensupları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerin organları tarafından, korundukları yerlerden alınması ve özel amaçlarla saklanması caiz değildir.

Bu bilgi ve belgeleri alan makam ve merciler bunları geciktirmeksizin ilgili makama iletmekle yükümlüdürler.

Bilgi ve belgelerin yargı organlarınca istenmesi

Madde 10 - Yargı organlarınca talep edilen “çok gizli” gizlilik dereceli bilgi ve belgeler, bu Kanunun 6 ncı maddesinde belirtilen mercilerce gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebilir. Yargı organı tarafından bu gerekçe yeterli görülmediği takdirde, ilgili mercilerin en üst amirine müracaat olunabilir. İlgili mercilerin en üst makam ve kurulunun söz konusu bilgi ve belgeleri vermeme hususundaki kararı kesindir. Bu durumda, yalnızca verilmeyen bilgi ve belgelerle bağlantılı olan ilgili hakkındaki isnat, yetkili yargı organı tarafından dikkate alınmaz.

“Gizli” gizlilik dereceli bilgi ve belgelerin yargı organlarınca talep edilmeleri hâlinde gönderilmeleri esastır. Bu bilgi ve belgeler, 7 nci maddede belirtilen mercilerce gerekçesi açıklanmak suretiyle yargı organlarına gönderilmeyebilir. Ancak gönderilmeme gerekçesi yargı organınca yeterli bulunmadığı takdirde bu bilgi ve belgelerin gönderilmesi zorunludur. Gönderilen bilgi ve belgelerin taraflara incelettirilip incelettirilmemesi hususu, ilgili kanun hükümlerine tâbidir.

Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletler ile uluslararası kuruluşlara ilişkin bilgi ve belgeler birinci fıkra hükmüne tabidir.

Koruma yükümlülüğü

Madde 11 - 10 uncu maddeye göre yargı organlarına verilmesine karar verilen “çok gizli” veya “gizli” gizlilik dereceli bilgi ve belgelerin yargı organlarına intikali aşamasında yetkili makam veya mercii, teslim anından sonra da yargı organı bunların yetkisiz kişilerce elde edilmesini ve açıklanmasını önlemek için her türlü tedbiri alır.

3 ve 4 üncü maddeler kapsamına giren gizlilik dereceli belge ve bilgileri ilgili kamu kurum, kuruluş ve kurul mensupları görevin gerektirdiği haller dışında alamaz ve saklayamaz.

“Çok gizli” veya “gizli” gizlilik dereceli bilgi ve belgelerin ait oldukları veya gönderildikleri kurum, kuruluş ve yargı organlarında fiziki korunmalarının usul ve esasları yönetmelikle tespit edilir.

Ceza hükümleri

Madde 12 – Fiilleri ayrıca bir suç teşkil etmediği hâllerde, bu Kanun kapsamına giren “çok gizli” veya “gizli” gizlilik dereceli bilgi ve belgelerin, her ne surette olursa olsun teslimine, bildirimine, yetkisiz kişilerce elde edilmesine, açıklanmasına, korunmasına veya saklanmasına müteallik tedbir veya yükümlülükleri ihlâl edenler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Bu fiiller, tüzel kişilerin yetkili temsilcileri tarafından işlendiği takdirde, bunlar da aynı şekilde cezalandırılmakla beraber, tüzel kişi hakkında da on milyar liradan yüz milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur.

Birinci fıkrada yazılı fiillerin, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu tatbikinde memur sayılanlar tarafından işlenmesi hâlinde, fail hakkında ayrıca muvakkaten veya müebbetten memuriyetten men cezası verilir. Fiilin özel hukuk tüzel kişilerince işlenmesi hâlinde ise, tüzel kişilerin faaliyetlerinin bir yıldan beş yıla kadar durdurulmasına karar verilir.

Fiil, failin taksiri sonucunda meydana gelmiş ise, birinci fıkrada yazılı cezalar yarı oranında indirilir. Bu hâlde ikinci fıkrada yazılı cezalara hükmedilmez.

Yönetmelik

Madde 13 - Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde Başbakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle gösterilir.

Yürürlük

Madde 14 - Bu Kanun yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 15 - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

II- ANABİLİM DALININ ÖNERDİĞİ TASARI MADDELERİ VE BU MADDELERE İLİŞKİN AÇIKLAMA NİTELİĞİNDEKİ GEREKÇELER

Amaç

Madde 1: *Devlet organları ve idarenin faaliyetlerinde açıklık ilkesi esastır. Demokratik toplumun güvenliğini sağlamak amacıyla, Devlet sırları ve niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgi ve belgeler bu ilkenin dışındadır.*

Bu kanunun amacı, Devlet sırrının ve gizli bilgi ve belgelerin tanımını, hangi makam ve kurullarca **niteleneceği, belirleneceği** ve korunacağı, bu bilgi ve belgelerin yargı organlarına hangi **durumlarda** gönderileceği ve yükümlülüklerle ilişkin esas ve usulleri düzenlenmektedir.

Gerekeçe: 1. Kanunun başlığına “gizli kalması gereken bilgi ve belgeler” cümlecığı eklenmiştir. Devlet sırrı kavramının konunun tüm içeriğini tam olarak ifade etmemesi nedeni ile bu ekleme yapılmıştır.

2. Birinci bir fıkra eklenmiş ve bu fıkra Tasarıdaki düzenlemenin önüne getirilmiştir.

Amaç kavramı içerisinde Devlet ve idarede asıl olanın açıklık prensibi olduğu öncelikle belirtilmiştir. Aynı fıkroda Devletin en önemli niteliklerinden birinin demokratik olması gözönünde bulundurularak, bu kavram ilk fıkraya konulmuştur.

İkinci fıkroda madde içerisinde belirsiz bir kavram olan mahiyet sözcüğü çıkarılmış, oluşturma sözcüğünün bilgi ve belgelerin tesis edilmesinden sonra gereksiz kalabileceği düşünülerek bunun yerine ilgili makam ve kurulların nitelmesi ve belirlemesi fiillerine yer verilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, nitelme ve belirleme Tasarının 5. maddesindeki derecelendirme ve Fransız, İspanyol mevzuatlarında çok sık rastlanan “tasnif etme” (classifier) anlamında kullanılmıştır.

Kapsam

Madde 2: Bu kanun Devlet sırrı ve niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgi ve belgelerle ilgisi bulunan bütün kamu kurum, kuruluş ve kurulları ile gerçek ve tüzel kişileri kapsar.

Devlet Sırrı

Madde 3: Devlet sırrı, yetkili bulunmayan kişilerce bilgi sahibi olunması halinde, **milli savunma veya Devletin dış ilişkilerinde tehlike yaratacak her türlü bilgi, belge, nesne, eylem ve işlemlerdir.**

Gerekçe: 3. maddede yer alan “Devletin güvenliği”, “milli varlık”, “anayasal düzeni” ibareleri madde metninden çıkarılmıştır, çünkü bu ibareler soyut, geniş kapsamlı ve genel nitelik taşımakta ve her türlü bilgi ve belgenin içine girebileceği kavramlar özelliğinde bulunmaktadır. Kaldırılan bu kavramlar yerine sınırları daha belirgin, milli savunma ve Devletin dış ilişkileri ibareleri konulmuştur.

Fıkra içerisindeki “tehlikeye düşürmek” şeklindeki belirleme daha yakın bir varsayımı ortaya koymak bakımından “tehlike yaratacak” şeklinde değiştirilmiştir.

Bunun yanı sıra, sırrı sadece bilgi ve belgede gören yaklaşım yerine İspanyol ve Alman hukuk sistemlerinde öngörülen nesne, eylem ve işlem terimlerine yer verilmiştir.

İkinci fıkra madde metninden çıkarılmıştır. Tasarı halindeki bu düzenleme genel kanun olacağından sırla ilgili diğer kanun ya da düzenlemelerin buna uygun olması düşüncesi ile bu fıkra maddeden çıkarılmıştır.

Gizli kalması gereken bilgi ve belgeler

Madde 4: 3. madde kapsamında olmayan ancak yetkili makamların faaliyetlerine bağlı olarak özel kanunlarında gizli olduğu belirtilen bilgi, belge, nesne, eylem ve işlemlerdir.

Gerekçe: 4. maddede, gizlilik ile bağlantılı yetkili mercilerin tek tek sayılması usulü ortadan kaldırılmıştır. Bu çerçevede askeri, istihbarat ve iktisadi kuruluşlara ilişkin belirlemeler çıkarılmıştır; Çünkü maddenin sonunda yer alan yetkili makamlar kavramı içerisinde tüm makamlar girmektedir.

Görüşümüzce biçimlendirilen yeni madde, genel ve soyut niteliği itibarıyla tüm yürütme ve idari makamları içine alabilecektir. Ancak bunun da çok genel ve geniş olduğu düşünülmemelidir; Çünkü yetkili makamların gizlilikle ilgili kararları özel kanunlardan almaları öngörülmektedir ki, bu yaklaşım ile madde daraltılmaktadır.

Gizlilik derecelendirilmesi

Madde 5: Bu Kanunun;

- a) 3 üncü maddesinde yer alanlara “çok gizli”,
- b) 4 üncü maddesinde yer alanlara “gizli” derecesi verilir.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu ikili veya çok taraflı antlaşmaların gizlilik derecesi verdikleri bilgi ve belgeler, aynı gizlilik veya gizlilik derecesinin karşılığı olmadığı hallerde gizli derecesine sahip olurlar.

Gerekçe: 5. maddenin ilk fıkrasının b bendinde yer alan gizlilik kelimesi tekrara mahal vermemek için kaldırılmıştır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında bulunan “müttefiki olan yabancı ülkelerin ve dahil olduğu ittifaklar ile” şeklindeki cümlecik çeşitli yanlış anlamalara, Türkiye’nin egemenliğine bir çeşit müdahale şeklinde düşünülebilecek varsayımlara sebep olabilmesi yönünden kaldırılmıştır.

Aynı şekilde, “kamu kurum ve kuruluşları ile kamu görevlilerine intikal ettirildiğinde” şeklindeki cümlecik de gereksiz bir düzenleme biçimi olarak değerlendirilmiş ve kaldırılmıştır.

Buna karşılık, gizlilik derecesinin aynılığının yanı sıra gizlilik derecesinin karşılığı bulunmaması halinde bu belgelerin “gizli” olarak nitelenmesi hususu eklenmiştir.

Devlet Sırrını belirleme yetkisi

Madde 6: Bakanlar Kurulu, doğrudan doğruya veya kendi görev alanlarına giren hususlarda Bakanlıklar, Genelkurmay Başkanlığı, Millî Güvenlik Kurulu veya Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığının teklifi üzerine Devlet sırrını belirleme yetkisine sahiptir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, yukarıda sayılan makam ve kuruluşların kendi görev alanlarına ilişkin konulardaki bilgi ve belge, nesne, işlem ve eylemlere Devlet sırrı niteliği verebilirler. Ancak, belirleme tarihinden itibaren yedi gün içerisinde Bakanlar Kurulunun aynı yönde karar almaması halinde Devlet sırrı niteliği kendiliğinden ortadan kalkar ve niteliği itibariyle taşınması gerektiği gizlilik derecesi yetkili makam ve kuruluşlar tarafından belirleninceye kadar “gizli” derecesine göre işlem görür.

