

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 3 - Sayı: 6
Aralık 2017

Sahibi

T.C. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. S. Binnur ÇELİK

Sorumlu Müdür

Dr. Öğr. Üyesi Kenan DÜLGER

Editör

Dr. Öğr. Üyesi D. Celaleddin KAVAS

İletişim Adresi

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

Sayfa & Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncı

Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Basılan Matbaa

Vadi Grafik Ltd. Şti. – Sertifika No: 33748
2284 Sok. No: 101 İvedik Organize Sanayi - Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0 312 395 85 71

Basım Yeri | Yılı

Ankara | Haziran 2018

ISSN

2149-5068

DANIŐMA KURULU

Prof. Dr. Adem SÖZÜER (İstanbul Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Başak SOMEREN ALP (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Billur YALTI (Koç Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Bünyamin GÜRPINAR (Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi)
Prof. Dr. Binnur S. ÇELİK (Beykent Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Cahit AĞAOĞLU (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT (Beykent Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi D. Celaleddin KAVAS (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Ersan ŞEN (Beykent Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Deniz TOPÇU (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Erol CİHAN (Beykent Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Dilek EKMEKÇİ (Girne Amerikan Üniversitesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Ebru KARAMAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Fikret GEZGİN (Beykent Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Elif YAVUZ (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Gülsen GÜNEŐ (BahçeŐehir Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi İbrahim KORKMAZ (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk Nami NOMER (İstanbul Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Hafize SEVİNÇ ENSARİ (MEF Üniversitesi)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (Doğuş Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Hulki A. CİHAN (Özyeğın Üniversitesi)
Prof. Dr. Hasan Nuri YAŞAR (Marmara Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Hülya ATLAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU (Özyeğın Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Kenan DÜLGER (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Nihat BULUT (İstanbul Şehir Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Mehmet BAĞCI (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (İstanbul Ticaret Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Okay DURMAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Tekin MEMİŞ (Beykent Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Özlem ARMAĞAN (Özyeğın Üniversitesi)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (Uluslararası Saraybosna Üniversitesi)	Dr. Öğr. Üyesi Tülin ÇAĞDAŞ (Beykent Üniversitesi)
Doç. Dr. Naim DEMİREL (Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi)	

YAYIN KURULU

Dr. Öğr. Üyesi D. Celaleddin KAVAS	Arş. Gör. Cemile TURGUT
Arş. Gör. Bahar ŐİMŐEK	Arş. Gör. Göksu IŞIK

* DanıŐma ve Yayın Kurullarında yer alan kişiler ünvan ve isimlerine göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

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

10. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında; dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve normal satır aralığında yazılmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler **italik** olarak belirtilmelidir.
12. Kısaltmalar liste olarak verilmemelidir. Kısaltılacak isim veya başlık, metinde ilk kez kullanıldığında açık olarak yazılmalı ve parantez içinde kısaltması verilmeli, müteakiben sadece kısaltma kullanılmalıdır.
13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların **yazar adına** göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek:

Durmuş Tezcan ve diğ., *İnsan Hakları El Kitabı*, 4. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

Erol Çiçek, "İnsan Hakkı Olarak Çevre ve Çevre Hukukuna Hâkim Olan Bazı İlkelere", *TBB Dergisi*, Sayı 103 (2012), s. 351-378.

14. Dipnotlarda yazarların **adı ve soyadı yazıldıktan** sonra, eserin adı italik olarak yazılmalı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevini adı, yayın yeri ve yılı, sayfa numarası gösterilmelidir. Aynı esere yapılacak atıflarda **yazarın soyadı** ve sayfa numarası belirtilmelidir; aynı yazarın birden fazla eseri bulunması halinde kısaltma kullanılmalıdır. Yabancı kaynaklar için de aynı usule uyulmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.

Örnek:

Bir eserden ilk defa bahsedildiğinde yazarın adı önde olacak şekilde:

Sefa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

Aynı eserden daha sonra bahsedildiğinde bu sefer yazarın soyadı önde olacak şekilde: Reisoğlu, s. 89.

15. Gönderilen çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda yayımlanması da dâhil olmak üzere tüm telif haklarını Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
16. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı ortaya çıkabilecek tüm sorumluluk yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

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

hukukdergisi@beykent.edu.tr

İÇİNDEKİLER

Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki İlişkiler ve Sorumluluk Düzeni The Relationships Between Data Controller and Data Processor and Dispositions of Liabilities <i>Prof. Dr. Tekin MEMİŞ</i>	9
Google Alışveriş-Fiyat Karşılaştırma Sisteminin Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi Evaluation of Google Shopping-Price Comparison System as Regard to Competition Law <i>Prof. Dr. Tekin MEMİŞ</i>	25
Sermaye Piyasası Kurulu'nun Halka Açık Şirket Esas Sözleşme Değişikliklerine Uygun Görüş Verme Yetkisi Authorization of Assent the Capital Markets Board to Amendments to the Articles of Association of Publicly-Held Corporations <i>Prof. Dr. Murat ALIŞKAN Av. Ahmet TOK</i>	45
İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi Termination of the Employment Contract of Employees Protected by Job Security Due to Their Private Lives <i>Av. Artür KARADEMİR Arş. Gör. Cemile TURGUT</i>	67
Cinsel Yönelime İlişkin Yaşam Tarzına Müdahalenin TCK Bakımından Değerlendirilmesi The Assessment of Intervention to Lifestyle Related to Sexual Orientation According to TPC <i>Arş. Gör. Ezgi CANKURT</i>	111
United Nations Framework Convention on Climate Change: History and Evolution of Negotiations and Agreements Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi: Müzakerelerin ve Anlaşmaların Gelişimi ve Tarihi <i>Arş. Gör. Emirhan ALTUNKAYA</i>	141
Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçu Bildirmeme Suçu Failure to Report a Crime Within the Context of Legal Certainty Principle <i>Arş. Gör. Göksu IŞIK</i>	163
Eşitlik, Suçta ve Cezada Kanunilik ve Vergilerin Kanuniliği İlkeleri Işığında Vergi Hukukunda Uzlaşma Kurumu Reconciliation Process in Tax Law in Terms of Principle of Equality, Principle of Legality in Crime and Punishment and Principle of Legality in Tax Law <i>Arş. Gör. Buğra Vehbi DÖNER</i>	189
Teknolojinin Pandora Kutusu: Robotların Hukuki Kişilikleri(!) ve Hukuki Sorumlulukları Pandora Box of Technology: Legal Personalities(!) and Liabilities of Robots <i>Av. Meliha AKBİLEK (LLM)</i>	215

Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki İlişkiler ve Sorumluluk Düzeni

The Relationships Between Data Controller and Data Processor and Dispositions of Liabilities

Prof. Dr. Tekin MEMİŞ^()*

Özet

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, veri sorumlusu ile veri işleyen kavramlarına yer vermiştir. Aynı zamanda veri sorumlusu ile veri işleyene yükümlülük ve sorumluluklar da getirmiştir. Makalede bu iki yeni sorumluluk aktörünün sorumluluklarına değinilmiştir. Ayrıca veri sorumlusu ile veri işleyen arasındaki hukuki ilişler ve sorumlulukları da izah edilmiştir. Kanunda yer alan bazı düzenlemeler ise tartışmaya açılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Veri Sorumlusu, Veri İşleyen, Sorumluluk, Adam Çalıştıran, İfa Yardımcısı, İç Yönerge.

Abstract

Turkish Personal Data Protection Law no. 6698 includes notions such as data controller and data processor. In addition, the law impose liabilities and responsibilities on data controllers and data processors. This article touch upon the responsibilities of these two new actors of responsibility. Furthermore, the article also mention the legal relationship between data controller and data processor and their liabilities. Article also bring some provisions up for discussion.

Keywords

Personal Data Protection Law, Data Controller, Data Processor, Liability, Employer, Internal Directive.

^(*) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, tekinmemis@beykent.edu.tr.

GİRİŞ

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (6698 sayılı Kanun), sorumluluk hukukunda iki yeni aktörün sorumluluğunu özelleştirmiş ve bu kimselere yeni yükümlülükler getirmiştir. Kanunun verilerin işlenmesinde muhatap olarak aldığı ve kabul ettiği bu kişiler, veri sorumlusu ve veri işleyendir. Kanun, Avrupa Birliği hukukuna uygun olarak iki kavramı da tanımlamıştır. Veri sorumlusu ve veri işleyenin tanımı, bu yönüyle Avrupa Birliği Tüzüğünden bazı farklılıklarla alınmıştır¹. Veri sorumlusu, ayrıca diğer uluslararası belgelerde de yer alan bir kavramdır². Tüzük, veri sorumlusu ile veri işleyeni ise neden tanımladığını dibacesinde belirtmiştir. Buna göre yeterli bir koruma seviyesinin sağlanabilmesi için muhatap belirlenmelidir³. Yine AB Tüzüğü ve Yönergesi, kişisel verilerin korunması için üye ülkelerde asgari standartları tespit etmektedir.

I. VERİ SORUMLUSU VE VERİ İŞLEYEN TANIMI

Kanun, veri sorumlusunu, “kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlarken (m.3/1); veri işleyeni, “veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi” (m.3/ğ) şeklinde ifade etmektedir. Veri sorumlusu ile veri işleyen kimse arasında bir altlık üstlük ilişkisi tesis edilmiş gibi görünmesine karşın bunun şart olmadığı, ikisinin aynı kişi olabileceği de anlaşılmaktadır. Herhangi bir gerçek veya tüzel kişi hem veri sorumlusu hem de veri işleyen kişi olabilir⁴. Veri sorumlusu, gerçek kişi olabileceği gibi, kamu kurumları, şirketler, dernekler veya vakıflar da olabilir⁵.

Veri sorumlusu tanımının son derece kapsayıcı olması önemlidir. Kamu kurumları da veri sorumlusu olabilir. Veri işleyen, veri sorumlusunun çalışanı olabileceği gibi dışarıdan hizmet alınan bir kimse de olabilir. Burada dikkat edilirse, düzenlemelerde asıl olan işleve odaklanılmış olmasıdır.

¹ Krş. Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü (VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L/119-1, 4.5.2016, Art. 4/6, 4/7.

² OECD'nin rehber ilkelerinde yer alan sorumlu tutulabilirlik ilkesi gereğince esas veri sorumlusu OECD'nin söz konusu diğer yedi rehber ilkesinin hayata geçirilmesi için gerekli önlemlere riayet etmesi bakımından hesap verebilir durumda olmak zorundadır (bkz. Çağrı Zeybek Unsal, Google'ın Yeni Gizlilik Politikası Google Inc. Tarafından 1 Mart 2012 Tarihinde Yayımlanan Politikasının Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri ile Uyumluğu ve Avrupa Birliği'nin 95/46/EC Sayılı Veri Koruma Direktifi Açısından Değerlendirilmesi, *HUHFĐ*, 3/1, 2013, s. 115).

³ Tüzük, n. 23; Direktif, n. 25.

⁴ Kanun gerekçesi, m.3.

⁵ Kanun gerekçesi, m.3.