Gerekçe: Devlet sırrı niteliğinin belirlenmesinde çok yönlülüğü ortadan kaldırmak üzere, madde metninde bu hususta Cumhurbaşkanlığı, Bakanlıklar, Misyon Şefleri ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği’ne tanınan yetki, münhasıran doğrudan doğruya veya maddede sayılan makam ve kuruluşların teklifi üzerine Bakanlar Kuruluna tanınmıştır.

Nitekim, İspanyol hukukunda da 9/1968 sayılı, 05 Nisan 1968 tarihli Resmi Sırlar Hakkındaki Kanununun 4. maddesinde Devlet sırrını be-

lirleme yetkisi münhasıran Bakanlar Kurulu ve toplantı halindeki Kuvvet Komutanlarına aittir.

Gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri belirleme yetkisi

Madde 7: 4 ve 6. maddelerde yazılı makam ve kurullar kendi görev alanlarıyla ilgili bilgi, belge, nesne, eylem ve işlemleri “gizli” derecesi ile belirleme yetkisine sahiptirler.

Gerekçe: Maddedeki bu düzenleme 4. madde ile uyumlu hale getirilmiştir.

Süre

Madde 8: 5 inci maddede belirtilen gizlilik dereceleri süreli veya uzun süreli olarak verilebilir. Süreli verilen gizlilik derecelerinin süreleri üzerinde belirtilir. Uzun süreli gizlilik derecesi elli yılı geçemez.

Gizlilik dereceleri veya süreleri bunları vermeye yetkili mercilerce veya üst mercilerince her zaman değiştirilebilir veya kaldırılabilir. “Çok gizli” ve “gizli” derecesi verilen bilgi ve belgeler bu niteliklerini muhafaza edip etmediklerini tespit amacıyla en geç iki yıllık sürelerle gözden geçirilir. Bu niteliklerini kaybettiği tespit edilen bilgi ve belgelerin gizlilik dereceleri değiştirilir veya kaldırılır. Aksine karar alınmadığı takdirde, gizlilik dereceleri, verildiği tarihten itibaren, “çok gizli” gizlilik dereceli bilgi ve belgeler otuz yıl, “gizli” dereceli bilgi ve belgeler on yıl sonunda bu niteliklerini kaybederler.

5 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hâllerde süreler yönünden de karşılıklılık esası gözetilir.

Gerekçe: Tasarının 1. maddesinde de belirtildiği üzere kamu makamlarının yaptıkları işlem ve eylemlerde açıklık ilkesi esastır. Bu ilkenin sınırlandırılması ise demokratik toplumda güvenliğin sağlanması nedenine münhasır kılınmıştır. Bilgi edinme hakkı karşısında uzun yıllar bilgi veya belgelerin Devlet sırrı veya gizli olarak kalmasının şeffaflık ve açıklık ilkesi ile bağdaşmadığı düşünüldükçe 50 yıl içinde bu belgelere ulaşılabilir olması amaçlanmıştır.

Yükümlülük

Madde 9: “Çok gizli” ve “gizli” dereceli bilgi ve belgeleri herhangi bir şekilde elde eden kişiler, bunları derhâl en yakın mülkî amire veya yurtdışında misyon şeflerine teslim etmek veya bildirmekle yükümlüdürler. Bu bilgi ve belgeleri alan makam ve merciler bunları geciktirmeksizin ilgili makama iletmekle yükümlüdürler.

“Çok gizli” ve “gizli” dereceli belgeler, ilgili kamu kurum, kuruluş ve kurulları mensupları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerin organları tarafından korundukları yerlerden alınamaz ve özel amaçlarla saklanamaz.

Gerekçe: Madde metninden “kolluk kuvvetleri makam ve mercileri” ibaresi çıkarılmıştır.

“Devlet sırrı” ya da “gizli” derecesine sahip belgelerin bu nitelikleri göz önünde tutularak, yetkisiz kişilerin eline geçmesi halinde yalnızca en yakın mülki amire ve yurt dışında misyon şeflerine teslim edilmeleri ve bildirilmeleri öngörülmüştür.

Bilgi ve belgelerin yargı organlarınca istenmesi

Madde 10: Yargı organlarınca istenilen “çok gizli” gizlilik dereceli bilgi ve belgeler, bu Kanunun 6 ncı maddesinde belirtilen Bakanlar Kurulu veya makam ve kuruluşlar tarafından gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebilir. Yargı organı tarafından bu gerekçe yeterli görülmediği takdirde, Bakanlar Kuruluna başvurulur. Bu karar kesindir. Bu durumda, yalnızca verilmeyen bilgi ve belgelerle bağlantılı olan ilgili hakkındaki iddia ve isnat yetkili yargı organı tarafından dikkate alınmaz.

“Gizli” dereceli bilgi ve belgelerin yargı organlarınca talep edilmeleri hâlinde gönderilmeleri esastır. Bu bilgi ve belgeler, 7 nci maddede belirtilen mercilerce gerekçesi açıklanmak suretiyle yargı organlarına gönderilmeyebilir. Ancak yargı organının bilgi ve belgeyi yeniden istemesi halinde yetkili makam ve kurumların bilgi ve belgeyi göndermeme yönündeki ısrarı karşısında verilmeyen bilgi ve belgelerle bağlantılı olan ilgili hakkındaki iddia veya isnat yargı organı tarafından dikkate alınmaz.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletler ile uluslararası kuruluşlara ilişkin bilgi ve belgeler birinci fıkra hükmüne tabidir.

Gerekçe: Bilgi ve belgenin yargı organları tarafından istenmesi durumunda iki ayrı varsayım dikkate alınmalıdır.

- a. Yargı organı önünde dava sırrın ifşası üzerine açılmış olabilir.
- b. Sır niteliğindeki bilgi ya da belge başka bir suç isnadına veya hukuki talep ya da iddiaya bağlı olabilir.

Tasarının 10. maddesindeki düzenleme bunlardan daha çok birinci varsayıma ilişkindir. Bu durumda, yargıcın bilgi ve belgeyle bağlantılı isnadı dikkate almaması ve ceza davasını failin lehine sonuçlandırması yönündeki düzenleme gerçekten şüpheden sanık faydalanır temel yargılama kuralına da uygun olacaktır.

Buna karşılık, ikinci varsayım 10. madde tarafından tam olarak göz önünde tutulmamaktadır. Bu durumda yargıcın elindeki diğer delillerle karara gitmesi mümkün olacaktır.

Koruma yükümlülüğü

Madde 11: 10 uncu maddeye göre yargı organlarına verilmesine karar verilen “çok gizli” veya “gizli” dereceli bilgi ve belgelerin yargı organlarına intikali aşamasında yetkili makam veya mercii, teslim anından sonra da yargı organı bunların yetkisiz kişilerce elde edilmesini ve açıklanmasını önlemek için her türlü tedbiri alır.

Gerekeçe: Maddenin 2. fıkrasında yer alan “3 ve 4 üncü maddeler kapsamına giren gizlilik dereceli belge ve bilgileri ilgili kamu kurum, kuruluş ve kurul mensupları görevin gerektirdiği haller dışında alamaz ve saklayamaz” şeklindeki düzenleme, 9. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme karşısında tekrara mahal vermemek için metninden çıkarılmıştır.

Maddenin 3. fıkrası, Tasarının 13. maddesinde uygulamaya ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği hususu karşısında metinden çıkarılmıştır.

Ceza hükümleri

Madde 12: Fiilleri ayrıca bir suç teşkil etmediği hâllerde, bu Kanun kapsamına giren “çok gizli” veya “gizli” gizlilik dereceli bilgi ve belgelerin, her ne surette olursa olsun teslimine, bildirimine, yetkisiz kişilerce elde edilmesine, açıklanmasına, korunmasına veya saklanmasına müteallik tedbir veya yükümlülükleri ihlâl edenler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Birinci fıkrada yazılı fiillerin, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu tatbikinde memur sayılanlar tarafından işlenmesi hâlinde, fail hakkında ayrıca muvakkaten veya müebbeten memuriyetten men cezası verilir.

Fiil, failin taksiri sonucunda meydana gelmiş ise, birinci fıkrada yazılı cezalar yarı oranında indirilir. Bu hâlde ikinci fıkrada yazılı ceza-

lara hükmedilmez. Fiilin bilinçli taksir ile işlenmesi halinde verilecek ceza 9 aydan aşağı olamaz.

Gerekçe: Tasarıda maddenin birinci ve ikinci fıkralarının son cümleleri kaldırılmıştır. Fiilin tüzel kişiler tarafından veya bunlar içerisinde işlenmesi halinde tüzel kişilere de ayrıca ceza verilmesi bizce uygun bir yaklaşım değildir.

Maddenin son fıkrasına bilinçli taksir hali ayrıca eklenmiştir.

Gerek Türk Ceza Kanunu'nda ve gerekse özel kanunlarda (Milli İstihbarat Kanunu gibi) yeralan sırrı koruyucu ceza hükümlerinin bu madde içerisinde düzenlenip düzenlenmemesi ayrı bir sorun teşkil ettiğinden ve tasarımı çok daha geniş boyutlu bir hale getireceğinden, bu konuda şimdilik, durulmamıştır.

Yönetmelik

Madde 13: Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde Başbakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle gösterilir.

Yürürlük

Madde 14: Bu Kanun yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 15: Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

“YAPI KANUNU TASLAĞI” İLE İLGİLİ GÖRÜŞ*

I. GİRİŞ

17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen deprem felaketinden sonra, Marmara Bölgesi’nde oluşan kayıpların ana sebebinin plansız, kontrolsüz ve kalitesiz yapılaşma olduğu anlaşılmış; toplanan Deprem Şurası’nın ardından, ülkemizde yapılaşmanın gelişmiş devletlerin düzeyinde gerçekleşmesi amacıyla bir Yapı Kanunu hazırlanmasına karar verilmişti.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığı’nın 11 Temmuz 2006 tarih ve 1092 sayılı yazılarının Galatasaray Üniversitesi’ne göndermesi üzerine Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nın “Yapı Kanunu Taslağı” üzerinde yapmış olduğu çalışma bir rapor halinde ilgili Bakanlığa sunulmuştu. Bu yazıda söz konusu taslağa ilişkin görüş belirtilmektedir.

Aşağıda, Yapı Kanunu Tasarısı Taslağı, Medenî Hukuk kapsamında incelenmekte ve aynı zamanda kanun yapma tekniği açısından değerlendirilmektedir.

Görüş içinde taslak metni aynen yer almakta ve Medeni Hukuk Anabilim Dalı’nın taslakla ilgili önce görüşleri kanun metninden sonra açıklanmaktadır.

II. YAPI KANUNU TASARISI TASLAĞI

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Tanımlar, Genel Esaslar

Amaç

Madde 1- Bu Kanunun amacı; yapıların yapı bilimine, teknik, sanat, sağlık, güvenlik ve estetik kurallarına, mevcut tarihî ve kültürel dokuya uygun yapılmasına ve bu esaslar dahilinde her türlü yerleşimlerde yapılaşmanın sağ-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı’nın Görüşü.

lanmasına, yapı sürecine katılan tarafların yükümlülüklerinin ve sorumluluklarının belirlenmesine, afet zararlarına mukavemet edebilen dayanıklı yapı stoğuna sahip, güvenilir, sağlıklı yaşam çevrelerinin oluşmasına, yapı güvenliği ve yapı standartlarına temel unsur teşkil edecek ve plansız, kontrolsüz, kalitesiz yapılaşmayı engelleyecek usûl ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

Madde 2- Bu Kanun, her türlü yerleşimlerde her çeşit yapının bu kanuna uygun inşa edilmesine ilişkin iş ve yöntemlerin belirlenmesi, planlanması, projelendirilmesi ve gerçekleşmesine yönelik süreç, örgütlenme, yapım, denetim, yükümlülüklerin ve sorumlulukların belirlenmesi ile kullanımına ilişkin usul ve esasları kapsar.