Veri sorumlusu organizasyonlar bakımından tek olacağı halde veri işleyen birden fazla şirketin veri işleyeni olabilir. Burada Kanun, tek bir şirket için tek bir sorumluyu belirlemiş ancak veri işleyen kimseleri ise dışarıdan belirlemeye imkân tanımıştır.

Veri sorumlusu, Kanuni düzenlemelerde yer alan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bütün ilkelerin uygulayıcısı, yükümlülüklerin muhatabı ve meydana gelen zararların sorumlusudur.

Veri sorumlusunu her zaman tespit kolay olmayabilir. Özellikle elektronik ortamda veri toplandığında bu zorluklar söz konusudur. Bir bankanın web sayfasında veri sorumlusunu tespit daha kolaydır. Burada veri sorumlusu, bankadır. Buna karşın web 2.0 olarak adlandırılan sosyal medyada durum karmaşık hale gelir. Ancak Twitter ve Facebook gibi sayfalarda platformun işleticisi veri sorumlusu kabul edilir⁶. Ancak bu sonuca her zaman kolaylıkla ulaşılamaz⁷. Gelişen teknoloji ile birlikte web sayfalarında artık veriyi üreten, verinin sahibi platform sahibinden ziyade kullanıcıdır. Kullanıcı, bu tür platformlarda sadece veri sağlayan değil aynı zamanda veri toplayan da olabilir. Bu halde veri sorumlusu kavramı değişmektedir. Bu hallerde veriyi toplamayan ve veriye hâkim olmayan web sayfası işleticisi de veri sorumlusu kabul edilemeyecektir⁸. Web 2.0'da web işleticisi eğer verilere ulaşma imkanını elinde bulunduruyor ise bu halde veri sorumlusu kabul edilmelidir. Bir görüşe göre, hem sosyal medyanın kullanıcısı hem de sunucusu birlikte veri sorumlusudur. Zira burada kullanıcı ile işletici birlikte veriye sahip olmakta ve işlemektedir⁹. Sosyal medyada veri sorumlusunun kim olduğuna karar vermek için en doğru yol, veriye kimin hâkim olduğu ve veriden kimin istifade ettiği¹⁰. Türk hukuku anlamında bu türden sayfa sunucuları aracı hizmet sağlayıcıları olarak nitelendirilebilir.

Web 3.0 uygulamalarında ise işlerin daha karmaşık olduğu/olacağı rahatlıkla söylenebilir. Yapay zekaya dayanan bu uygulamada veri sorumlusunun kim olacağı üzerinde durulmalıdır. AB 24/10/1995 Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hak-

⁶ Schmidt-Wudy (Hrsg. Wolf/Brink), *Beck'scher Online Kommentar Datenschutzrecht*, 16. Edition 2015, BDSG, §34, rn. 33.

⁷ Stephan Doerfel/Andreas Hotho/Aliye Kartal-Aydemir/Gerd Stumme, *Informationelle Selbstbestimmung im Web 2.0*, Berlin-Heidelberg 2013, s. 4.

⁸ Voight/Alich, facebook-Like-Button und Co-Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Webseitenbetreiber, *NJW*, 2011, s. 3543.

⁹ Stefan Scheiper, Facebook-Like-Buttons, *DuD*, 2014/5, s. 32

¹⁰ Marco Wichtermann, *Social Media und Compliance im Unternehmen*, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Diss. 2013, s. 19, 20 (https://www.datenschutz.rlp.de/de/wissenschaftspreis/bisherige_arbeiten/2012_Arbeit_Wichtermann_Social_Media_und_Compliance.pdf).

kındaki Yönergesi'nin 15. maddesi de insani bir katkı olmaksızın otomatik surette kişisel veri işlenmesi sonucunda alınacak kararlar ve elde edilebilecek kişisel profillerin ancak ilgili kişinin rızaları ve belirli şartlar altında işlenebileceğini belirtmekte ancak veri sorumlusuna ilişkin bir tayinde bulunmamaktadır¹¹ Web 3.0 programlarında yapay zeka tarafından veri toplama gerçekleştiği için veriden kimin istifade ettiği dikkate alınarak veri sorumlusu kavramına ulaşılmalıdır.

Tartışılması gereken diğer bir konu da uygulama sunucularının durumudur. Akıllı telefonların yaygınlaşması ve bu telefonlar için uygulamaların geliştirilmesi ile birlikte çok sayıda kişisel veri, bu türden uygulama geliştiricileri tarafından toplanabilmektedir. Yer, konum, kamera, resim vs. çok sayıda kişisel veriye erişim hakkı uygulama geliştiricileri tarafından toplanmaktadır. Bu halde bu uygulama sunucularının veri sorumlusu olduğundan şüphe edilmemelidir¹². Bulut sunucuları için geliştirilen uygulamalar için de aynı sonuca ulaşılmalıdır¹³.

Bir işletmenin şubelerinin veri sorumlusu olması mümkün değildir. Zira şubelerin bağımsızlığı bulunmamaktadır¹⁴. Buna karşın bir holding yapılanması içinde yavru şirketlerin bağımsızlığından bahsedilir ve konzern yapısı için bir ayrıcalık da tanınmamıştır. Hatta bir şirketin bütün hisseleri hâkim şirkete de ait olsa bu durum değişmez¹⁵. Bu nedenle bir verinin kişinin rızası olmaksızın bütün şirketlerde kullanılması mümkün değildir¹⁶. Holding yapısında yavru şirketler tarafından toplanan verinin kullanımının Kanunun 5. maddesinde bulunan, iş ve sözleşmeler için gerekli olması, hukuki sorumluluğun yerine getirilebilmesi için zorunlu olması ya da bir hakkın tesisi, kullanılması ve korunması için zaruri olmasından da bahsedilemez¹⁷. Bir holding yapılanması içinde elde edilen veriler bakımından diğer bağlı-yavru şirketler üçüncü kişi olarak kabul edilir.

Burada Avrupa Birliği Tüzüğü ve Direktifi ile Kanun arasındaki bir farka da işaret etmek gerekir. Kanun'da veri sorumlusu, bir kişi olarak tanımlanmış

¹¹ Serhat Koç, *Hukuksal Bağlamda Sosyal Medya Analizi ve Kıyaslamalı Mevzuat Önerileri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 19.

¹² Düsseldorf Kreis, *Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich, Die Orientierungshilfe richtet sich an Entwickler und Anbieter mobiler Applikationen*, 2014, s. 6, 7.

¹³ Thilo Weichert, *Cloud Computing*, *DuD*, 2010/10, s. 683.

¹⁴ Christian Kuss, *Folge dem weissen Kaninchen-Datenaustausch in der Matrixorganisation*, *DuD* 2016/3, s.153.

¹⁵ Weichert, (Hrsg. Killian/Heussen), *Computerrechts-Handbuch*, 26. Ergänzungslieferung 2008, Rechtsquellen und Grundbegriffe des allgemeinen Datenschutzes, rn. 33.

¹⁶ Hans-Hermann Schild/Marie-Theres Tinnfeld, *Datenverarbeitung im internationalen Konzern*, *DuD* 2011/9, s. 631; Christopher Götz, *Grenzüberschreitende Datenübermittlung im Konzern*, *DuD* 2013/10, s. 631.

¹⁷ Götz, s. 633.

iken Tüzük ve Yönerge’de ise birlikte veri sorumlusuna dikkat çekilmiştir. Bu durum, şirketler topluluğunda veri paylaşımı ve tek veri sorumlusu kavramına ulaşmak için elverişli bir yorum kaynağıdır¹⁸.

II. VERİ SORUMLUSUNUN OLUMLU VE OLUMSUZ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Kanun’da veri sorumlusu (ve çoğunlukla veri işleyen için de) geçerli olan yükümlülükler şunlardır:

Kişisel verilerle ilgili genel ilkelere uygun davranma	m.2/m.5	Rızaya ya da kanuna uygun tutulması
	m.2	a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma. b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma. c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme. ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma. d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme
Kişisel verilerin silinmesini takip	m.7	Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir
Kişisel verilerin aktarılmasında özen	m.8/ m.9	Rıza ya da Kanuna uygunluk: Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz.
Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü	m.10	a) kendi kimliği hakkında b) Toplanacak kişisel veriler hakkında c) Verileri toplanan kişinin hakları konusunda (m.11) 5.000-100.000 TL idari para cezası (m.18)
Veri güvenliğinin sağlanması	m.12	Teknik ve idari tedbirler 15.000-1.000.000 TL idari para cezası (m.18)
Sır saklama yükümlülüğü	m.12	Görev esnasında ve sonrasında bu yükümlülük devam eder
Başvuruları kabul	m.13	Veri sorumlusu başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırır. Ancak, işlemin ayrıca bir maliyeti gerektirmesi hâlinde, Kurulca belirlenen tarifedeki ücret alınabilir.

¹⁸ Tüzük ve Yönerge’de veri sorumlusu şu şekilde ifade edilmektedir: “die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Datenentscheidet” (“tek başına ya da diğerleri ile birlikte kişisel verilerin işlenmesine karar veren gerçek ya da tüzel kişiler, makamlar, kuruluşlar ve diğer yerler”).

Kurul kararlarına uyma yükümlülüğü	m.15	(5) Şikâyet üzerine veya resen yapılan inceleme sonucunda, ihlalin varlığının anlaşılması hâlinde Kurul, tespit ettiği hukuka aykırılıkların veri sorumlusu tarafından giderilmesine karar vererek ilgililere tebliğ eder. Bu karar, tebliğden itibaren gecikmeksizin ve en geç otuz gün içinde yerine getirilir 25.000-1.000.000 TL idari para cezası (m.18)
Sicile kaydolma	m.16	Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir. 250.000-1.000.000 TL idari para cezası (m.18)

Veri işlemeye ilişkin Kanunda sayılan bütün ilkelere uyumu sağlayacak olan veri sorumlusudur. Bu ilkeler; a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma. b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma. c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme. ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçütlü olma. d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme (m.4). Verilerin işlenmesinin bu ilkelere uyumunu sağlayacak olan veri sorumlusudur. Kişisel verilerin işlenmesi için temel ilke, ya kanuna uygunluk hallerinden birinin varlığı ya da kişinin rızasının aydınlatarak alınmasıdır. (m.5).

Bu sayılanlar, temel ilkelerdir ve tüm veri toplama ve işlemede geçerli olan aynı zamanda veri sorumlusunun da uyması gereken ilkelerdir. Aynı şekilde verilerin aktarılmasında da veri sorumlusuna önemli görevler yüklenmiştir (m.8 ve 9).

Veri sorumlusu, veriyi elde etmeden önce ve sonra verilere ilişkin yükümlülükleri vardır. Veriyi elde etmeden önce kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere;

- Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,
- Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
- İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilceği,
- Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,
- 11'inci maddede sayılan diğer hakları, konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.