Özel ihtisas gerektiren ve bina niteliğinde olmayan askerî yapılar, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, altyapı, boru iletim hattı, haberleşme ve nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma, dekupaj gibi her türlü inşaat işleri ile benzeri yapım işleri özel hükümlerine tabî olup, bu kanun kapsamı dışındadır.

Tanımlar

Madde 3- Bu Kanun'da geçen;

- a) Bakanlık: Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nı,
- b) İlgili İdare: Belediye ve mücavir alan sınırları içindeki yapı ve uygulamalar için Büyükşehir belediyeleri ile diğer belediyeleri, bu alanlar dışında kalan alanlarda Valilikleri ve yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni vermeye yetkili diğer idareleri,
- c) İlgili Mevzuat: İmar Kanunu ve bu Kanun ve bu Kanun uyarınca çıkarılan yönetmelikler ile yapı malzemeleri ve yapı denetimine ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, yerleşme ve yapılaşma ile ilgili uygulamaları belirleyen kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, standart, her ölçekte imar planı, plan notu, sözleşme, teknik şartname, genelge ve Bakanlıkça yapılacak diğer düzenlemeleri,
- d) Yapı: Karada ve suda, sürekli ve geçici, resmî ve özel, yer altı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilâve, değişiklik ve tamirlerini içine alan sâbit ve hareketli tesisleri,
- e) Bina: İçinde yaşamak veya çeşitli eylem ve işlevleri gerçekleştirmek üzere inşa edilen yapıları,

f) Yapı Sahibi: Yapı üzerinde mülkiyet hakkına veya sınırlı aynî hakka sahip olan gerçek veya tüzel kişiyi,

g) Yapım Süresi: Yapı ruhsatı ile yapı kullanma izninin alındığı tarihler arasındaki süreyi,

h) Yapı Sorumluları: Bu Kanun uyarınca yapılması mecburî olan sigortalarını yaptıran, yapım işlerinde görev alan proje müellifleri, yapı müteahhidi, varsa teknik danışman, şantiye şefi yapı denetim kuruluşu ve denetim sorumlusu mimar ve mühendisler ile kontrol ve yardımcı kontrol elemanları ve laboratuvar görevlilerini,

ı) Yapı İnşaat Alanı: Işıklık ve havalıklar hariç bodrum kat, asma kat ve çatı arasında yer alan mekânlar ve ortak alanlar dahil yapının inşa edilen tüm katlarının alanını,

i) Mimarlık ve Mühendislik Hizmetlerine Esas İnşaat Alanı: Teklif edilen yapının dış ölçüleri esas alınmak sùretiyle 4.5 metreye kadar olan yükseklikteki hacimler 1.0 emsal ile, 4.5 metreden fazla yükseklikteki hacimler 1.5 emsal ile, 9.00 metreden fazla yükseklikteki hacimler 2.25 emsal ile çarpılarak, balkon ve üstü örtülü teras alanlarının yarısı, bina dışında (giriş saçakları hariç) açık teraslar ile üstü kapalı yanları açık geçitler 0.25 olarak alan hesabına dahil edilmek suretiyle bulunan toplam alanı özel yapılarda kendi özelliğine göre belirlenecek alan ve ölçü sistemi,

j) Yapı Yaklaşık Maliyeti: Binalarda, Bakanlıkça her yıl yayımlanan mimarlık ve mühendislik hizmet bedellerinin hesabına esas yapı yaklaşık birim maliyetlerine ilişkin olarak ilgili mevzuatta belirtilen birim maliyet ile yapı inşaat alanının çarpımından elde edilen bedeli ve varsa yapı ile ilgili betonarme iksa, fore ve çakma kazık, istinat duvarı ve yapı malzemeleri gibi özellikli imâlatın toplam keşif bedelini, binalarda gerçekleştirecek değiştirme, güçlendirme ve esaslı onarım işlerinin keşif bedelini ve özel yapılarda ise maliyet bedelini,

k) Taşıyıcı Sistem: Yapıların betonarme, ahşap, çelik karkas gibi sistemlerle inşaa edilen temel, duvar, döşeme ve çatı gibi yük taşıyan ve aktaran bölümlerini ve istinat yapılarını,

l) Yapı Kusuru: Yapının imar mevzuatına, projesine, fen ve san'at kurallarına aykırı, eksik, hatalı, kusurlu veya standartlara uygun olmayan malzeme kullanılarak yapılmasından kaynaklanan, ve yapının kullanım süresi içinde ortaya çıkan kusuru,

m) Yapı Hasarı: Yapının kullanımdan kaynaklanan hasarlar hariç olmak

üzere, yapının fen ve san'at kurallarına aykırı, hatalı ve kusurlu yapılması sebebiyle yapıda meydana gelen ve yapının kullanımını engelleyen veya yapıda değer kaybı meydana getiren her türlü hasarı,

n) Yapı Projesi: Bir yapının inşa edileceği araziye ait zemin etütleri, mimarî, statik ve tesisatları ile bunları tamamlayan her türlü proje, detay ve raporları,

o) Yapı Ruhsatı: Belediye sınırları içinde veya dışında kalan yerlerde inşa edilecek yapılar için belediye veya valiliklerce İmar Kanunu, İmar Planı ve bu Kanun ve Yönetmelik hükümleri ve ilgili standartlara uygun olarak, yapı sahibi, yapı müteahhidi, şantiye şefi, tüm proje müellifleri ve yapı denetim kuruluşu yetkililerinin, denetim sorumlusu ve ruhsat veren ilgili idarenin mimar ve mühendislerinin imzası alınarak usûlüne uygun olarak düzenlenen belgeyi,

ö) Proje müellifi: Mimarlık, mühendislik tasarım hizmetlerini iştiğal konusu olarak seçmiş, yapının etüt ve projelerini hazırlayan gerçek kişiyi,

p) Yapı Denetim Kuruluşu: Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişiyi,

r) Yapı Müteahhidi: Ticarî amaçlı; şahsî, teknik ve mâlî kaynakları ile imkânlarını kullanarak veya taşeron eliyle yapım işini üstlenen, yapının planlara ve mevzuata, fen ve san'at kurallarına, ruhsat eki projelere uygun olarak ve bünyesindeki ilgili uzmanların ve sorumluların gözetimi altında inşa edileceğini yapı sahibine ve ilgili idareye taahhüt eden, ilgili ticaret odasına kayıtlı, Bakanlıkça belgelenmiş gerçek veya tüzel kişiyi,

s) Şantiye Şefi: Konusuna ve niteliğine göre yapım işlerini yapı müteahhidi adına yöneterek uygulayan, üyesi olduğu meslek odasınınca sicil kayıtları tutulan mimar veya inşaat mühendislerini,

ş) Teknik Eleman: Yapı, elektrik tesisatı, sıhî tesisat ve ısıtma, makine ve benzeri alanlarda hizmet verecek en az dört yıllık yüksek öğrenim veren okullardan mezun, mimar ve inşaat, makine ve elektrik mühendislerini,

t) Denetçi Mimar ve Mühendis: İlgili mühendis ve mimar meslek odalarına üyeliği devam eden ve Bakanlıkça denetçi belgesi verilmiş mimar ve mühendisleri,

u) Kontrol Elemanı: Bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapım işinin denetlenmesi hizmetlerini bizzat yapıda ve şantiye sahasında, işin büyüklük ve

önemine göre yeterli sayıda şantiye şefine veya denetçi mimar ve mühendislerle bağı olarak ve gerektiğinde onlara danışarak görevlerini yürütmekle yükümlü ve sicilleri ilgili meslek odasınca tutulan mimar ve inşaat, makine ve elektrik mühendislerini,

ü) Yardımcı Kontrol Elemanı: Kontrol sorumlusu mimar ve mühendislerin yönetiminde kontrol elemanları ile birlikte yapı denetimine katılan tekniker ve teknisyeni,

v) Yapı Kullanma İzin Belgesi: Bu Kanun kapsamındaki yapıların imar mevzuatı ve bu Kanun hükümlerine uygun şekilde tamamlanması üzerine, yapı sahibinin, proje müellifinin, yapı müteahhidinin, şantiye şefinin, yapı denetimi kuruluşu yetkilisinin imzaları alınmak suretiyle, standardına uygun olarak ilgili idarece düzenlenen ve yapının kullanılmasına izin verildiğini gösteren belgeyi,

y) Yapı Malzemeleri: Yapım işlerinde kullanılmak amacı ile üretilen millî ve milletler arası standartlara uygun nitelikli bütün malzemeleri,

z) Yapım: Yapı, kuruluş veya kişilerce kendilerine ait tapusu bulunan veya kendisine ait tapusu bulunmamakla beraber kamu kurum ve kuruluşlarının vermiş oldukları tahsis veya irtifak hakları tesis belgeleri bulunan arazi, arsa veya parsellerde bu Kanun'a, imar planına, parselasyon planına, yönetmeliklere, standartlara, onaylı etüt ve projelere, ruhsat ve eklerine ve diğer ilgili mevzuata uygun olarak yapılmasını.

aa) Laboratuvar: İnşaat ve yapı malzemeleri ile ilgili ham madde ve mamul madde üzerinde, ilgili standartlarına veya teknik şartnamelerine göre ölçüm, muayene, kalibrasyon yapabilen ve diğer özelliklerini tayin eden, Bakanlıktan izin almış tesisi,

Genel Esaslar

Madde 4- Bu Kanun'una göre yapılacak yapı ve yapılaşmada;

a) Can ve mal emniyetini temin ve korumak,

b) Yapının kullanma maksadına uygun mekan düzenlemelerini ve uygun şekilde ölçülendirmelerini te'min etmek, yapılarda olması gereken mahal standartlarını tanımlamak, tabîî afet zararlarını azaltmak, yangın ve işletme güvenliğini te'min etmek, afete mukavemet edebilen yapı stokunu geliştirmek, kentin ve tabîî çevrenin sürdürülebilir silüetini bozmadan tabîî, tarihî ve kültürel değerleri korumak ve geliştirmek,

c) Yapının, Bu Kanun hükümlerine, imar mevzuatına, sağlık kurallarına, yapı ile ilgili her türlü yönetmelik, standart, genel ve özel şartnameler ve esaslara uygun olarak gerçekleşmesini te'min etmek,

d) Dayanıklılık, sürdürülebilirlik, yenilenebilir enerji kullanılması ve güvenli atık tahliyesi ve atıkların değerlendirilmesi,

esaslarını gözetir.

Kuruluş,Teşkilat

Madde 5- Bakanlıkça bu kanunun uygulanması ile ilgili görevleri ve politikaları belirlemek yerine getirilebilmesi için mevcut yapıya ilâveten, kendi bünyesinde kurullar meydana getirilir.

Bu kurulların kuruluş esasları, çalışma usûlleri ve çalışanların özlük hakları ve kurumsal yapılanması ile ilgili yönetmelikler Bakanlık tarafından düzenlenir.

İKİNCİ BÖLÜM **Yapı Sınıfları ve Yapım**

Yapı Sınıfı

Madde 6- Bir yapının meydana gelebilmesi için mimarlık, inşaat, makine ve elektrik mühendisliği dallarında yapılması gereken hizmetlerin niteliği ve karşılığında ödenecek ücretler, söz konusu yapıların taşıyıcı sistem, fonksiyonellik, çok katlılık gibi hususları dikkate alınarak yapı sınıflandırılması yapılır ve her yıl Bakanlıkça yayımlanan bir tebliğ ile duyurulur.

İnşaat-Yapım

Madde7- Bu Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte Yapı Ruhsatının alınmasından başlayarak yapı kullanım izin belgesinin alınmasına kadar geçen süre içerisindeki tüm hizmetler bu Kanun'un eki olarak düzenlenecek olan Yönetmelik, Şartname, Standart ve esaslara göre belirlenir.

Proje

Madde 8- İnsanların ruhsal ve bedensel sağlığını koruyup destekleyecek mekanları meydana getirmek, toplumsal sağlığı, güvenliği ve refahı sağlayacak kalitede yapı üretimini gerçekleştirmek ve çevresel etkilerden insanları korumak amacıyla yapılacak bina üzerinde yapım işlerine başlamadan önce kesin bilgi veren, yapının hangi kalitede ve nasıl bir yapı olacağını belirleyen, yapım ruhsatından önce projeyi yaptıran ve yapan taraf arasında özel

hukuk ilişkisini tanımlayan, Yapı ruhsatı alınından sonra resmî belge niteliğini kazanan belgedir.

Projelendirme ve Yapıma Esas Bilgi ve Belgeler

Madde 9 Yapıların projelendirilmesinde ve yapımında;

a) Arsa hukukî bilgi ve belgeleri: Tapu senedi, tahsis belgesi, irtifak, ortaklık, şuyu, hisse, tapu şerhi, ipotek, çap, imar planı ve plan notu bilgilerini de içeren imar durum belgeleri gibi

b) Arsa fizikî bilgi ve belgeleri: Projelerin hazırlanmasına esas, parselasyon planı örneğinin imar planı eki jeolojik/jeofizik/jeoteknik raporunun parselin bulunduğu alanı kapsayan bölüme ait mikro bölgeleme haritası ve eki raporun ilgili bölümü, röperli kroki, yol istikamet krokisi, yol kotu tutanakları, plankote, zemin ve temel etüt raporu, altyapı, pissu, temiz su, elektrik, doğalgaz, yağmur suyu, drenaj, telefon gibi altyapı bağlantı kroki ve bilgileri, varsa ağaç ve yapı rölevesi, iklim ve coğrafi veriler,

projenin eki sayılır.

Yapının kompozisyonunda yer alacak bütün elemanların ve bunların önem dereceleri ile özelliklerinin, yapının işlevleri ve kullanma amaçlarının, ihtiyaçlarının belirlenmesi, tasarım aşamasında değerlendirilecek özel isteklerin, özel normlara göre yapılacak ise bunların da belirtildiği ihtiyaç programının ve çevresel dokunun proje sürecinde göz önüne alınması mecburîdir.

Projelendirme

Madde 10- Yapı Projeleri, bu Kanun'un eki ilgili teknik şartname, yönetmelik ve esaslar doğrultusunda düzenlenir. Proje hizmeti veren ve raporları hazırlayan proje müelliflerinin en az 4 yıllık yüksek öğrenim kuruluşunda teknik eğitim görmüş olmaları ve ilgili oldukları bölüme imza atma yetkisine sahip olmaları şarttır.

Bu Kanunun kapsam başlıklı ikinci maddesinde ifade edilen ve kapsam dışı bırakılan yapı türleri dışındaki bütün yapılar ruhsata tâbidir.

Yapı türlerinin hangileri için ne tür proje hizmeti isteneceği Bakanlık tarafından düzenlenecek yönetmelik esas alınarak yapı işvereni ve proje müellifleri arasında serbestçe belirlenir.

Proje Bedeli

Madde 11- Bedel tespitinde Bakanlıkça hizmetin niteliğine göre “Mimarlık ve Mühendislik Hizmetleri Şartnamesi” esasları doğrultusunda belirlenmiş hizmet bedelleri, ihaleyi yapan idarelerce gerçekleştirilmiş aynı veya benzer hizmetlerdeki bedeller ve ilgili meslek odalarınca belirlenmiş hizmet bedelleri esas alınarak ve piyasa araştırması yapılarak bir veya birkaçından faydalanılarak belirlenir.

Sözleşmeye bağlanmış fiyat anlaşmazlıklarının çözümünde Bakanlığın verdiği karar kesindir.

Yapı Ruhsatı

Madde 12- Kanun kapsamına giren yeni inşâ edilecek bütün yapılar ve yıkım, onarım, tadilat ve güçlendirme, taşıyıcı sistemde değişiklik gerektiren ve esash onarımlar için belediye ve valiliklerden yapı ruhsatı alınması mecburîdir. İstisnası bulunmaz.

Büyükşehir Belediye sınırları ve diğer belediye sınırları içerisindeki yapılar, mücavir alanlarındaki yapılar, mücavir alan sınırları dışındaki alanlardaki yapılar ve köy yerleşik alanları dikkate alınarak ruhsat verme şartları ile ruhsat formatı ve ruhsat iptali şartları Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Yapı Ruhsatı Müracaatı İçin Gerekli Belgeler:

Madde 13- Yapının projeleri ve ekleri, proje sınıfları ve proje müellifleri belli olmadan ruhsat düzenlenemez.

Yapı Ruhsatına Esas Rapor ve Projelerin Onaylanması:

Madde 14- Kanun ekinde verilen proje düzenleme esaslarına uygun olarak proje müelliflerince hazırlanan rapor ve projelerin proje müelliflerince imzalanmasını, “Yapı Denetim Hakkındaki Kanun” kapsamındaki illerde ise yapı denetimi kuruluşunun onayının alınmasını takiben ilgili idareye teslim edilir.

İlgili idarede proje ve raporları inceleyip onaylayacak imza yetkisi olan kişilerin en az dört yıllık yüksek öğrenim kurumunda teknik eğitim görmüş mimar ve inşaat, makine, elektrik mühendisi olmaları şarttır.

Yapıya ait rapor ve projelerden, proje müellifleri ile projeyi onaylayan kişiler müteselsilen sorumludur.

Denetim Hizmetleri

Madde 15- Yapıların projelendirilmesinde ve yapımında gerekli denetim hizmetleri aşağıda belirtilmiştir.

a) Proje Denetim Hizmeti: Proje müelliflerince hazırlanan rapor ve projeler 4708 sayılı kanun kapsamına giren illerde, yapı denetim kuruluşu teknik elemanlarınca ve ilgili idare teknik elemanlarınca, bu kanun kapsamına girmeyen illerde ise ilgili idare teknik elemanlarınca “Mimarlık ve Mühendislik Proje Düzenleme Esasları” ve projelerin hazırlanması sırasında kullanılan ilgili mevzuat esas alınarak kontrol edilir. İlgili idare, isteğe bağlı olarak ihtisas gerektirecek konularda proje kontrollük hizmetini hizmet satın almak suretiyle yaptırabilir.

b) Meslekî Denetim Hizmeti: Bu Kanun’ un eki olan “Mimarlık ve Mühendislik Hizmetleri Şartnamesi” esaslarına göre düzenlenecek bir sözleşme ile yapılır.

c) İnşaat Denetimi Hizmeti: İnşaat denetim hizmetinin usûl ve esasları ile sorumlulukları, Yapı Denetim Kanunun kapsamına giren illerde bu kanun hükümlerine göre, bu kanun kapsamına girmeyen illerde ise Bakanlık tarafından çıkarılan yönetmelik hükümlerine göre yürütülür.

Uygun Vasıfta Malzeme Kullanımı

Madde 16- İnşaat yapımında kullanılan malzemeler Yapı Malzeme Yönetmeliğinde düzenlenen şartlara uygun olmalıdır.

Sözleşmeler

Madde 17- Mal, yapım, hizmet ile ilgili sözleşmeler Resmi Kurum ve Kuruluşlarda 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ilgili maddeleri ve buna bağlı olarak çıkarılan ilgili yönetmelikler esas alınarak düzenlenir.

Özel yapılar için gerekli sözleşmeler ise yukarıda belirtilen mevzuattan da yararlanılmak suretiyle ilgili mevzuat ile genel hükümler çerçevesinde düzenlenir.

Yapılara Yapı Kullanma İzin Belgesi Düzenlenmesi ve Yapıların Kullanılması

Madde 18- İmar planına, ruhsat eki projelerine, Türk Standartlarına, ilmî ve teknik kurallara uygun olarak tamamlanan yapının, kullanılabilmesi için, ilgili belediye veya valilikten yapı kullanma izni alınır. Kullanma izni

verilmeden evvel yapı sahibi tarafından yapıda kat irtifakı, kat mülkiyeti ve irtifa hakkı tesis edilir ve cins tashihi yapılır.

Yapı sahibinin veya vekilinin müracaatı üzerine yapının, ruhsat ve eklerine, plan ve bütün mevzuat hükümlerine uygun olduğu ve kullanılmasında teknik ve sağlık bakımından sakınca olmadığının tespiti gerekir.

Yapı kullanma izin belgesi düzenlenebilmesi için, yapı denetim sorumluları ve proje müellifi tarafından, parselin son durumunu gösterir plankotesi ile yapının yapı uygulama projesine uygun olup olmadığı, standartlara uygun malzeme kullanıp kullanılmadığı, yapının belirtilen standartlara uygun inşaa edilip edilmediğini tespiti yarayan malzemelerin standartlara uygun olup olmadığı hakkında laboratuvar test sonuçlarının ilgili standart ve mevzuata ilgisi de kurularak, laboratuvar test sonuçlarını belirtir form eşliğinde rapor hazırlanır. Bu rapor hazırlanmadan yapı kullanma izni verilemez.

Denetim raporu hazırlanmaksızın yapı kullanma izni verilen yapılar tespiti halinde mühürlenir. Eksiklikler giderilmeden mühür kaldırılmaz.

İnşaat yapı kullanma izninin verildiği tarihte tamamlanmış sayılır. Yapı kullanma izin belgesi düzenlenmeyen yapılar kullanılamaz. Yapı kullanma izin belgesi düzenlenmeden kullanılan yapılardan, yapı sahibi, yapı müteahhidi ve kiracı veya kullanan sorumludur.

Yapılara yapı kullanma izin belgesi düzenlenmesi ve yapıların kullanılması ile yapı kullanma izin formatı Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Yetki, Yükümlülük ve Sorumluluklar İle Siciller

Bakanlığın Görev ve Sorumlulukları

Madde 19- Bakanlık, ilgili idarelerin bu Kanun kapsamında yaptıkları ve kontrol ettikleri her türlü etüt ve proje, yapım ile yapı denetimine ilişkin iş ve işlemleri gerekli gördüğü hallerde denetler ve inceler. Yapılan incelemede mevzuata aykırı olduğu tespit edilen hususlarla ilgili her türlü belgeyi isteyebilir.

Bakanlıkca tesbit edilen mevzuata aykırı iş ve işlemler ilgili idareye bildirilir. İlgili idarece mevzuata aykırılıklar en kısa sürede giderilir. Mevzuata aykırılıklar giderilmedikçe bu iş ve işlemlerle ilgili hiçbir uygulama yapılamaz.

Bakanlık mevzuata aykırı işlem yapan ilgili idare yetkilileri hakkında idarî, malî, cezaî bakımlardan kanunî işlem yapılmasını istemeye yetkili ve sorumludur.