Verisi işlenen kişi de veri sorumlusuna müracaat ederek kişisel verilerinin işlenip işlenmediğini, ne maksatla işlendiğini, yanlış işlenen verilerin düzeltilmesini ve şartları ortadan kalkmış ise bunların silinmesini ve zarar varsa tazminini talep etme hakkına sahiptir (m.11)

Veri sorumlusu, Kanun'un 12. maddesinde;

- a) Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek,
- b) Kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek,
- c) Kişisel verilerin muhafazasını sağlamak, amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır.

Veri sorumlusu ve veri sorumlusunun öğrendiği bilgileri görevleri sona erse bile saklı tutma zorunluluğu da öngörülmüştür.

III. VERİ SORUMLUSU İLE VERİ İŞLEYEN ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ VE SORUMLULUK DÜZENİ

Kanun'un tanımında veri işleyen, veri sorumlusuna bağlı olarak onun verdiği yetkiye dayanarak verileri işlemektedir. Taraflar arasındaki ilişki iki farklı şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki, veri işleyenin veri sorumlusunun çalışanı olmasıdır. Diğeri ise veri sorumlusunun bu konuda dışarıdan hizmet almasıdır. Bu iki durumu birbirinden ayırt etmek gerekir.

Veri sorumlusunun sorumluluğu ve kendisine karşı yönelen tazminat talepleri iki temelde karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki, verisi işlenen kişi ile veri sorumlusu arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu haller diğeri ise sözleşme ilişkisinden bahsedilemeyeceği hallerdir. Bu iki durum, veri işleyen ile veri sorumlusu arasındaki sorumluluk düzenini de belirleyecektir. Veri sorumlusunun tüzel kişi olması durumu da veri işleyen ve veri sorumlusu arasındaki sorumluluk düzenini belirleyici bir etkidir.

Veri sorumlusunun aşağıdaki hallerden hangisi olursa olsun rücu hakkının bulunduğu ve zarar görenin her iki zarar görene de tazminat taleplerini ileri sürebileceği açıktır.

A. Veri Sorumlusunun Çalışanı Olarak Veri İşleyen

BK m.66 hükmüne göre adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıranın bu sorumluluğu kusursuz sorumluluk türlerinden olan özen sorumluluğudur. Bu sorumluluğun temeli, adam çalıştıranın çalıştırdıkları üzerindeki denetim ve gözetim görevini yerine getirmemesinden ve hakkaniyet

düşüncesinden kaynaklanmaktadır¹⁹. Adam çalıştırmanın, zarar meydana geldiğinde özen yükümünü yerine getirmediği karine olarak kabul edilir. Buna karşın adam çalıştırın yani veri sorumlusu, zararın meydana gelmemesi için her türlü tedbiri aldığını, özen gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Veri sorumlusu, zararın meydana gelmemesi için her türlü özeni göstermelidir. Bu özen, her duruma göre değişen sübjektif bir özen yükümü olmayıp o hal ve şartlar altında objektif olarak tespit edilir. Veri sorumlusunun göstermesi gereken özen üç noktada toplanır. Bunlar, çalışanın yani veri işleyenin seçiminde gerekli özenin gösterilmiş olması, işle ilgili talimatlarda gerekli özenin gösterilmesi ve nihayet denetlemede gerekli özenin gösterilmesidir.

Veri sorumlusunun veri işleyen kişinin eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmaması için bir kere her türlü tedbiri alması, güvenlik standardını sağlaması ve gerekli bütün dijital güvenliği sağlaması gerekir. Veri işleyen kişiye gerekli talimatların verilmesi, işin ciddiyetinin hissettirilmesi hatta gerektiği takdirde veri işleyen kişilerin gerekli eğitimleri aldırması da bu kapsamda düşünülmelidir. Nihayet denetim de veri sorumlusu tarafından ihmal edilmemelidir. Bu kapsamda işin niteliği arttıkça denetimin kapsamının da değişeceği kabul edilmelidir²⁰.

Bu kapsamda BK m.66 hükmünün sözleşme sorumluluğunda uygulanmayacağını, ancak sözleşme dışı sorumluluklarda söz konusu olabileceğini belirtmek gerekir²¹. Yine belirtmek gerekir ki, tüzel kişi organını oluşturan kişiler için özel sorumluluk hükmü bulunduğundan (MK m.50) tüzel kişinin BK m.66 uyarınca sorumlu olmasına yol açmazlar²². Bu çerçevede bir tüzel kişiliğin olduğu hallerde veri sorumlusu da tüzel kişilik olacağı için sorumlu kişinin zaten tüzel kişilik olduğu ortadadır. Yönetimle görevli kişilerin sorumlulukları ise yine özel düzenlemelerine tabidir.

B. Veri İşleyenin İfa Yardımcısı Olması Halinde

Çalışan, çalıştırmanın bir üçüncü kişiye olan borcun ifasında yardımcı oluyorsa ve çalışan bir borca aykırı davranışla alacaklıya zarar vermiş ise bu halde çalıştırın bu yardımcı şahsın fiillerinden sorumludur. Burada zarar gören ile borçlu arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisi mevcuttur²³. Ancak bazı hallerde yardımcı şahsın davranışı hem borca aykırılık hem de genel davranış kurallarına aykırılık teşkil ediyor ise çalıştırının BK m.66 ve BK m.116 hükmünden kaynaklanan sorumluluğunun yarıştığı kabul edilir²⁴. Eğer bir sözleş-

¹⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, Ankara 2014, 17. Baskı, s. 618, 619.

²⁰ Eren, s. 628 vd.

²¹ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2, İstanbul 2013, s. 141 vd.

²² Oğuzman/Öz, s. 145.

²³ Eren, s. 620.

²⁴ Oğuzman/Öz, s. 141.

me ilişkisinde yardımcı şahıs kullanılıyor ise bu halde BK m.116'da kurtuluş kanıtının tanınmamış olmasıdır.

Veri sorumlusunun veri işleyeni ifa yardımcısı olarak kullanması halinde uygulama alanı bulacak olan hüküm, BK m.116'dır ve ortaya çıkan zarardan her halükarda sorumludur.

C. Kanunun 12. maddesinde Getirilen Düzenleme Özel Bir Sorumluluk Hükümü müdür?

Yukarıda izah ettiğimiz üzere Borçlar Kanunu m.66 ve 116'daki hükümlere göre veri sorumlusu ve veri işleyen kişinin sorumluluk rejimi bellidir. Buna karşın 6698 sayılı Kanun'un 12. maddesinde de veri sorumlusu ve veri işleyen tedbirlerin alınmasından müşterek sorumlu olduğuna ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Acaba bu hüküm BK m.66 ve 116 karşısında özel bir sorumluluk rejimi mi öngörmektedir sorusunu akla getirmektedir.

Kanun'un 12/2. maddesi "*veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, birinci fıkrada belirtilen tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumludur*" hükmünü getirmiştir. İlk fıkrada ise veri sorumlusu, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. Bu hükmün veri işleyen kişi olsa bile veri sorumlusunun da aktif bir eylemini gerektirdiği, bu nedenle de veri işleyen ile veri sorumlusunun sorumluluğunu düzenleyen özel bir hüküm olduğu ileri sürülebilir. Eğer bu yorum kabul edilirse kişisel veri ihlali olduğunda, hem veri sorumlusu hem de veri işleyen bu tedbirleri aldıklarını ispatlamalıdır. Aksi halde sorumlulukları doğacaktır. Bu gibi hallerde veri işleyen bütün tedbirleri almış olması da veri sorumlusunu sorumluluktan kurtarmayacaktır. Sorumluluktan kurtulabilmesi için veri sorumlusunun da veri işleyen yanında ayrıca gerekli tedbirleri alması şart olacaktır. Kanaatimce bu düşünce yani bütün bu tedbirlerin hem veri sorumlusuna hem de veri işleyene yüklenmesi ve bu tedbirlerin alınmamasından müteselsilen sorumlu tutulması anlamsızdır ve gerçeğe de uygun düşmemektedir. Zira çoğu kez veri sorumlusunun bir veri işleyeni istihdamının amacı, kendisinin bu işi bilmemesi buna karşın veri işleyen bu konudaki uzmanlığıdır. Bu halde yukarıdaki hükümleri yine BK m.66 ve 116 çerçevesinde yorumlamak daha uygun olacaktır. Kaldı ki, TTK m.553/3 hükmü dahi burada örnek alınsa benzer sonuca ulaşılabilecektir. Yani diğer deyişle veri işleyeni seçmedeki özeni gösteren veri sorumlusu, veri işleyen teknik ve idari tedbirleri alması halinde sorumluluktan kurtulacağı da söylenebilirdi. Bu düzenleme uzmanlığa dayalı sorumluluk düzenlemeleri anlayışında uzaklaşmak anlamına gelmektedir.

IV. VERİ SORUMLUSUNUN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ DAYANAKLARI

Kişisel verileri işlenen kimse bir zarara uğraması halinde tazminat talebinde bulunabilir. Bu talep her ne kadar sadece veri sorumlusuna yöneltilecek gibi durmakta ise de (m.11/ğ) elbette zarara neden olan herkese karşı ileri sürülebilecektir. Ancak verilerin korunmasından ve güvenliğinden ilk sorumlu olan elbette veri sorumlusudur. Veri işleyenin ya da verileri hukuka aykırı elde eden kimselerin sorumluluğu da vardır. Sorumluluk ceza ve hukuk sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Veri sorumlusu ya da veri işleyenin sorumluluğundan bahsedebilmek için iki şartın yerine gelmesi gerekir. Bunlardan ilki, veri sorumlusu ve veri işleyenin hukuka aykırı ve doğru olmayan bir şekilde kişisel verilerin kullanımı, diğeri ise bundan kişinin bir zarar görmesidir²⁵.

Tazminat sorumluluğunun temeli sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluk şeklinde ikiye ayrılabilir. Kişisel verileri haksız bir şekilde işlenen kimselerle veri sorumlusu/işleyen arasında eğer bir sözleşme ilişkisi varsa bu halde sorumluluğun temeli sözleşmeye dayanır. Bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde ise sorumluluk haksız fiil temeline dayanır²⁶.

Veri sorumlusunun verisi işlenen kişi ile bir sözleşme ilişkisi dolayısıyla elde ettiği kişisel verileri kişinin rızasına ve elde edilmiş amacına aykırı kullanması halinde sorumluluğun temeli aynı zamanda sözleşmeye aykırılıktır. Bu durumda zarara uğrayan, sözleşme hukuku çerçevesinde tazminat talep edebilecektir.

İlgililerin tazminat talepleri sözleşmeye dayanabileceği gibi sözleşme öncesi görüşmelere de dayanabilir. Burada veri sorumlusunun sorumluluğu, sözleşmede bulunan yan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle ortaya çıkar. Veri sorumlusu, sözleşmede bulunan ve kanunla getirilen bütün yükümlülükleri yerine getirmelidir²⁷.

Veri sorumlusunun bir sözleşme dışında kişisel verileri hukuka aykırı elde etmesi ya da işlemesi halinde yahut dışarıdan bir veri işleyen kimsenin varlığı halinde sözleşmesel sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bu gibi hallerde haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde tazminat talepleri iletilecektir²⁸. Bazı hallerde iki sorumluluğun yarışması da mümkündür.