Bakanlığın bu denetim ve inceleme mükellefiyet ve sorumluluğunun usûl ve esasları Yönetmelik ile düzenlenir.

Bakanlık özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerin hazırlanan şartnamelere uygunluk onayı verir.

İlgili İdarelerin Görev, Yetki ve Sorumlulukları

Madde 20- İlgili idareler, bu Kanun ve ilgili yönetmelikler ile verilen görevlerini kanunî süreler içinde tam ve eksiksiz olarak yerine getirmekten sorumludur. Kanun'a aykırı olmamak kaydı ile mahalli şartlar dikkate alınarak ilâve düzenleme yapabilir.

Yapı projelerinde, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesinde imzası bulunan teknik görevliler görevlerini gereği gibi yerine getirmemelerinden doğan her türlü yapı kusurundan ve zararından dolayı bu Kanun ve diğer Kanun hükümleri ve ilgili mevzuat çerçevesinde sorumludur.

Proje Müellifinin Görev, Yetki ve Sorumlulukları

Madde 21- Proje müellifleri, yapı ruhsatına esas uygulama projelerinin, zemin ve temel etüt raporları dahil olmak üzere her türlü etüde dayalı çalışmalarını, bu kanuna, esaslara ve bu kanunun eki olan ilgili yönetmeliklere, şartname ve standartlara uygun olarak yapmakla sorumludur. Mal sahibinin ve idarenin uygun görmesi halinde inşaatın projeye uygunluğunu denetler.

Proje hizmetinin tüzel kişi tarafından yerine getirilmesi durumunda, tüzel kişiliğin yönetim kurulunun kararı ile devri sonucu söz konusu proje ile ilgili şahsi sorumluluğu taşıyan proje müellifi mimar, inşaat, makine ve elektrik mühendislerinin isimleri projeleri ve yapı ruhsatında belirtilir.

Ruhsat eki projelerin birbiri ile uyumlu olması şarttır. Birbiri ile uyumlu olmayan projelerden kaynaklanan sorumluluk, öncelikle proje müellifi mimar veya mimarlara ait olmak üzere, sırasıyla yapı denetimi kuruluşu ile proje denetçisi mimar ve mühendisler ve ilgili idareye aittir.

Proje müellifleri, uzmanlık alanlarına göre ürettikleri projeler sebebiyle ortaya çıkan yapı hasarları ve diğer zararlar sebebiyle kusurları oranında bu kanun ve diğer kanun hükümleri ve ilgili mevzuat hükümlerine göre sorumludur.

İlgili meslek odasına üye olmayan ve bürosunun tescilini ilgili odaya yaptırıp her yıl yenilemeyen proje müellifi veya müelliflerinin projesi incelenmez ve ilgili idarece tasdik edilmez.

Proje müellifleri, meslekî sorumluluk sigortası yaptırmak, poliçelerinin tasdikli birer örneğini ilgili idareye ve yapı sahibine vermekle mükelleftir.

Yapı Denetim Kuruluşu Elemanlarının Görev ve Sorumlulukları Madde 22 Yapı denetim elemanları bu kanun ile yapı denetimi hakkındaki kanunda belirtilen görev ve sorumluluklarla yükümlüdürler.

Yapı Müteahhidinin Görev ve Sorumlulukları

Madde 23 Ticarî amaç gözetmeksizin kamuya açık olmayan bir parselde konut olarak kullanılacak yapılar hariç olmak üzere özel hukuk gerçek kişileri ve kooperatifler de dahil tüzel kişiler tarafından yaptırılan her türlü yapı inşââsı işinin bir yapı müteahhidi tarafından üstlenilmesi mecburîdir.

Yapı müteahhidi yapının; projesine, bu kanunun eki olan yönetmeliklere, şartname ve standartlara uygun olarak yapılmasından yükümlü olup yapı hasarı ve aykırılıklardan dolayı kusurlarına göre hukukî ve cezaî bakımdan sorumludur.

Müteahhit belgesine sahip olma şartları, kimlere verileceği, belge komisyonlarının kuruluş ve görevleri, gerçek ve tüzel kişiler olması halinde hazırlanacak belge düzenleme esasları ve iş gruplarını gösterir sertifika ve eğitimleri, Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

Şantiye Şefinin Görev ve Sorumlulukları

Madde 24 Yapım işleri yürütülen şantiyede, yapım işinin konusuna uygun ve sözleşmeye bağlı olarak çalışan bir mimar veya inşaat mühendisi şantiye şefi bulundurulur.

Müteahhidin Türk Ticaret Siciline kayıtlı tüzel kişi olması durumunda, müteahhit kuruluşun yapım taahhüdü ile ilgili bütün yetkileri, tüzel kişiliğin yetkili organlarının tasdikli kararıyla, şantiye şefine devredilir.

Gerçek kişi yapı müteahhidinin mimar veya inşaat mühendisi olması durumunda isteği halinde şantiye şefliği görevini üstlenebilir. Ancak bu durumda bu Kanun ve eki şartnamede şantiye şefi için tanımlanan bütün görev, yükümlülük ve sorumlulukları müteahhit aynen üstlenmiş sayılır.

Mimar ve inşaat mühendislerinin, şantiye şefi olabilmesi için, ilgili mimar ve mühendis odasına üye olmaya mecburdur.

Şantiyede, yapının niteliğine ve büyüklüğüne göre, şantiye şefinin emrinde gerekli diğer teknik elemanlar bulundurulur.

Yapı Sahibinin Yükümlülükleri ve Sorumlulukları

Madde 25 Yapı sahibi, imar mevzuatına uyar ve yapı denetimi hizmet bedeli dahil olmak üzere, yapı ile ilgili her türlü hizmet bedellerini zamanında öder.

Yapı sahibi, tamamlanan yapıyı, yapı kullanma izin belgesi düzenlemeksizin kullanıma açamaz. Bu durumda hukuken sorumlu sayılır. Bu Kanun'a aykırılı olarak kullanıma açılan yapı, ilgili idarece derhal mühürlenir ve kullanılması engellenir.

Yapı sahibi, proje, metraj ve keşiflerde bulunmayan herhangi bir imalâtı müteahhitten ve diğer ilgililerden isteyemez ve bu gibi istekler yerine getirilmez.

Yapı sahibi, yapı kullanma izin belgesi alınmış yapıda bu Kanun'un 13. maddesi gereğince ruhsat düzenlenmesi gereken değişiklikleri ilgili ruhsat düzenlemeksizin yapamaz. Ruhsata tabî olmayan değişiklikler Bakanlık tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

Yapım İşinde Çalışan Usta ve Kalfaların Görev ve Sorumlulukları

Madde 26 Hafriyat, demir, beton kalıp, sıva, duvar, boya, badana, fayans, doğrama, çatı işleri, sıhhi ve elektrik tesisatı ve benzeri ustaların eğitimden geçerek sertifika almış olmaları ve sertifika aldıkları dalda hizmet vermele ri şarttır.

Usta ve kalfaların bağlı oldukları odaya kayıtlı olmaları ve odalarınca düzenlenecek eğitim programına katılarak bu konuda eğitim aldıklarına dair sertifika almaları gerekir.

Bakanlık bu programların düzenlenmesini ve gelişimini denetler.

Meslek Odalarının Görev ve Sorumlulukları

Madde 27 Meslek odaları yapım işinde görev alan meslek gruplarından teknik eleman, müteahhit, usta ve kalfaların üye oldukları odalardır.

Türk Mimar Ve Mühendis Odalarının Görev ve Sorumlulukları

Madde 28 Türk Mimar ve Mühendis Odaları birliğine bağlı meslek odalarının bu Kanun kapsamına giren konulardaki görev ve sorumlulukları şunlardır:

- a) Etüt-proje, yapım ve kontrol işinde çalışan mimar ve mühendisleri ilgili meslek odalarına üye yapmak.
- b) Etüt-proje, yapım ve kontrol işlerinde çalışan mimar ve mühendislerin üye olduklarını, çalışmaya engel bir durumlarının bulunmadığını gösterir belge vermek,
- c) Yapı üretiminde çalışacak teknik personele hazırlayacakları ve Bakanlıkça onaylanmasını müteakip yürürlüğe girecek yönetmelik esasları doğrultusunda eğitim programları oluşturmak ve bu programları tamamlayanlara sertifika vermek ve sicillerini tutmak.

Ticaret Odalarının Görev, Yetki ve Sorumlulukları

Madde 29 Ticaret Odalarının bu kanun kapsamına giren konulardaki görev ve sorumlulukları şunlardır:

- a) Müteahhitlik hizmeti yapacak kişileri üye yapmak,
- b) Müteahhitlik hizmeti yapacak kişilerin çalışmaya engel bir durumunun bulunmadığını gösterir belge vermek,
- c) Yapı güvenliği ve sağlıklı yapılaşmanın temin edilmesi bakımından hazırlanan ve Bakanlıkça onaylanarak yürürlüğe giren yönetmelik esaslarına göre müteahhitlere eğitim vermek ve sicillerini tutmak.
- d) Alt yükleniciler de a,b,c fıkralarına tabidir.

Laboratuvarların Kuruluş, Görev ve Sorumlulukları

Madde 30 Laboratuvarlar, Bakanlık' tan izin belgesi alarak faaliyet gösterirler.

Laboratuvarlar zemin ile ilgili deneyleri, inşaat ve yapı malzemeleri ile ilgili ham veya mamul maddelerin teknik şartnamelere ve ilgili standartlara göre ölçüm, muayene, deney, test ve diğer özelliklerinin tayini ile mükellefler.

Laboratuvar yetkilileri; yapı malzemeleri ile ilgili ham madde ve mamul madde üzerinde ölçüm, muayene ve testlerin, ilgili standartlara, teknik şartnamelere veya yeterlik şartlarına göre yapılmaması sebebiyle meydana gelen

yapı hasarlarından dolayı, kusurlarına göre hukukî ve cezaî bakımdan sorumludur.

Laboratuvar hizmetleri, ilgili teknik şartnameler ve yönetmelikler doğrultusunda yürütülür.

Yapı Satış veya Kiralama Aracılarının Sorumlulukları

Madde 31 Yapıların satışında veya kiralanmasında aracılık eden emlakçılar, satışında ve kiralanmasında aracılık ettikleri ve bu hizmetleri karşılığında bir bedel aldıkları yapılarla ilgili olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "satıcı tanımı altında tüketiciler lehine hüküm altına alınmış; ayıplı mal, satıştan kaçınma, sözleşmedeki haksız şartlar, mesafeli sözleşmeler, garanti süresi, satış sonrası hizmetler ve ticarî reklamlar ve ilânlarla" ilgili bütün hükümlerini yerine getirmekle mükelleftirler.Yapı üretimi ile ilgili tüketici hakları konusu Bakanlık tarafından yönetmelikle düzenlenir.

Satılan veya kiralan yapılarda aracı emlakçı kullanılmaması veya aracılık belgelerinin herhangi bir nedenle düzenlenmemiş olması durumunda, bu maddedeki mükellefleri yapı sahipleri yerine getirirler.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Sigortalar

Mesleki Sorumluluk Sigortası

Madde 32 Yapının projelendirilmesinde, yapım süresinde ve denetlenmesinde görev alan proje müellifi, kontrol şefi, kontrol elemanları, laboratuvar çalışanları ve yapı denetim kuruluşları çalışanları veya bağımsız çalışanlar tarafından mesleklerinin uygulanması sırasında verilen hizmetlerde kusur veya meslekî bilgi ve beceri eksikliği sebebiyle tazminat ödenmesini gerektiren zararları teminat altına alan ve bu kişilerin üyesi bulunduğu meslek odalarınca takibinin yapılması gereken mecburî sorumluluk sigortasıdır.

İlgili idarece projelendirme, yapım ve denetim işlerinde görevli ve sorumluluk alan idarî elemanlara meslekî sorumluluk sigortası yaptırılır.

Mali Sorumluluk Sigortası

Madde 33 Bu Kanun' dan kaynaklanan görevleri sebebiyle yapı denetim kuruluşları, yapı müteahhitleri ve tüzel kişilikleri, laboratuvar tüzel kişiliği veya laboratuvar sahibi tarafından mecburen yaptırılması gereken sigortadır.

Bütün Riskler Sigortası

Madde 34 Bütün Riskler Sigortası; Yapım süresi içinde, önceden bilinmeyen, ani ve harici bir sebepten dolayı yapıda ve şantiye sahasında uğranılan her türlü hasar ve kayıplar ile kaza sonucu meydana gelebilecek ölüm ve her türlü bedeni ve maddi kayıpların karşılanması amacıyla yapı müteahhidi tarafından yaptırılması mecburî olan sigortayı,

Yapı Kusuru Sigortası

Madde 35 Yapının kullanım süresince yapı hasarları sebebiyle uğranılan maddi zararlarının karşılanması amacıyla yapı sahibi tarafından yaptırılması mecburî olan sigortayı,

Tabii Afet Sigortası

Madde 36 Yapının kullanım süresi içinde yapıda tabîi afetler sebebiyle uğranılan maddi zararların karşılanması amacıyla yapı sahibince yaptırılması mecburî sigortayı,

Tabîi afet sigortasının Yapı Kullanma İzin Belgesinin alınması süreci içinde yaptırılması zorunludur.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Cezai Hükümler

Cezalar

Madde 37 Bu Kanun' a ve yönetmelik, şartname ve ilgili esaslara, ruhsat ve eklerine onaylı tadilat projelerine aykırı olarak yürütülen yapıların yapı sahibine, meslekî kontrollere, ilgili idare teknik elemanlarına, yapı müteahhidine, denetim elemanları ve yapı denetim kanununa tâbi teknik elemanlara yapıdaki kusurun niteliği, ruhsat ve eklerine ve yönetmeliklere aykırılık oranı dikkate alınarak Türk Ceza Kanun'un ilgili maddelerine ilâveten bu kanun hükümleri uygulanır.

Meslekten Men veya Kısıtlama

Madde 38 Şantiyede ruhsat eki tasdikli mimarî, betonarme, makine ve elektrik tesisatı projelerinin müteahhit tarafından uygulanmadığının, farklı hazırlanmış projelerin uygulandığının ilgili idarece tespiti halinde, ilgili müteahhit ve kontrol elemanlarına projelerdeki aykırılık oranına göre en az iki yıldan başlayarak on yıla kadar meslekten men cezası verilir ve bu durum Resmî Gazete'de ilan edilir. Aykırılık oranları Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

İmar planı, İmar Kanunu ve ilgili yönetmelikler ve bu Kanun hükümleri ve ilgili şartname, esaslar ve yönetmeliklerine aykırı ruhsat tanzim edenlere de aynı ceza hükümleri uygulanır.

İdari Para Cezaları

Madde 39Yapı sorumlularına bu Kanun' a aykırılık teşkil eden ve aşağıda gösterilen fiil ve halleri sebebiyle idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının tespitinde inşaat ruhsatının verildiği yıl yayımlanan Bakanlık mimarlık ve mühendislik hizmet bedellerinin hesabında kullanılan Bakanlık Yapı Yaklaşık Birim Maliyetleri hakkındaki tebliğ esas alınarak hesaplanan toplam inşaat maliyeti esas alınır.

1) Yapı yaklaşık maliyeti bedelinin %1'i kadar ceza verilmesini gerektiren fiil ve haller:

- a) Kontrol elemanlarının bu kanunda ve imar mevzuatında belirlenen süre ve zamanda işlerinde bulunmamak veya görev yerini terk etmek,
- b) Faaliyet yasaklama ve durdurma kararlarına aykırı hareket etmek,
- c) İnşaat alanında fert, toplum ve çevre sağlığı ile ilgili tedbirleri almamak,
- d) Sertifikasız usta ve kalfa çalıştırmak.

2) Yapı yaklaşık maliyet bedelinin %2' si kadar ceza verilmesini gerektiren fiil ve haller:

- a) Standartlara aykırı malzeme kullanmak veya kullanılmasına göz yummak,
- b) Bu Kanun uyarınca yapılması gereken sigortaları yaptırmamak veya yapıp yapılmadığı konusunda gereken denetimi yapmamak,

3) Yapı yaklaşık maliyet bedelinin %3' ü kadar ceza verilmesini gerektiren fiil ve haller:

- a) Zemin, malzeme ve imalâta ilişkin ölçüm, muayene, test, özellik tayini ve deneyleri, şartname ve standartlara uygun olarak yapmamak veya yaptırmamak,
- b) Mesleğini yerine getirmesi kısıtlanmış, yasaklanmış veya mesleği ifa yet-

ki ve yeterliliğine sahip olmayanları çalıştırmak veya çalıştırılmasına göz yummak,

c) Bu Kanun ve imar mevzuatı uyarınca gerekli tutanak, defter ve belgeleri düzenlememek veya eksik veya kasıtlı olarak yanlış düzenlemek veya bulundurulması gereken yerlerde bulundurmamak veya bunları inceleme yetkisine sahip olanlara vermemek,

d) İş güvenliği ve işçi sağlığıyla ilgili mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak, bu konuda uyarı ve bildirim mecburiyetlerini yerine getirmemek,

4)Yapı yaklaşık maliyeti bedelinin %4' ü kadar ceza verilmesini gerektiren fiil ve haller:

a) Bu Kanun' a ve imar mevzuatına aykırı olarak, proje, proje detayı, hesabı, metraji ve keşfi ile rapor ve diğer belgeler düzenlemek veya bunların bu kanuna, imar mevzuatına ve ilgili diğer mevzuata aykırı olmasına rağmen bunlar hakkında uygun görüş vermek.

b) İdarî para cezalarının, gereği tespit edildiği halde, süresi içinde yetkililer tarafından sorumlularına uygulanmaması.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen para cezalarının verilmiş olması, fiilin başka bir cezayı gerektirmesi halinde, ayrıca cezaî takibat yapılmasına engel teşkil etmez.

İlgili cezaların tebliği, Tebligat Kanununun esasları doğrultusunda yürütülür.

Cezayı gerektiren fiil ve halin, yetkili eleman ve organlarca yapılan inceleme ve denetimlerle tespit edilip öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde ilgililerin savunmaları alınır. Savunması yeterli görülmediği takdirde 15 gün içinde ceza verilir.

Cezalar, ilgili idarenin en üst amirince verilebileceği gibi, doğrudan Bakanlıkça da verilebilir. Bakanlığın veya ilgili idarenin cezaî işlemlerine karşı 15 gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtirazlar, zaruret olmayan hallerde evrak üzerinde incelenerek en kısa süre içinde karara bağlanır.

Para cezaları, yapılan tebliğ üzerine 7 gün içinde ödenir. Cezalara karşı itiraz yoluna gidilebilir.

Süresi içinde ödenmeyen cezalar, “Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun” hükümlerine göre tahsil edilir.

Yapılarda meydana gelen ağır dereceli hasar veya yıkılma sebebiyle yaralanma ve can veya mal kaybı olması halinde, genel hükümlere göre tazminat talebi hakkı saklıdır.

Bu Kanun kapsamındaki fiiller sebebiyle verilen kesinleşmiş mahkeme kararları, sicil kayıtlarının tutulmasına esas olmak üzere, Bakanlığa, serbest mimar, mühendislerin meslek odalarına ve müteahhitler için ticaret odalarına bildirilir.

ALTINCI BÖLÜM Veri Tabanı

Proje ve Ruhsatların Kodlandırılması

Madde 40 İlgili idarelerce yapı ruhsatları şehir ve ilçe kodları ile başlamak üzere kodlandırılır ve idarelerce yapılan kodlandırmalar en son ve güvenilir usûl ve şartlarda kaydedilerek muhafaza edilir.

Aynı “kod” ikinci bir ruhsata verilmez.Yıkılana kadar yapının kodu değiştirilmez. Yapı kullanma izin belgesi ve ruhsata esas projeler ile şantiyede kullanılan projelere de yapı ruhsatı kodunun verilmesi şarttır.

Kodlama esasları Bakanlık tarafından yönetmelikle düzenlenir.

Kanunlar, Şartnameler, Yönetmelikler, Esaslar ve Standartlar

Madde 41 Bu Kanun’un uygulanması için gerekli yönetmelikler, şartnameler ve esaslar bu Kanun’un yayımı tarihinden itibaren en geç 1 yıl içinde Bakanlıkça çıkarılır.

Yürürlükte bulunan ve bu kanuna aykırı olmayan yönetmelik şartname ve esaslar kanunun eki sayılır.

YEDİNCİ BÖLÜM Çeşitli ve Son Hükümler

Anlaşmazlıkların Halli

Madde 42 Bu Kanun’un uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların, yargıya intikalinden evvel Bakanlıkta yapı kurulu veya oluşturulacak yapı işleri halk denetçiliği sistemi “Ombudsmanlık” metoduyla çözülmesi öngörül-

mektedir. “Ombudsmanlık” niteliği itibariyle idare ile ihtilafa düşmüş kişi arasında, konunun yargı mercilerine intikal ettirilmesinden önceki aşamalarda hakemlik yoluyla ihtilafın çözümlenmesini amaçlayan bir müessesedir.

Bu sebeple yapı işleri hakemine müracaat yargıya başvuru süresini durdurmakta, ancak kişilerin anlaşmazlığın devamı halinde yargıya müracaatını engellememektedir.

Ombudsmanlıkla ilgili halk denetçisinin seçimi, görev ve yetkileri, ücretlerin tespiti, başvuru yolları, raporları ve raporların sonuçları ve benzeri ile gerekli hususlar Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanun’ un uygulanmasından doğan davalardan bu yolla çözümlenemeyen ihtilafların yapılara ilişkin olanlara bakmaya, yapının bulunduğu yer mahkemeleri; idarî para cezalarına itiraz konusunda ise cezayı gerektiren fiil ve halin işlendiği yer mahkemeleri yetkilidir. Diğer hususlar, genel hükümlere tâbidir.

Telif Hakları

Madde 43 Mimar, “Fikir ve Sanat Eserleri Yasasına” göre mimarlık mesleğinin genel tanımı ve uygulaması çerçevesinde gerçekleştirdiği plan, proje, resim, her türlü tasarımın ve bunlara dayanarak gerçekleştirilen yapıların telif haklarına sahiptir.

Uygulanmayacak Hükümler

Madde 44 Bu Kanun hükümlerine aykırı imar kanunu hükümleri uygulanmaz. Yürürlükteki mevzuat hükümlerinin bu kanun hükümlerine aykırı olması halinde bu kanun hükümleri uygulanır.

Geçici Madde

Madde 45 Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, yenisi düzenlenene kadar yapı ile ilgili ve bu kanun hükümlerinin uygulanması için gerekli mevcut yönetmelik, şartname, esaslar ve tebliğ aynen uygulanacaktır.