²⁵ Christiane Bierehoven, *Untermehmerische Haftung für Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorgaben*, Hoffmann Online Recht, s.24 (http://www.boorberg.de/sixcms/media.php/1123/978-3-415-04462-3_Hoffmann_Online-Recht_3_0_LPR.pdf).

²⁶ Moos, (Hrsg. Wolf/Brink), *Beck'scher Online Kommentar Datenschutzrecht*, 16. Edition, 2015, m. 40.

²⁷ Inderst/Bannenber/Poppe, *Comliance*, Aufbau-Manegement-Risikobereiche, 2. Aufl. München 2013, s. 341, m. 330.

²⁸ Inderst/Bannenber/Poppe, s. 341, m. 331.

Şirketlerde özellikle söz konusu yükümlülüklerin şirketin yönetim organına düştüğü tartışmasıdır²⁹. Şirket yönetimi, şirketin kişisel verileri koruma bakımından kanuna uyumunu sağlamak zorundadır. Şirketin sorumluluktan kurtulabilmesi için teknik ve idari/organizasyon bakımından bütün önlemleri alması gerekir³⁰. Teknik önlemlerde, giriş ve çıkışın ve işlenmenin her aşamasının güvenlik içinde olması, gerekli güvenlik standartlarının sağlanması önemlidir³¹. Gerek idari gerekse teknik önlemler için uygun önlemlerin alınması sorumluluktan kurtulmak bakımından kafidir³².

Veri sorumlusunun sorumluluktan kurtulabilmesi için gerekli bütün önlemleri aldığını ve özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekir. Bütün tedbirleri almasına karşın zararın meydana geldiği, geleceği ya da meydana gelen sistem hatasından kaçınılamayacağı ispatlanırsa sorumluluktan kurtulabilecektir. Örneğin bir veri tabanında bulunan verilerin bütün önlemler alınmasına karşın hacklenmesi ve internette yayılması halinde veri sorumlusu sorumluluktan kurtulabilir. Ancak bunun için tehlikenin büyüklüğüne göre gerekli önlemlerin alındığı ortaya konulmalıdır³³. Buna karşın hukuka aykırı elde edilmiş, silinmesi gerekmesine karşın silinmemiş ya da hukuka aykırı olarak aktarılmış verilerde bu türden önlemlerin alınması halinde dahi veri sorumlusunun sorumluluktan kurtulamayacağını söylemek gerekir. Zira burada başlangıçtaki hukuka aykırılık, ortaya çıkan zararlar uygun nedenselliğe sahiptir.

Veri sorumlusunun genel itibarıyla şu tedbirleri aldığını ispat etmesi gerekir³⁴:

- a. Yetkisiz kişilerin bilişim/veri sistem odasına girişinin engellenmesi,
- b. Yetkisiz kişilerin sisteme erişiminin engellenmesi,
- c. Yetkili kimselerin sisteme erişiminde dahi bunların yetkisiz olarak kopyalanması, değiştirilmesi, çoğaltılması ve silinmesinin engellenmesi,
- d. Kişisel verilerin naklinde yetkisiz kimselerin erişiminin engellenmesi, hangi yerlerden kişisel verilere erişimin yapıldığının kontrolü ve tespiti,
- e. Sonradan veri girişlerinin kontrol edilmesi,

²⁹ Inderst/Bannenber/Poppe, s. 320, rn. 248.

³⁰ Alman hukukunda bu husus BDSG § 9 s.1'de açıkça vurgulanmıştır, ayrıca bkz. Simon Bohnen, *Die BDSG Novellen, 2009/2010*, Kritische Bestandsaufnahme und weiterer Reformbedarf, Berlin 2011, s. 183

³¹ Inderst/Bannenber/Poppe, s. 327, rn. 274.

³² Inderst/Bannenber/Poppe, s. 328, rn. 274.

³³ Bierehoven, s. 28.

³⁴ Unabhængiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD), Datenschutz-Auskunftsportal-Datenschutzrechtliche Aspekte-, Kiel s. 61, 62 (<https://www.datenschutzzentrum.de/uploads/projekte/auskunftsportal/DatenschutzAuskunftsportal.pdf>).

- f. Veri sahibinin talepleri doğrultusunda söz konusu verilerin talebe uygun işlenip işlenmediğinin kontrolü,
- g. Kişisel verilerin ani kaybı ve zarar görmelerine karşı önlemlerin alınması,
- h. Farklı amaçlarla elde edilmiş verilerin ayrılarak işlenmesi.

Veri sorumlusunun çevrimiçi bir hizmetle verileri topladığı hallerde ise bu tedbirlere ilave birçok tedbirin alınması gerekecektir. Kişisel veri sahibine verileri yüklemeyi derhal durdurabilme yetkisi, sürekli saldırılara karşı korunması gibi.

V. ŞİRKETLER HUKUKUNDA VERİ SORUMLUSU

Bir şirketin kişisel verileri işlediği hallerde, işleme kararı, şirketin kararı olacağı için veri sorumlusu da şirkettir. Bu halde şirketin kararları organları aracılığı ile oluşturulacağı için (MK m.50) veri sorumlusunun yükümlülükleri de şirket organları tarafından yerine getirilmelidir.

Veri sorumlusuna yüklenen görevlerin hangi organ tarafından yerine getirebileceği sorulabilirse de esas itibariyle genel kurula verilmeyen yetkilerin yönetim kuruluna ait olduğu kuralı ve yönetim kurulunun icra organı olması nedeniyle bu görevlerin yönetim kuruluna ait olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu sorunun etraflıca tartışılabilmesi için TTK m.375 ve diğer hükümlerde söz konusu görevin münhasıran yönetim kuruluna verilmemiş olması gerekir.

A. Veri Sorumluluğuna İlişkin Görev Münhasır Görevler Arasında mıdır?

Şirketler hukukunda veri sorumlusuna Kanun'la yüklenen görevler yönetim kurulunun münhasır yetkileri arasında bulunmamaktadır. Bu nedenle yönetim kurulu esas sözleşmede hüküm bulunması ve bir iç yönerge hazırlanması halinde veri sorumlusuna ait görevlerini ve yetkilerini yönetim kurulu içinden ya da dışından birine devredebilecektir (TTK m.367).

Bu halde yönetim kurulu, yönetim yetkisini seçmedeki özeni göstermesi nedeniyle ve denetim görevini yerine getirmesi halinde sorumluluktan kurtulacaktır (TTK m.553). Bu durum esasen normal karşılanmalıdır. Yöneticilerin veri sorumlusuna yüklenen bütün görevleri yerine getirmesi mümkün değildir. Yine önemle vurgulamam gerekir ki, veri sorumlusu sıfatı her halükârda şirkete ait olacaktır. Verilerle ilgili görevlerin tevdi edileceği kişi ya da kişilerin yahut kurulların da bu işi yapabilecek ve şirket içinde bu görevleri yerine getirebilecek kişiler arasından seçilmesi, aynı zamanda bu kişilere kişisel verilerle ilgili yetkinin de verilmesi gereklidir.

Veri sorumlusunun TTK m.367 hükmüne göre kişisel verilerle ilgili görevleri veri işleyene devretmesi halinde bir taraftan yukarıda bahsedilen ifa

yardımcısı ve adam çalıştıranın sorumluluk esasları geçerli olmayacaktır. Zira bu gibi hallerde artık sadece şirketin yönetiminin yapacağı işi veri işleyen kişi yapacaktır ve organın kararları nedeniyle veri sorumlusu şirketin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Burada değinmek istediğimiz diğer bir husus, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na dayanılarak çıkarılacak olan Veri Sorumluları Sicil Taslağı'nın 11. maddesinde veri sorumluları için öngörülen sorumluluğa ilişkin isabetsiz düzenlemelerdir. Bu düzenleme içinde bulunan hükme göre tüzel kişi organları kişisel verilerle ilgili görev ve yetkilerini bir veya birden fazla kişiye devredebileceklerdi; ancak bu görevlendirmeler yöneticilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktı. TTK'dan geriye gidiş olan bu düzenleme isabetli bir şekilde Taslak'tan çıkarılmış ve Yönetmelik, Türk Ticaret Kanunu'nda kabul edilen anlayışa uygun bir şekle getirilmiştir. Zaten bir yönetmelikte sorumluluk düzenlemesinin yapılması da hukuka uygun değildir.

B. Şirketler Topluluğu İçinde Veri Sorumlusu

Yukarıda bahsettiğimiz üzere veri sorumlusu, verinin kaderini tayin eden kimsedir. Kanun, şirketler topluluğu için özel bir imtiyaz tanımamıştır. Bu nedenle şirketler topluluğu içinde veri transferinin yapılabilmesi için ilgili kişinin açık rızasının varlığı ya da m.5/2 ya da 6/3 hükmündeki şartların varlığı şarttır. Avrupa Birliği Tüzük ve Direktifinde ise birlikte veri sorumlusu kavramı getirilmiştir ki esasen bu durum şirketler topluluğu için uygulama alanı bulabilir. Ancak şirketler topluluğunda birlikte veri sorumlusu olunacak ise bu halde veri sorumlusunun kimliğinin de aydınlatma açıklamalarında yer alması gerekir.

SONUÇ

Kanunda tanımlanan veri sorumlusu ve veri işleyen kavramı, her olayda tekrar araştırılmalı ve ele alınmalıdır. Veri sorumlusu kavramı zamanla değişmektedir. Kullanılan teknoloji, veriden yararlanma, verinin toplanmasına göre veri sorumlusu tayin edilir. Veri işleyen de esasen veri sorumlusu gibi işleve göre tayin edilmelidir. Veri sorumlusu ile veri işleyen arasındaki ilişki ve sorumluluk düzeni de her duruma göre değişebilmektedir. Veri sorumlusu ile veri işleyen arasında duruma göre adam çalıştıran ya da ifa yardımcısına ilişkin sorumluluk rejimleri işletilebilir.

Veri sorumlusunun şirket olması halinde yönetim kurulu da veri koruma-ya ilişkin sorumluluklarını şirket içinden ya da dışından birine ya da birilerine devredebilir. Bu durumda BK m.66 ya da 116 hükmü uygulama alanı bulmaz. Zira bu gibi hallerde yetki ve görevin devredildiği kişi ya da kişiler organın görevini üstlenmiştir.