Yürürlük

Madde 46 Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 47 Bu Kanun hükümleri Bakanlar Kurulunca yürütülür.

III. GÖRÜŞ VE ELEŞTİRİLER:

1) Taslağın 2. maddesinin 2. fıkrasında “*özel ihtisas gerektiren ve bina niteliğinde olmayan (...) her türlü inşaat işleri ve benzeri yapım işlerinin*” özel hükümlerine tabi olduğu ve Taslağın kapsamı dışında tutulduğu açıklanmıştır.

Bu düzenleme, kanunun amacına uygun değildir. Doktrinde, bina, “*insanların, hayvanların, eşyanın barınmasına, girip çıkmasına veya diğer gereksinimlerine hizmet eden ve yapay (insan tarafından yapılmış), etrafı ve üstü az veya çok kapalı, araziye bağlı inşa eseri*” olarak tanımlanmaktadır. Bina tarifine girmeyen, fakat arza bağlı olan inşa eserleri de yapı veya “diğer yapılar”, “imal olunan” şey olarak adlandırılmaktadır.

Taslakta bina niteliğinde olmayan inşaat işleri ve benzeri yapım işlerinin tümüyle kapsam dışında bırakılması doğru değildir. 2. fıkrada örnek olarak verilen yapılar kamu malları olmakla, idare hukukuna tabidir ve bazılarının yapımı ve kullanımından doğan sorumluluk özel kanunlarla düzenlenmiştir. Bununla birlikte, kamu malı olmayan, özel hukuk kişileri tarafından yaptırılmış, özel ihtisas gerektiren yapılar da mevcuttur. Özellikle, spor kulüplerine ait spor kompleksleri kamu malı değildir. Havuz ve futbol sahaları olmak üzere, üstleri açık olmaları sebebiyle bina olarak kabul edilmeyen ama diğer yapılar olarak değerlendirilebilecek yapılardan doğacak sorumluluğun Taslak kapsamından çıkarılması bir eksikliktir. Kanımızca, 2. fıkrada örnekleri açıklanan yapıların kamu malı niteliği üzerinde durulmalı ve bunların kamu malı olmaları sebebiyle kanun kapsamı dışında bırakıldığı öngörülmelidir. Bununla birlikte, Taslağın kapsamı dışında bırakılacak kamu malları ile ilgili kapsamlı bir araştırma yapılmalı; hakkında özel mevzuat bulunmayan kamu malları Kanun kapsamında tutulmalıdır.

2) Taslağın 3. maddesinde çeşitli tanımlar verilmektedir. Bununla birlikte, Taslağın bazı maddelerinde tanımları da kapsayan düzenlemeler getirilmiş (md. 9, 32, 36), hatta bazı maddeler sadece tanımları düzenlemiştir (md. 8, 27, 33, 34, 35).

Kanımızca, Taslakta yer alan bütün tanımların 3. maddede yer alması gerekmektedir. Ayrıca, madde başlıklarının metne dâhil olmadığı dikkate alınarak, maddelerde özne ve fiillerin yer almasına dikkat edilmelidir.

Tanımlar maddesinde alfabetik sıraya uyulmadığı görülmektedir. Maddenin kolay okunabilmesi ve aranılan tanımın rahatça bulunabilmesi amacıyla tanımların alfabetik sıra gözetilerek yazılması uygun olacaktır.

Ayrıca tanımları kapsayan bendler harfler ile gösterilmektedir. Madde incelendiğinde, Türk alfabesinin yeterli kalmadığı ve son bendin “aa” şeklinde düzenlendiği görülmektedir. Bilimsel yazılarda “a, b, c, vs.” gibi harflerin ardından gelen “aa” ifadesi bir alt bölümü ifade etmektedir. Düzenleme içinde uyumun sağlanması açısından, alfabe yerine rakamların tercih edilmesi gerekmektedir.

3) Taslağın 3. maddesinin “c” bendinde, “ilgili mevzuat” tanımlanmış ve “sözleşme(ler)” de mevzuat kapsamında değerlendirilmiştir. Taslağın 17. maddesinde de sözleşmelerin nasıl düzenleneceği açıklanmıştır. “Sözleşme” ifadesi “ilgili mevzuat” tanımından çıkarılmalıdır. Zira, mevzuat, bir ülkede yürürlükte olan yasa, tüzük, yönetmelik vb.nin bütünü olarak tanımlanmaktadır. Bu düzenlemeler ise soyut ve genel olarak kaleme alınırlar. Taraflar arasındaki özel ve somut ilişki için hazırlanan ve nisbîlik prensibi gereği, üçüncü şahısları etkilemeyen, onlara karşı ileri sürülemeyen sözleşmelerin “mevzuat” kapsamı içinde değerlendirilmesi hatalıdır.

Taslağın 3. maddesinin “f” bendinde “*yapı sahibi*”, yapı üzerinde mülkiyet hakkına veya sınırlı aynî hakka sahip olan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.

Öncelikle, kavramda birlik sağlanması açısından, “sahip” yerine “malik” kavramının kullanılması gerekir. Zira, hukukta mülkiyet hakkına sahip kişilere “malik” denmektedir. Ayrıca Borçlar Kanunumuzun yapı malikinin sorumluluğunu düzenleyen 58. maddesinde yer alan “(Bir) bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki” ifadesi ile Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 68. maddesinin “*Yapı malikinin sorumluluğu*” şeklindeki başlığı ve madde metnindeki “(Bir) binanın veya diğer yapı eserlerinin *maliki*” ifadesi de kanun koyucunun “malik” kavramını kullandığını göstermektedir. Bu sebeple, “sahip” yerine “malik” kavramı kullanılmalıdır.

Taslakta “yapı sahibi” sadece mülkiyet hakkına sahip kimse ile sınırlı tutulmamış; sınırlı aynî hak sahipleri de yapı sahibi olarak değerlendirilmiştir. Kanun koyucunun sınırlı aynî haklar arasından bir ayırım yapmaması yerinde olmamıştır. Doktrinde bazı yazarların iddia ettiği ve Borçlar Kanunu Tasarısı’nda da kabul edildiği üzere, “yapı malikinin sorumluluğu” ilgili yapıdan en üst derecede faydalanan kişilerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Borçlar Kanunu Tasarısının 68. maddesinin 2. fıkrasında da *intifa* ve *oturma* hakkı sahiplerinin de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumlu olacakları öngörülmüştür. Yapı Kanunu Tasarısı Taslağı’nda da sınırlı aynî haklar arasında ayırım yapılmalı ve sorumluluk bakımından, yapıdan en üst derecede yararlanma yetkisi sağlayan haklar dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda meselâ *ipotekli ala-*

caklının sorumluluğuna gidilmesi yerinde değilken, oturma ve intifa hakkı sahiplerinin sorumlu kılınması isabetli olacaktır.

Yapı Kanunu Tasarısı Taslağı'nda mülkiyet ve sınırlı aynî hak sahipleri dışında, yapıdan yararlanan diğer kişilerin de sorumluluğu düzenlenmiştir. Taslağın 18. maddesinde, yapı kullanma izin belgesi düzenlenmeden kullanılan yapılardan, yapı sahibi, yapı müteahhidi ve kiracı veya kullananın sorumlu olacağı öngörülmüştür. Bu düzenlemede yer alan “*kullanan*” ifadesinin ne anlama geldiği açık değildir. Ancak, inceleme konumuz açısından, Yapı Kanunu Taslağı'nı hazırlayanların, doktrinde bazı yazarlarca kabul edilen ve yapı malikinin tayininde, eserin bir bütün olarak amacına bakılması ve bu eseri kimin vücuda getirdiğinin, fiilî hâkimiyeti altında bulundurduğunun ve ondan faydalandığının; kimin o şeyin bakımı ile ilgilenebileceğinin ve ilgilenmesi gerektiğinin incelenmesi gerektiği yönündeki görüşü benimzedikleri anlaşılmaktadır. Ancak her halde kavram netleştirelmalıdır. Taslağın 3. maddesinde “yapı maliki” tanımı ile Taslağın 18. maddesi ile sorumlu tutulan şahısların kapsamı açısından önemli fark bulunmaktadır. Kanımızca, “yapı maliki” kavramı dar yorumlanmalıdır. Bu görüşe uygun olarak, 3. madde tekrar kaleme alınmalıdır.

4) 4. maddede aşığıdaki hususların düzeltilmesi gerekmektedir:

- a) “*Bu Kanun'una göre*” yerine “*Bu Kanun'a göre*” ifadesi kullanılmalıdır.
- b) Madde çok kötü biçimde kaleme alınmıştır. Bu maddede, bazı esasların gözetileceği açıklanmış ancak bu esasların kimin tarafından gözetileceği açıklanmamıştır. Ya bu esasları kimin gözeteceği açıklanarak fıkranın sonunda yer alan “esaslarını gözetir” ifadesi korunmalı ya da bu ifade “esasları gözetil*ir*” şeklinde değiştirilmelidir.
- c) Maddenin “b” bendi parçalara ayrılabilir. Her bir fiil ayrı esas olarak devam eden bendlerin konusunu oluşturabilir. Böylece (b) bendi daha kolay okunur hale gelecektir. (b) bendinin içinde bir anlam bütünlüğü bulunmaması sebebiyle, bendin birden çok bende yayılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.
- d) Maddede yer alan “te'min etmek” fiili “temin etmek” olarak değiştirilmelidir. Türkçe'de “te'min etmek” şeklinde bir fiil bulunmamaktadır.
- e) Bendlerin sonunda yer alan fiillerin mastar hali yerine edilgen hali kullanılmalıdır. Diğer bir deyişle “korumak” yerine “korunması”, “te-

min etmek” yerine “temini” veya “temin edilmesi”, “tanımlamak” yerine “tanımlanması”, “azaltmak” yerine “azaltılması”, “geliştirmek” yerine “geliştirilmesi” ifadeleri kullanılmalıdır. Dikkat edileceği üzere, d) bendinde de “değerlendirilmesi” ifadesi kullanılmıştır. Böylece madde içindeki uyumsuzluk da giderilecektir. Fiiller edilgen hale getirilirken, fiillerle bağlantılı kelimelerin de fiillerle uyumlu hale getirilmesi gerektiğini hatırlatmak lüzumsuzdur. Burada “emniyetinin temini ve korunması”, “standartlarının tanımlanması” gibi değişikliklerin yapılması unutulmamalıdır.

5) 5. madde tekrar kaleme alınmalı ve cümle düşüklüğü önlenmelidir. Madde için şu düzenleme önerilebilir:

*“Bu kanunun uygulanması ile ilgili görevlerin ve politikaların belirlenmesi ve yerine getirilebilmesi için **Bakanlık bünyesinde** kurullar meydana getirilir.*

6) 8. maddede “Proje”nin tanımı yapılmaktadır. “Proje” kavramının tanımı 3. maddede yer alabilir. Ayrıca cümleye bir özne eklenmesi de gerekir.

7) 9. madde çeşitli açılardan incelenmelidir:

a) Maddede “Arsa hukukî bilgi ve belgeleri” ile “Arsa fizikî bilgi ve belgeleri” tanımlanmış ve bu belgelerin projenin eki olduğu belirtilmiştir. Söz konusu tanımların 3. maddede yer alması uygun olacaktır. Böylece maddenin ilk fıkrası şu şekilde kaleme alınabilir:

“Yapıların projelendirilmesinde ve yapımında arsa hukukî bilgi ve belgeleri ve arsa fizikî bilgi ve belgeleri projenin eki sayılır.”

b) “Arsa hukukî bilgi ve belgeleri” tanımında, Eşya Hukuku ile ilgili çok sayıda kavram yersiz kullanılmıştır:

- “Tapu Senedi” kavramı kullanıldıktan sonra bu senette yer alan ve senetten açıkça anlaşılan “irtifak”, “ipotek” “şerh” ve “ortaklık” gibi unsurlar maddede sanki ayrıca belirtilmesi gereken unsurlarmış gibi kaleme alınmıştır. Tapu senedinin belirtilmesi yeterli olacaktır.
- Aynı cümlede “ortaklık”, “şuyu”, “hisse” kavramları arka arkaya kullanılmıştır. Oysa bu kavramlar aynı hukukî kavramı, “paylı mülkiyeti” işaret etmektedir. “Tapu senedi” kavramı,

mı kullanıldıktan sonra, bu kavramların ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı gibi, aynı anlama gelen kelimelerin ard arda kullanılması da isabetsizdir.

- “Tapu şerhi” ifadesi gereksizdir. “Şerh” mekanizması taşınmazlar üzerinde yer alan kişisel hakların etkinin güçlendirilmesi, ileri sürülebileceği çevrenin genişletilmesi amacıyla kullanılmaktadır. Taşınmazlara ilişkin bir kanun tasarısında sadece “şerh” ifadesinin kullanılması yeterlidir.
- Maddenin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde kaleme alınmalıdır. Zira bu maddede “mecburîdir” ifadesi gereksizdir. Hükümün emredici niteliği farklı şekilde ortaya konabilir. Bu sebeple, cümle iki cümle haline getirilmeli ve fiil - özne uyumuna dikkat edilmelidir. Hüküm şöyle olmalıdır:

“Yapının kompozisyonunda yer alacak bütün elemanlar ve bunların önem dereceleri ile özellikleri, yapının işlevleri ve kullanım amaçları, ihtiyaçları belirlenir. Tasarım aşamasında değerlendirilecek özel istekler, özel normlara göre yapılacak ise bunların da belirtildiği ihtiyaç programı ve çevresel doku proje sürecinde göz önüne alınır.”

8) 10. maddenin ikinci fıkrası gereksizdir. Zira bu kanun elbette sadece kapsamı dâhilindeki yapılara uygulanacaktır. Ruhsat alma zorunluluğu da bu yapılar için söz konusu olacaktır.

9) 11. maddede yer alan “Mimarlık ve Mühendislik Hizmetleri Şartnamesi” kavramı 3. maddede tanımlanmalıdır. Bu kavram 15. maddede de kullanılmıştır. Bu sebeple, bu kavramın açıklanmasında fayda vardır.

11. maddenin 2. fıkrası dikkat çekicidir. 2. fıkrada “sözleşmeye bağlanmış fiyat anlaşmazlıklarının çözümünde Bakanlığın verdiği kararın kesin olacağı” öngörülmüştür.

Bu fıkrada yer alan “sözleşmeye bağlanmış fiyat anlaşmazlıkları” ibaresi neyi ifade etmektedir? Kanun koyucunun hukukî kavramları dikkatle kullanması gerekir. Yukarıdaki kavram da hukukî değildir. Ayrıca bu madde sadece idareler tarafından yaptırılan projelerin bedelini düzenlemektedir. Özel hukuk kişileri tarafından özel hukuk kişilerine hazırlatılan projelerde Bakanlığın sözleşmeye müdahale etmesi düşünülemez. Bununla birlikte, madde çok genel kaleme alınmış ve özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan

bedel anlaşmazlıklarının Bakanlığın müdahalesiyle çözümleneceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, maddenin kamu hukuku ve özel hukuk kişileri açısından ayırım yapılarak, açık şekilde kaleme alınması gerekir.

10) Maddenin 12. maddesinde yer alan ve 23. maddede de yer alan “inşââ” kelimesi “inşa” olarak değiştirilmelidir. Dilimizde “inşââ” şeklinde bir kelime yoktur.

12. maddenin birinci fıkrasındaki “mecburîdir” ifadesi çıkarılmalı ve hükmün emredici niteliği farklı bir şekilde kaleme alınmalıdır. Fıkranın son cümlesi de gereksizdir. Bir hükmün emredici niteliğini belirtmek için “*İstisnası bulunmaz*” şeklinde ifade kullanılmaz.

İlgili fıkra aşağıdaki şekilde düzenlenebilir:

“İnşa edilecek bütün yapılar ile yıkım, onarım, tadilat ve güçlendirme, taşıyıcı sistemde değişiklik gerektiren ve esaslı onarımlar için belediye ve valiliklerden yapı ruhsatı alınır.”

11) 14. maddede yapıya ait rapor ve projelerden, proje müellifleri ile projeyi onaylayan kişilerin müteselsilen sorumlu olacağı öngörülmüştür. Böylece, proje onaylayan kişilerin görevlerini gereği gibi yapmaları, azamî özen göstermeleri sağlanacaktır. Yerinde bir düzenlemedir.

12) Tasarının 17. maddesinde, özel yapılar için resmî kurum ve kuruluşlar için bağlayıcı olan Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ilgili maddeleri ve buna bağlı olarak çıkarılan ilgili yönetmeliklerden de yararlanılmak suretiyle sözleşmelerin düzenleneceği öngörülmüştür.

Buradaki “*yararlanılma*”nın kapsamının ve ölçüsünün ne olduğu da belirsizdir; bunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

13) Tasarının 18. maddesinin 3. ve 4. fıkralarının son cümleleri gereksizdir. Zira yapı kullanma izni düzenlenebilmesi için bir form hazırlanması gerekiyorsa, bu form olmadan izin verilmeyecektir. Aynı şekilde, rapor hazırlanmadan yapı kullanma izni verilen yapılar mühürleniyorsa, rapor sunulmadan mühür kaldırılmayacaktır. Bu sebeple, “*Bu rapor hazırlanmadan yapı kullanma izni verilemez*” ve “*Eksiklikler giderilmeden mühür kaldırılmaz*” şeklindeki cümleler gereksizdir.

Tasarının 18. maddesinin 5. fıkrasında ilginç bir düzenleme bulunmaktadır. İlgili fıkra göre, yapı kullanma izin belgesi düzenlenmeden kullanılan ya-

pılardan, yapı sahibi, yapı müteahhidi ve kiracı veya kullanan sorumludur. Bu düzenleme ile yapı sahibi (maliki) ve yapı müteahhidi yanında taşınmazı fiilen kullanan kişilerin de sorumlu tutulması dikkat çekicidir.

Maddede “*kiracı veya kullanan*” ifadesi yer almaktadır. Kanun koyucunun taşınmazın “kullanan” kişinin sıfatı üzerinde yeterli açıklığı getiremediği görülmektedir. Zira yapı sahibi olmayıp yapıyı kullanan şahıs bu yapıyı bir hakka dayanarak kullanabileceği gibi, hiçbir hakka dayanmadan da kullanabilir. Taşınmazın kullanım hakkını sağlayan tek sözleşme kira sözleşmesi de değildir. Kanun koyucu “*kullanan*” ifadesi ile sadece hakka dayanan zilyedliği mi temel almaktadır? Yoksa hakka dayansın veya dayanmasın, taşınmaz üzerinde fiilî hâkimiyet kuran herkes bu düzenleme kapsamında mı olacaktır? Bunların belirlenmesi gerekir.

14) Tasarının 25. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*ve bu gibi istekler yerine getirilmez*” cümlesi gereksizdir. Zira yapı sahibi, proje, metraj ve keşiflerde bulunmayan herhangi bir imalâtı müteahhitten ve diğer ilgililerden isteyemez ise bu gibi istekler elbette yerine getirilmeyecektir.

15) Tasarının 31. maddesinde yapıların satışında veya kiralanmasında aracılık eden emlakçılardan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile satıcı açısından öngörülen yükümlülükleri yerine getirmesi öngörülmüştür.

Borçlar Kanununda gayrimenkul tellâllığı olarak düzenlenen (BK md. 404/III) emlakçılık, Borçlar Kanunu Tasarısı’nda simsarlık olarak nitelendirilmiştir (md. 520/III).

Kanun koyucu tellâllığın amacını, kapsamını gözden kaçırmaktadır. Taslağın ifadesiyle, emlakçı taşınmaz kirası veya satımı sözleşmesinin taraflarını bir araya getiren ve sözleşmesinin gerçekleşmesi halinde ücrete hak kazanan kimsedir.

Kurumun niteliği dikkate alındığında, emlakçının satıcının tabi olduğu hükümlere tabi tutulması doğru değildir. Özellikle emlakçının ayıptan sorumlu olması, satış sonrası hizmet vermesi söz konusu olamaz.

Bu maddede Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un mesafeli sözleşmelerle ilgili hükümlerinin de emlakçı tarafından yerine getirilmesi öngörülmektedir. Taşınmaz satımında mesafeli sözleşme yapılması söz konusu olamaz. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’daki bazı madde başlıkları Taslak metnine konmuş; taşınmaz satımının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun açısından arz ettiği özellikler gözden kaçırılmıştır.

31. maddenin son fıkrası çıkarılmalıdır. Zira bu maddenin hiçbir anlamı yoktur. Yukarıda da belirtildiği üzere, emlakçıların yapı maliki gibi değerlendirilmesi simsarlık kurumunun niteliğine uygun değildir. Maddenin kaldırılması gerekir. Bununla birlikte, maddenin kaldırılmasının uygun görülmemesi durumunda, ikinci fıkra yine anlamsız olacaktır. Emlakçının sorumluluğu satıcının sorumluluğunun yanında, ona ek olarak düzenlenmiştir. Her durumda, satıcının sorumluluğu bulunmaktadır. Satıcı gayrimenkul tellâlından faydalansın veya faydalanmasın, tüketiciye karşı sorumludur. Oysa 31. maddenin ikinci fıkrası, satıcıyı ancak taşınmaz satımı veya kirasında emlakçı kullanılmaması veya aracılık belgelerinin bulunamaması durumunda sorumlu kılmaktadır.

16) Tasarının 42. maddesi “Anlaşmazlıkların Halli” başlığını taşımakta ve Taslak konusu kanunun uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların yargıya intikalinden evvel Bakanlık bünyesinde yer alan “Yapı Kurulu” veya “Ombudsmanlık” metoduyla çözümlenmesi öngörülmektedir.

Madde çok kötü şekilde kaleme alınmıştır. Maddenin ilk iki fıkrası ombudsmanlıkla ilgili esaslı bir hüküm getirmemekte; kurumu tanıtan bir bilgi yazısı niteliği taşımaktadır. Ayrıca anlaşmazlıkların çözümlenmesi için iki ayrı kurum öngörülmüştür: Bakanlık bünyesindeki Yapı Kurulu veya Ombudsmanlık. Bu iki kurum özellikle kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu uyuşmazlıklar açısından önem arz eder. Özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların ombudsman önüne gitmesi söz konusu olamaz. Aynı şekilde, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların İdare’ye bağlı kurullar tarafından çözümlenmesi “doğal hâkim” prensibine aykırıdır. Bu sebeple, uyuşmazlıkların niteliğine göre ayırım yapılarak yargılama mercii tayin edilmelidir. Ayrıca, “Ombudsman” deyimini yerine bunun Türkçe karşılığı bulunarak (meselâ: “kamu denetçisi”) bu deyim kullanılmalıdır.