Kanun veri sorumlusunun görevlerinin veri işleyene verilebileceğini öngörmektedir. Buna karşın Kanun'da öngörülen idari ve teknik tedbirlerden müştereken sorumluluğa ilişkin düzenlemesi yerinde olmamıştır. Esasen sorumluluk düzenlemeleri ile ilgili genel yaklaşımın burada da sergilenmesi daha yerinde olurdu. Bu tür düzenlemelerde genel hükümlerde getirilen ilkelere ayrılmak doğru değildir. Kanun'da açık düzenlemeye karşın bu hükümleri yine de genel sorumluluk ilkeleri doğrultusunda yorumlamanın daha doğru olacağı kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

- Christian Kuss, *Folge dem weissen Kaninchen-Datenaustausch in der Matrixorganisation*, DuD 2016/3, s.153.
- Christiane Bierehoven, *Untermehmerische Haftung für Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorgaben*, Hoffmann Online Recht, (http://www.boorberg.de/sixcms/media.php/1123/978-3-415-04462-3_Hoffmann_Online-Recht_3_0_LPR.pdf).
- Çağrı Zeybek Unsal, Google'ın Yeni Gizlilik Politikası Google Inc. Tarafından 1 Mart 2012 Tarihinde Yayımlanan Politikasının Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri ile Uyumluluğu ve Avrupa Birliği'nin 95/46/Ec Sayılı Veri Koruma Direktifi Açısından Değerlendirilmesi, *HUHF*. 3/1, 2013.
- Düsseldorf Kreis, *Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich, Die Orientierungshilfe richtet sich an Entwickler und Anbieter mobiler Applikationen*, 2014.
- Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, Ankara 2014, 17. Baskı
- Hans-Hermann Schild/Marie-Theres Tinnfeld, *Datenverarbeitung im internationalen Konzern*, DuD 2011/9.
- Inderst/Bannenberg/Poppe, *Compliance, Aufbau-Management-Risikobereiche*, 2. Aufl. München 2013.
- Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2*, İstanbul 2013
- Marco Wichtermann, *Social Media und Compliance im Unternehmen*, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Diss. 2013, (https://www.datenschutz.rlp.de/de/wissenschaftspreis/bisherige_arbeiten/2012_Arbeit_Wichtermann_Social_Media_und_Compliance.pdf).
- Moos, (Hrsg. Wolf/Brink), *Beck'scher Online Kommentar Datenschutzrecht*, 16. Edition, 2015, rn. 40.
- Schmidt-Wudy (Hrsg. Wolf/Brink), *Beck'scher Online Kommentar Datenschutzrecht*, 16. Edition 2015, BDSG.
- Serhat Koç, *Hukuksal Bağlamda Sosyal Medya Analizi ve Kıyaslamalı Mevzuat Önerileri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- Simon Bohnen, *Die BDSG Novellen 2009/2010*, Kritische Bestandsaufnahme und weiterer Reformbedarf, Berlin 2011.
- Stefan Scheiper, *Facebook-Like-Buttons*, DuD, 2014/5.
- Stephan Doerfel/Andreas Hotho/Aliye Kartal-Aydemir/Gerd Stumme, *Informationelle Selbstbestimmung im Web 2.0*, Berlin-Heidelberg 2013.
- Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD), *Datenschutz-Auskunftsportal-Datenschutzrechtliche Aspekte*, Kiel (<https://www.datenschutz-zentrum.de/uploads/projekte/auskunftsportal/DatenschutzAuskunftsportal.pdf>).
- Voight/Alich, *facebook-Like-Button und Co-Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Webseitenbetreiber*, *NJW*, 2011.
- Weichert, (Hrsg. Killian/Heussen), *Computerrechts-Handbuch*, 26. Ergänzungslieferung 2008, Rechtsquellen und Grundbegriffe des allgemeinen Datenschutzes, rn. 33.

Google Alışveriş-Fiyat Karşılaştırma Sisteminin Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Evaluation of Google Shopping-Price Comparison System as Regard to Competition Law

Prof. Dr. Tekin MEMİŞ^()*

Özet

Son dönemlerde alışveriş-fiyat karşılaştırma siteleri artmakta ve yeni bir iş modeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Webde bir ürün ya da hizmet arayan internet kullanıcıları, bu sitelere giriş yapmakta ve buralar aracılığı ile alışverişlerini yapmaktadır. Tüketiciler için ciddi bir avantaj sağlayan bu siteler aynı zamanda bir gelir de elde etmektedir. Yeni bir iş modeli olan fiyat karşılaştırma uygulamalarına Google da başlamıştır. Ancak arama motoru alanındaki üstün gücü nedeniyle bu alanda bir taraftan diğer fiyat karşılaştırma siteleri ile rekabet etmekte diğer taraftan da hâkim gücü ile onların ilk sayfalardaki görünürlüğünü engelleyebilmektedir. Bu ise açıkça hâkim durumun kötüye kullanımı olarak değerlendirilebilmektedir. Aşağıdaki makalede Google'ın bu eylemleri ve Avrupa Birliği'nde verilen karar ve Rekabet Hukuku ışığında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Alışveriş-Fiyat Karşılaştırma Sistemi, Rekabet Kanunu, Hâkim Durum, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması.

Abstract

Recently, the number of websites which have shopping-price comparison system have increased and become a new business model. Internet users who are searching goods or services enter these sites and do shopping. These internet sites, which offer many advantages to the users, monetize huge amounts. Google has also started this new business model which offer price comparisons. Despite competing with other price comparison websites, Google, by its dominant position, has the ability to prevent their visibility in search results. This behavior in the market could be considered as abuse of dominant position. This article analyze such behaviors of Google in the light of competition law and European Union Decisions.

Keywords

Shopping-Price Comparions System, Competition Act, Dominant Position, Abuse of Dominant Position.

^(*) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, tekinmemis@beykent.edu.tr.

GİRİŞ

Bu makalede, Google'ın alışveriş ve fiyat karşılaştırmasının yapıldığı "Google Shopping" uygulamasının rekabet hukuku açısından ele alınması amaçlanmıştır. Konuyu incelemeye değer kılan, Google hakkında AB Komisyonundan bir ihlal kararı çıkmasıdır. Ancak konunun tarafımda ayrıca ele alınmasının diğer sebebi ise, Google'ın bu karara rağmen Türkiye'de uygulamasını hiç değiştirmeden devam etmesidir. Bu durum, esasen dünya çapında bir oyuncu olan Google'ın davranışının nitelendirilmesi bakımından önemlidir. Google, dünyada ve Türkiye'de reklam pazarından ciddi bir gelir elde etmesine karşın vergi vermemesi bakımından eleştirilmektedir. Yine aşağıda makalemde de kısaca değinileceği üzere Google'ın bütün bir dijital pazarı gözlemleyebilme yeteneği ona ticarete çok büyük bir avantaj sağlamaktadır. Bu durumun ileride ayrıca TTK'da düzenlenen haksız rekabet açısından değerlendirilmesini gerektireceği açıktır. Ancak çalışmamda, konu, sadece rekabet hukuku açısından ele alınacaktır. Diğer konular ayrı ve müstakil çalışmalar ve incelemeleri gerektirmektedir.

Google'ın ne tür bir rekabet ihlali yaptığı hakkında değerlendirmelerimi yapmadan önce sistemin nasıl işlediği ile ilgili genel açıklamaların yapılması zorunludur. Google, dünyanın birçok ülkesinde uygulamasına başladığı Google Shopping/Vitrin Alışveriş/Alışveriş Karşılaştırmaları şeklindeki uygulamayı Türkiye'de de başlatmıştır.

Alışveriş sayfaları diğer adlandırması ile fiyat karşılaştırmaları sitelerinin tüketici için çok sayıda faydası bulunmaktadır. Bunlara ilişkin aşağıdaki açıklamalarımızı öncelikle sunmak gerekmektedir. Bu tür siteler, elbette diğer şirketler tarafından açılabilirdi gibi Google tarafından da açılabilir ve nitekim açılmıştır da.

Çalışmamızın bir bölümü de Google hakkında AB Komisyonu tarafından verilen kararın özetine ayrılmıştır. Böylece konu, okurlar tarafından daha anlaşılabilir hale gelecektir.

I. ALIŐVERIŐ GENEL GÖRÜNÜMLERİ

Alışveriş ve fiyat karşılaştırmaları sayfalarının en büyük avantajı, web üzerinden herhangi bir ürünü arayan tüketicilere, satışı yapılan ürünlerin fiyat ve özellikleri ile birlikte ürün görselleri ve linklerinin de gösterilmesidir. Konuya ilişkin aşağıdaki örnek verilebilir¹:

¹ Bkz. www.akakce.com.

akakce.com Aradığımı yaz, en ucuzunu bul

Piyasadaki büyük mağaza fiyatları

4.399 TL 4.499 TL 4.599 TL 4.599 TL 4.699 TL 4.799 TL

4.799 TL

Tüm fiyat seçenekleri (45)

Sırala En ucuz Kargo dahil Satıcı puanı Filtrele

APPLE İPHONE 8 PLUS 64GB CEP TELEFONU (APPLE TR GARANTİLİ) 4.299,00 TL Satıcıya Git

Kargo dahil en ucuz

1 yıl güv. Ücretsiz kargo Son güncelleme: Bugün 2018

Satıcı: N11/Depkesspress

Aradığınız tüm ürünler alışverişin uğurlu adresi n11.com'da

Apple iPhone 8 Plus 64 GB MQBL2TU/A Space Gray 4.309,00 TL Satıcıya Git

Ücretsiz kargo Son güncelleme: 41 dakika önce

Satıcı: incehesap.com P14 Yorum

1.000 TL üstü 75 TL World Puan hediye

Görüleceği üzere yukarıda bir fiyat karşılaştırma sayfasından alınan görüntü bulunmaktadır. Bu görüntü incelendiğinde cep telefonu için yapılan arama sonrasında karşımıza çıkan fiyatlar değişik şirketlerin fiyatlarıdır. Tüketici, karşısına çıkarılan bu sayfalarda bulunan ürünleri, farklı kriterlerle arayabilir ve sıralamaya da tabi tutabilir.

Bu tür sayfaların değişik alternatifleri bulunmaktadır. Bunlardan birinin ekran görüntüsü de aşağıdaki gibidir²:

ELKTRONİK TAŞITLAR BEYAZEŞYA RUÇUK EV ALEMLERİ ANNE VE BEBEK DİĞER

Telefon > Apple > Apple iPhone 7 Plus

Apple iPhone 7 Plus (256 GB) (MN4W2TU/A, MN512TU/A, MN4X2TU/A, MN4Y2TU/A, MN502TU/A)

Karşılaştır

88 puan

3 GB 32 GB 128 GB

3.249,00 TL 4.099,00 TL

n11.com Apple iPhone 7 Plus 256 GB Cep Telefonu 4.788,00 TL Ücretsiz Kargo Satıcı: Platinum-ilet İthalatçı Garantili Siteye Git

hepsiburada Apple iPhone 7 Plus 256 GB (Apple Türkiye Garantili) 4.890,00 TL Ücretsiz Kargo Satıcı: Zenttic Distribütör Garantili / 8 yorum Siteye Git

hepsiburada Apple iPhone 7 Plus 256 GB (Apple Türkiye Garantili) 4.899,00 TL Ücretsiz Kargo Satıcı: Bsz Elektronik Distribütör Garantili / 8 yorum Siteye Git

5.5 inç 256 GB 3 GB 2900 mAh Tek Hat Var

Ürün Özellikleri Ürün Fiyatları (2 site, 6 fiyat) Ürün Yorumları (51) Karşılaştırmalar

² Bkz. www.epey.com.

Görüleceği üzere bu sayfada da ilk örneğe benzer şekilde bir sıralama gösterilmektedir. Tüketici, ürünü sunan değişik sitelere giderek ürüne ulaşabilmektedir.

Bir diğer sayfa görünümünü de şu şekildedir³:

The screenshot shows a web browser window displaying a comparison page for an Apple iPhone 8 Plus 64GB. The page is titled "AKBANK Bu ürünü 219.44 TL'den başlayan taksitlerle almak ister misiniz?" and lists several retailers with their respective prices and offers. The retailers and their prices are:

Mağaza	Ürün	Fiyat	Özellikler
n1.com	APPLE İPHONE 8 PLUS 64GB CEP TELEFONU (APPLE TR GARANTİLİ)	4.299,00 TL	500 TL'ye Varan İndirim Kuponu Fırsatı! Ücretsiz Kargo
incehesap.com	Apple iPhone 8 Plus 64 GB MQ8L2TU/A Space Gray Cep Telefonu Apple Türkiye Garantili	4.309,00 TL	En ucuz teknoloji fiyatlarını arayanlara incehesap.com Ücretsiz Kargo Aynı Gün Kargo
Altınbaş	Apple iPhone 8 Plus 64 GB Cep Telefonu Apple Türkiye Garantili	4.338,00 TL	Gittigidiyor'da 100 TL'ye varan Worldpuan hediye Ücretsiz Kargo 3 Günde Kargo

The page also features a banner for a 23% discount on notebooks and a 10% installment offer. The banner text reads: "Notbooklarda %0 FAİZ 10 TAKSİT Kazananlar MediaMarkt'ta!"

Son örnekte de yine bir cep telefonu aramasının sonuçları tüketiciye gösterilmektedir. Böylece tüketici, fiyat, görsel, özellik karşılaştırması yapabilmekte ve istediği ürünü sipariş verebilmektedir.

II. ALIŞVERİŞ VE FİYAT KARŞILAŞTIRMALARININ FAYDALARI

Yukarıda örneklerini verdiğimiz alışveriş siteleri, tüketicinin istediği ürüne kolay ve çabuk ulaşmasını sağlamakta ve fiyat rekabetini de gerçekleştirmektedir. Bu tür ürünlerin karşılaştırmalarını yapan sayfalar da bunu bir iş modeli olarak geliştirmekte ve reklam geliri elde etmektedir.

Alışveriş ve fiyat karşılaştırma sayfalarında bulunan ürünler tüketicilere daha etkili bir şekilde sunulmuş olmaktadır. Böylece tüketiciler firmaların ürün çeşitliliğine daha hızlı ve kolay bir şekilde ulaşırken, bir yandan da firmalar potansiyel müşterilere daha çabuk ulaşmış olmaktadır. Bu uygulamanın ülkemizde farklı örnekleri mevcuttur.

Ürünlerini geniş kitlelere tanıtmak, web sitelerine gelen trafiği artırmak ve potansiyel müşterilere daha hızlı ulaşmak isteyen firmalar, bu alışveriş kampanyalarını tercih etmektedir. Bu uygulama ile yapılacak tanıtımlar, metin reklamlardan farklı olarak ürün fotoğrafı, başlık, fiyat, firma adı ve ürün

³ Bkz. www.cimri.com.

özellikleri ve linkleri de içerdiğinden çok daha etkili olmaktadır. Bu reklamlar, tüketicilere reklama tıklamadan önce, ürün ile ilgili dikkat çekici bilgileri gösterdiği için daha nitelikli müşteriler elde etmeye imkân tanımıştır.

Uygulamanın ayrıntısına girildiğinde bu sistem, “**fiyat karşılaştırması yapılabilen bir reklam modeli**”dir. Bu model, tüketicinin birçok ürünü karşılaştırmalı olarak görebildiği bir uygulamayı ifade eder. Bu durum, görsel açıdan oldukça başarılı dizayn edilmiş olan bir uygulamadır.

Alışveriş/fiyat karşılaştırma siteleri ile internette satış yapmanın ve hatta bir sanal mağaza açmanın çok sayıda faydası vardır⁴:

1. Daha fazla dönüşümlü potansiyel trafik oluşmaktadır. Alışveriş ile ilgili aramalar, aynı konumda gösterilen metin reklamlarına göre daha fazla tıklama oranları sağlamaktadır.
2. Ayrıca daha nitelikli satışlar gerçekleşmektedir. Tüketicilerin daha bilinçli satın alma yapmasına destek olacak bütün ürün bilgileri kendilerine sunulmuş olmaktadır.
3. Bunun yanı sıra sistem daha geniş görünürlük sunmaktadır. Tüketicilerce daha fazla alışveriş reklamı görüntülenebilir. Hatta gerekli durumlarda metin reklamda aynı anda gösterilebilir.
4. Sistem güçlü bir veri analiz imkânı vermektedir. Firmalar satış performanslarını istedikleri ayrıntı düzeyinde görebilirler.
5. Firmalar satış odaklı kampanya yönetmiş olmaktadır. Sistem, ürün tanıtımlarını aramalarda göstermek için, anahtar kelimeler yerine ürün özelliklerini kullanmaktadır.

Bu arama örneklerinden bir diğerinin görseli de aşağıdadır. Havayolu ile uçuş aramaya kadar kullanıldığı görülebilmektedir⁵:

⁴ Bkz. <http://www.arsebilisim.com/cozumler2/google-alisveris-merchant-reklam-danismanligi.html> (16 Şubat 2017).

⁵ Bkz. www.enuygun.com.

Enuygun Com Internet Bilgi Hizmetleri Teknoloji ve Ticaret A.Ş. [TR] | https://www.enuygun.com/ucak-bilet/istanbul-sabiha-gokcen-havalimani-ankara-esenboga-havali...

Şubat Mart

Fiyat Alarmı oluştur Yeni

Gidiş: 24 uçuştan 24 tanesi gösteriliyor. Sırala: Fiyata göre artan

Lütfen Gidish Uçuşunuzu Seçin

Önceki gün	18 Şub 2018, Paz	Sonraki gün
Havayolu	Uçuş Detayı	Kalkış
Anadolujet SAW > ESB	15 kg/Kişi Promosyonlu	08:05 15a Sdk
		92,99 TL
Anadolujet SAW > ESB	15 kg/Kişi Promosyonlu	09:30 15a
		92,99 TL
Pegasus SAW > ESB	15 kg/Kişi	08:00 15a Sdk
		100,99 TL
Pegasus SAW > ESB	15 kg/Kişi	11:25 15a Sdk
		120,99 TL
Pegasus SAW > ESB	15 kg/Kişi	14:35 15a
		125,99 TL

2016-2017 FAALL...docx hukuk fakültesi yö...pdf hukuk fakültesi yö...pdf IBS VERİ KORUM...docx

Tümünü göster

21:50 17.02.2018

Bu kadar detay aramaya imkân veren bir altyapı, bu tür sitelerde kurulmuştur. Görüleceği üzere alışveriş ve fiyat karşılaştırmalarını yapan siteler, artık bir uzmanlaşmaya doğru da gitmektedir. Yukarıdaki örnekteki fiyat karşılaştırma, diğer ürünler yanında ağırlıklı olarak uçuş aramak için tasarlanmıştır.

Yine sadece kişi isteğine en uygun otelin aranıp bulunması için kurulmuş bulunan siteler de buna örnek olarak verilebilir⁶:

Güvenli | https://www.trivago.com.tr/antalya-32134/otel

Sadece mevcut otelleri göster
En İyi Fırsatları Göster

Misafir puanı

Otel sınıfı

Mesafe

Şehir merkezi

0,5 km maks. 20 km 20 km

Adres

Tercih edilen filtreler

Antalya, Şehir merkezi 13,6 km uzaklıkta	7.9 İyi (5047 değerlendirme)	248 TL 244 TL ve daha fazla	314 TL 244 TL
Ramada Plaza Antalya	4.4 Çok İyi (3729 değerlendirme)	268 TL 266 TL ve daha fazla	395 TL 260 TL
The Marmara Antalya	4.5 Çok İyi (1363 değerlendirme)	298 TL 282 TL ve daha fazla	392 TL 149 TL
Su & Aqualand	4.4 Çok İyi (1363 değerlendirme)	267 TL	267 TL

2016-2017 FAALL...docx hukuk fakültesi yö...pdf hukuk fakültesi yö...pdf IBS VERİ KORUM...docx

Tümünü göster

21:54 17.02.2018

⁶ Bkz. www.trivago.com.

Önümüzdeki yıllarda bu tür sitelerin nereye doğru evrileceğini göstermesi bakımından da bu site örnek olarak gösterilebilir. Bu türden gelişimlere kredi arama sayfaları da örnek olarak verilebilir⁷.

III. GOOGLE'IN FAALİYETİ VE GELİR KAPISI

A. Arama Motoru Faaliyeti

Google'ın arama motorları arasındaki gücü ve kapasitesi malumdur. Arama motoru denildiğinde bugün ilk akla gelen sitedir. Halk arasında "Allah'tan sonra Google bilir" ya da "google'lamak" deyimleri artık yerleşmiştir. Arama motoru olan Google'ın bir hayır cemiyeti olmadığı açıktır. Diğer bir deyişle, elbette Google da ticari faaliyet yapabilecek, kendisine ait iş modellerini geliştirebilecektir. Böylece ticari hayattaki sürekliliğini de sağlamış olacaktır. Bu kapsamda Google da, kendisine ait ve kendisine özgü bir alışveriş sitesini ya da sistemini hayata geçirebilecektir. Burada bir sorun olmasa gerekir.

B. Google'ın Gücü

Google, arama motoru olarak hizmet sunarken bir taraftan da inanılmaz bir veri trafiğini yönetmektedir. Bütün dünyadaki veri trafiği, verilen hizmetin tabii sonucu olarak izlenmektedir. Böylece Google, ister ticari olsun ister ticari olmasın bir sayfanın ne kadar ziyaret edildiğini ya da edilmediğini bir yazının ne kadar okunduğunu ya da okunmadığını bilebilmektedir. Hatta bu sayfalardaki trafiğin gerçek ya da suni olup olmadığına da vakıftır.

Google, bu türden ziyaret trafiğini sayfalara raporlama hizmeti olarak da sunmaktadır. Böylece Google'dan bu hizmeti alanlar, örneğin bir gazete ise hangi yazarının ne kadar okunduğunu, hangi haberinin ne kadar reyting aldığını öğrenebilmektedir. İşin ilginç tarafı, Google bu trafiğin gerçekliğini de (IP trafiği üzerinden) gösterebilmekte ya da ayırtılabilmektedir.

Bir ticari sayfada sunulan hangi ürününün ne kadar görüldüğünü, hangi hizmete ne kadar talep olduğunu da Google kolay bir şekilde ölçebilmektedir. Bu ise esasen Google'ın birçok kimsenin yatırım danışmanlığı sonrasında elde edebileceği bilgilere kendiliğinden ulaşabildiğini ortaya koymaktadır. Esasen burada dahi bir sorun yoktur. Zira bu bilgiler Google'ın kendi icra ettiği bir faaliyetin sonucudur. Bu sonuç karşısında belki de ileriki yıllarda Google'ı "profesyonel" olarak yatırım danışmanlığı verirken görmemiz de mümkün olacaktır. Google, sahip olduğu altyapı ile adeta ticari ve özel hayatın "*big brother*"idir. Ticari faaliyetlerini ağa taşımış olan her esnaf ya da tacir, büyük ya da küçük her şirket hakkında Google'ın bir "fikri" vardır. Bu fikir, sadece salt bir akıl yürütmeden de ibaret değildir. Ayakları yere basan, istatistiklerle bugününün ve yarınının görülebildiği bir fikirdir bu!

⁷ Bkz. www.hangikredi.com; www.enuygunkredi.com.

Google, sektör bazında daha güçlü verilere sahiptir. Örneğin bir ülke çapında hakimiyeti olan bir ayakkabı, deri yahut gıda şirketinin, kendilerine rakip diğer şirketler hakkında sahip olduğu bilgiler, nihayetinde sınırlıdır. Buna karşın eğer bu hizmetler ağa taşınmış ise Google, bütün sektör hakkında “en fazla bilen”dir. Zira o, ağda işi gereğince zaten bütün trafiği ve alışverişi görebilmektedir. Hatta geçen yılları görerek mevsim ya da ay bazında satış tahminlerinde de bulunabilmektedir. İşte Google’ın büyük gücü de buradadır.

C. Google Nasıl Para Kazanmaktadır?

Google, bildiği üzere arama motorunu kullanıcılara ücretsiz sunmaktadır. Google, değişik zamanlarda yayınladığı gelirine ilişkin açıklamalarda ciddi bir gelir elde ettiğini zaten saklamamaktadır. Google, gelirinin bir kısmını, geliştirdiği web araçları ve ürünlerinden olduğunu, bir kısım gelirini ise *AdSense* adı verilen reklam gösterimlerinden elde ettiğini, yine kendi sayfaları üzerinden reklam gösterimlerinden kazandığını beyan etmektedir. Ancak gelirinin en büyük kısmının sonuncudan yani kendi sayfalarında aldığı reklam gelirlerinden elde edildiği de açıktır. Yine belirtelim ki, devasa gelirin ülkemizde de sıkça tartışılan “vergilendirilmemesi” sorunu ayrı yazı konusudur. Bu tartışmalar bir yana bırakılacak olursa bu gelirin reklamdan elde edilmesinde de hukuken bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak çalışmamın bu noktasında bu malum bilgileri vermekle kastım, Google’ın ana gelir kaynağının “reklam” olduğunun altını çizmektir.

IV. GOOGLE NE YAPMAKTADIR?

Yukarıda da izah ettiğim üzere, Google’ın ana geliri reklamdır. Devasa bir güce sahip bir arama motoru, reklam gelirinden elbette vazgeçmeyecektir. Bu halde Google’ın elinde diğer şirketlerin reklam uygulamalarına ilişkin bilgileri bulunmaktadır. Google bu reklam trafiğine ve verilerine -tabii ki gelirene- bigâne (yabancı) kalabilmesi düşünülemez. Aslında alışveriş ve fiyat karşılaştırmalarına ilişkin uygulamayı takip eden Google, hemen kendi sistemini kurmakta da hiç tereddüt etmemiştir.

Altını çizerek ifade etmeliyiz ki, Google için bu tür bir sisteme geçmek sadece “karar” meselesidir. Buna karşın diğer bir tacir web sayfası için böyle bir çalışma, uzun araştırmalar ve emek gerektirmekte ve geleceğe dair bir riski de beraberinde taşımaktadır. Oysa Google için bu durum, yatırımın nerede ise her yönünün bilindiği “şeffaf” bir karar alma mekanizmasıdır.

Google için bu kadar avantajlı olan bir reklam pastasından uzak kalmak son derece zor olsa gerektir. Zira nerede ise hangi ürünün hangi ülkede ve ne şekilde ve ne mevsimde hatta hangi saatte daha çok satıldığını bilebilecek bir sistem için, ticaret yapmak ya da yatırım yapmak hiçbir risk teşkil etmez.

Bu durumda esasen “kim geliştirirse geliştiresin” bu türden bir reklam pazarı geleceğinin ve reklam pazarının getirisinin Google’ca bilinmeyeceği hayaldir. İşte Google da kendisi tarafından dünyadaki bütün gelişimi takip edilen bir alışveriş (*shopping*) fiyat karşılaştırma işine girmesi belki de kaçınılmazdı! Nihayetinde Google de kendi sayfasını ve sistemini kurmuş ve alışveriş-fiyat karşılaştırma sayfasını hazırlamış ve tüketiciye sunmuştur.

Esasen diğer alışveriş ve karşılaştırma sayfalarının yaptığı üzere Google de bir alışveriş ve sayfası-sitesi tasarlayabilir. Google’ın bir taraftan her açık alanı izleyen (tarassut eden), analiz eden ve boşlukları ve karlılıkları değerlendirebilen “gözetleyici” olarak yaptığı eylem ya da işlemlerin haksız rekabet teşkil edip etmediği tartışılabilir. Başkalarının iş evrakından ya da gizli bilgilerinden haksız yararlanma durumunun varlığı söz konusu olabilir. Ancak bunun için elbette bu durumun delillendirilmesi şarttır. Bütün bu tartışmalardan uzak olarak Google, aşağıdaki görselde olduğu gibi bu reklam pazarına girmiştir⁸.

The image shows a Google search for "iphone 7". The search bar contains "iphone 7" and the search button is visible. Below the search bar, there are navigation tabs: "Tümü", "Görseller", "Alışveriş", "Videolar", "Haberler", "Daha fazla", "Ayarlar", and "Araçlar". The "Alışveriş" tab is selected. Below the tabs, it says "Yaklaşık 279.000.000 sonuç bulundu (0,51 saniye)".

The main content area is titled "iphone 7 için Google Alışveriş sonuçları". It displays five sponsored shopping results for iPhone 7 models:

Model	Marka	Fiyat	Mağaza
Apple iPhone 7 32 GB (Apple ...)	Apple	₺2.999,89	Hepsiburada
APPLE iPhone 7 32 GB Jet Black	Apple	₺3.099,00	MediaMarkt Tür...
iPhone 7 32Gb Black Akıllı ...	Teknosa	₺3.199,00	Teknosa
iPhone 7 32GB Black Cep ...	Gold.com.tr	₺2.997,00	Gold.com.tr
Apple iPhone 7 128 GB (Apple ...)	Apple	₺3.695,00	Hepsiburada

Below the shopping results, there are two sponsored ads:

Apple iPhone 7 - Teknosa - Teknoloji ve Kalite Bir Arada - teknosa.com
 (Reklam) www.teknosa.com/Apple/iPhone7 0850 222 5599
 Uygun Fiyat Avantajı ve Ücretsiz Kargo Seçeneği ile Teknosa'da. Hemen Alın!
 Mağazadan Teslimat - Ücretsiz İade
 9 Atasehir/İstanbul - Bugün açık - 10:00-23:00

Access'ten 100TL chip-para Android Akıllı Telefonlar
 iOS Akıllı Telefonlar TVlerde %10 Hediye Çeki

Apple iPhone 7 Fiyatlarını Gör - iPhone 7 Fiyatlarını Kıyasla - cimri.com
 (Reklam) www.cimri.com/En_Ucuz_Apple/iPhone-7_Fiyati
 En Ucuz Apple iPhone 7 Fiyatları ve Güvenilir Satış Mağazalarını Gör ve Kıyasla

⁸ Google'ın kendi sayfasını tanıttığı ilgili sayfasının linki ise şöyledir: <https://support.google.com/adwords/answer/7325107>.

V. GOOGLE ALIŞVERİŞ SİTESİNİN REKABET İHLALI TEŞKİL EDEN YÖNÜ

A. Google'ın Hakim Konumu

Google, arama motorunun gücü sayesinde arama motoru alanında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Rekabet Kanunu) 6. maddesi gereğince hakim konumdaki teşebbüs sayılır. Nitekim aşağıda incelenecek olan AB Komisyon kararında da bu konuda bir tereddüt yaşanmamıştır. Hakim konumdaki teşebbüs, Kanun'un 3. maddesinde rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olarak karar verebilmeyi ve ekonomik parametrelerini belirlemeyi ifade eder. Google'ı az ya da çok kullanan herkes Google'ın kendi parametrelerini kendi tayin ettiğine ilişkin bir şüphe taşımaz. Web'e hâkim olan Google'dır. Hâkim konumdaki teşebbüsün hâkim konuma gelmesi hukuken bir sorun teşkil etmezken yani hukuka aykırı sayılmaz iken bu hâkimiyetini kötüye kullanması ise yasaklanmıştır.

İlgili Kanun'un 6. maddesi şu şekildedir:

Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Madde 6 - Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

- Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,
- Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,
- Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,
- Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,
- Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.

Google'ın durumu bu açıdan yani hâkim durumun kötüye kullanılması teşkil edip etmediği açısından ele alınmalı ve değerlendirilmelidir. Öncelikle detaylı bir incelemeye geçmeden önce belirtelim ki, hâkim teşebbüsün bir sektördeki hâkimiyetini diğer bir sektörde baskı aracı olarak kullanması da kötüye kullanım olarak kabul edilir. Rekabet Kurulu'nun çapraz kötüye kullanım hallerine ilişkin çok sayıda örnek kararı bulunmaktadır. Çapraz kötüye kullanım, bir alandaki hâkim konumun diğer bir sektörde rakiplerini ezmek ya da onları baskılamak için kullanılması olarak tanımlanabilir.

Avrupa Birliği, Google'ın, karşılaştırma siteleri ile ilgili rekabet ihlali yaptığına karar vermiştir. Bu kararın özetine aşağıda değineceğim. Bununla birlikte aynı kararda Avrupa Birliği, Google için alışveriş siteleri ile ilgili bir takım davranış yükümlülükleri de getirmiştir. Ancak Google, Türkiye uygulamasında AB'nin öngördüğü bu yükümlülüklere hiç uymamıştır. Bu durum dahi esasen son derece ilgi çekicidir. Google, aslında rekabet ihlali yaptığına ilişkin AB kararı varken Türkiye'de aynı ihlali teşkil edecek bir eyleme devam etmesi, aynı davranışı sergilemesi, kastını göstermektedir (4054 sayılı Kanun, m.16). Burada özellikle belirtelim ki Google, AB'de uyguladığı rekabete aykırı bir tutumuna son verme kararını, Türkiye'de uygulamıyorum deme şansına da sahip değildir. Avrupa Rekabet otoritesinin aldığı bu karar Türkiye rekabet otoritesi için de emsal niteliğinde olacaktır. Rekabet Kanunu'nun 6. maddesine göre Google'ın hâkim durumunu kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır. Bu kapsamda bu durum idari para cezası ile cezalandırılmayı gerektirmektedir (m.16).

B. Google'ın Hakim Durumu Kötüye Kullanımına İlişkin Tespitlerim

Yukarıda belirtildiği üzere alışveriş ve fiyat karşılaştırma sitelerinin birçok faydası bulunmakla birlikte Google, bu durumu rekabeti engellemek ve pazara giriş engeli oluşturmak şeklinde de kendi sistemini kurarak kötüye kullanmaktadır. Örneğin, bu sisteme dışarıdan ürün girişi yapılamamaktadır ve model Türkiye'de sadece **Google üzerinden ürün satanlara açıktır. Bu sistemde Google, sadece kendi ödeme altyapısının kullanıldığı sayfaları sistemine dâhil etmekte; buna karşın Türkiye'de aynı alanda faaliyet gösteren birçok fiyat karşılaştırma sitesini bu alana almamaktadır.**

Bu durum ise benzer uygulamaları geliştirmek isteyen şirketlerin görünürlüklerine olumsuz etki yapmaktadır. Google, benzer bir görsel ürün reklamı yapan şirket bulunuyor ise bu halde bu siteleri bu kısma almadığı gibi arama sonuçlarında görünürlüklerini de alt tarafa koymaktadır.

Arama motoru mantığında ise, esas olan ilk sırada yer almaktır. Oysa Google, diğer alışveriş ve fiyat karşılaştırma sitelerini buraya almamakta, aşağıya itmektedir.

Benzer uygulamaların arkaya atılması ya da daha düşük görünürlüğe sahip sayfalarda çıkarılması ciddi bir rekabet engeli teşkil etmektedir. Bu durum, pazara giriş engeli teşkil etmektedir. Google'ın Google Shopping'i diğer benzer hizmeti sunan alışveriş (*Shopping*) sayfalarından önce çıkartması müşteri odaklı en iyi içeriği sunma ilkesi ile çelişmektedir. Google'ın bu davranışı Avrupa Birliği Rekabet Otoritesi tarafından da rekabete aykırı bulunmuş ve Google'a ceza verilmiştir. Bu karar sonrasında Google, Avrupa bölgesindeki fiyat karşılaştırma sayfalarını (firmalarını) da dahil ettiği ayrı bir alanda fiyat karşılaştırma bölümü açmış ve diğer alışveriş sitelerinin burada reklam yapabilmesine imkân tanımıştır. Ancak Türkiye'de bu karar dikkate alınmamış ve rekabete aykırı bulunan bu reklam modeli devam ettirilmiştir. Diğer bir deyişle Google Avrupa'da yaptığı uygulamayı Türkiye'de yürürlüğe almamıştır.

Bunun sonucu olarak, benzer hizmeti sunan ve bir sitede en güzel ve iyi fiyat karşılaştırma sitesi seçilen aşağıdaki sayfalar⁹ Google'da fiyat karşılaştırmada görülememektedir:

- www.akakce.com
- www.enuygun.com
- www.cimri.com
- www.efiyat.com
- www.epey.com

Bu durum ise benzer faaliyet gösteren şirketler için pazara ciddi bir giriş engeli teşkil etmektedir. AB'de verilen karar doğrultusunda Google AB ülkele-
rindeki sistemini revize etmesine karşın Türkiye'de halen pazara giriş engeli olan sistemini devam ettirmektedir. Esasen bu durumun Google Shopping hizmetinin Türkiye'de sunulması ile Türkiye'de bu alanda faaliyet gösteren şirketlerin aleyhine gelişen bir durumdur ve önümüzdeki günlerde Google, bu gidişle kendi Shopping'inden başka bir fiyat karşılaştırma sitesini ticari hayatta bırakmayacağına işarettir. Uygulamanın giderek agresifleştiği ve 2017 Şubat ayından itibaren Türkiye'de negatif etkisini daha fazla gösterdiği ve benzer uygulamaların trafik oranlarını ciddi anlamda olumsuz etkilediği rahatlıkla söylenebilir.

Türk Rekabet Hukuku açısından hukuka aykırılıkları ve rekabet ihlalini aşağıdaki gibi izah edebiliriz:

1. Öncelikle Google Alışveriş Sitesi (Google Shopping) uygulamasına yakından bir göz atmak gerekirse bu uygulamanın bir e-ticaret sitesi için günümüzde olmazsa olmaz bir unsur olduğunu ifade etmek gerekir. Google shopping, firmaların e-ticaret sitelerindeki ürünlerin isim, fiyat, resim ve websitesi ismiyle birlikte Google arama sonuçları sayfasında listelenmesi uygulamasıdır.

⁹ Bkz. <http://sosyalmedya.co/en-iyi-fiyat-karsilastirma-siteleri/>.

Burada önemle vurgulamak gerekir ki Google, bu uygulamayı salt doğru-
dan satış yapan e-ticaret sitelerine açmaktayken salt fiyat karşılaştırılması
şeklinde tüketiciye ulaşan diğer sitelere kapatmaktadır. Örneğin burada
yukarıda sıraladığımız alışveriş ve fiyat karşılaştırma (enuygun.com; cimri.
com; akakce.com; efiyat.com) sayfaları bulunmamaktadır. Google Shop-
ping' in rekabet hukukunu ihlal ettiği nokta da tam olarak burasıdır. Zira
Google, diğer bütün fiyat karşılaştırması yapan sitelere sistemi adeta ka-
patmıştır. Google, bu pazarda faaliyet gösteren tüm firmalar bakımından
bir zorunlu unsur teşkil etmektedir. Google, kendi faaliyetinin karlılığını
sağlamak amacıyla diğer alışveriş sitelerini piyasaya sokmamaktadır. Arama
motorundaki hâkim durumunu da kötüye kullanmaktadır.

2. Aşağıda başlıklar halinde ve en özet şekilde negatif etkiler ifade edilmiştir:
 - a. Arama motorunda yer alan ürünler arasında yeterli bir karşılaştırma yapılmamaktadır.
 - b. Alıcılar yaptıkları aramada eşit özellikteki ürün sunan tüm tedarikçileri görememektedir.
 - c. Ziyaretçiler, ürünleri belli başlı tedarikçilerde görebilmektedir.
 - d. Ziyaretçiler aynı ürün için farklı tedarikçilerin farklı fiyat aralıklarının karşılaştırmasını görememektedir.
 - e. Arama neticesinde Google/sunucu tarafından belli başlı tedarikçiler ön plana çıkarılmaktadır.
 - f. Google shopping/Sunucu arama filtrelerinde yeteri kadar alternatif tedarikçilere yer verilmemektedir.
 - g. Arama yapılan ürüne ilişkin en zengin içeriğe sahip tedarikçi ön plana çıkarılmamaktadır.
 - h. Google, aynı ürüne ilişkin tedarikçiler arasında sıralama yaparken pazar payı fazla olanlara öncelik tanımamaktadır.
 - l. Aynı ürüne ilişkin birçok tedarikçiyi gösteren tavsiye sistemi sunucu tarafından etkin kullanılmamaktadır.
 - m. Tedarikçilerin birinde meydana gelen fiyat değişiminden alıcı haberdar edilmemektedir.
 - n. Google'ın tedarikçilere ilişkin sıralamayı neye göre yaptığı belirsizlik taşımaktadır.
 - o. Aynı ürüne ilişkin yapılan aramada tedarikçilerin görsel olarak yer aldığı kısım çok az olup; ziyaretçinin ilgisini çekebilecek görselde ancak bir ya da birkaç tedarikçiye yer verilmektedir.

3. Google Shopping uygulamasında salt belirli firmaların hizmet vermesine müsaade edilmekte, buna karşın bazı firmaların aynı standartları haiz olmasına ve hatta bazı konularda çok daha iyi imkanları tüketiciye sunmasına karşın bu firmaların söz konusu zorunlu unsura ulaşamadığı tespit edilmiştir.
4. Google, uygulamasında uygulanan teknoloji ile kişi bu sayfadan dışarıya çıkarılmamaktadır. Uygulanan teknoloji ile sürekli Google sayfaları içinde kişi gezdirilmekte, en son satın alma aşamasında satıcının sayfasına yönlendirilmektedir. Bu durum dahi pazara giriş engeli teşkil etmektedir.
5. Google Shopping uygulamasında tüketicinin önüne sunulan bazı sayfaların ziyaretçilere (özellikle tüketicilere) daha az fiyat alternatifi sunmasına karşın bu konuda çok daha fazla fiyat karşılaştırması yapıp tüketicilere sunan diğer sağlayıcılar ayrımcılığa maruz bırakılarak zorunlu unsura ulaşmasına izin verilmemektedir.
6. Yine, tüketicinin refahını artıracak bir diğer husus olan kişiye özel ve kişiye uygun ürün ve hizmetlerinin önerilmesi uygulamasını vermeyen bazı firmaların reklamlarına yer verilirken bu konuda adeta bir uzman şeklinde hareket eden diğer firmaların erişimine izin verilmemektedir. Google bu aşamada esasen kendi hâkim durumunu kötüye kullanarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin son fıkrasında belirlenen "**Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması**" ihlalini gerçekleştirmektedir.

Gerçekten Google alışveriş sitesi ile diğer isimleri yukarıda verilen siteler karşılaştırıldığında Google, pazarlamanın gelişimini sadece kendi karlılığı için engellemektedir. Tüketici esasen sadece Google'a mahkûm edilmektedir.

Google Shopping'e erişimine izin verilmeyen bazı firmaların da rakiplerine oranla ürünlerin özelliklerini çok daha iyi bilgilendirme notlarıyla paylaşan, ürün özelliklerini karşılaştıran firmalar olduğu gözlenmektedir. Mevzu bahis uygulamaya erişimine müsaade edilmeyen bir diğer grup firmanın sitesi incelendiğinde bu firmaların sitelerinde uygulamaya erişimine izin verilen firmalarinkine oranla çok daha fazla arama filtreleri bulunduğunu da ifade etmek gerekmektedir.

7. Tüketicie sunulan ürünün içeriği ve detaylarına ilişkin en fazla bilgilendirmeyi yapan bazı firmaların Google Shopping uygulamasına erişimi engellenmesine karşın, bu konuda daha az standartları haiz diğer firmalar bu uygulamaya erişebilmekte ve pazarda dilediği gibi davranma şansına sahip olabilmektedir.

8. Ziyaretçilere çeşitli fiyat azalması hususlarında bilgilendirme yapan bazı profesyonel şirketlerin uygulamaya erişimine izin verilmezken bu konuda çok daha az tecrübeye sahip ya da tüketicinin refahını yeterince önemsemeyen çok az sayıda ürünle ilgili bilgilendirme yapan bazı şirketlerin erişim sağladığı görülmektedir. Bu durum ise yine 6. maddede yer alan “ayrımcılık” halini ortaya koymaktadır.

Kanaatimce, Yukarıda belirtilen sebepler dolayısıyla Google Shopping uygulaması, tipik bir 6. madde ihlalidir. Bir başka ifade ile Google’ın bu mecraasının piyasadaki tüm firmalar bakımından bir zorunlu unsur teşkil etmesi ve zorunlu unsura erişimi kendisinden başka diğer rakiplere Google’ın kapatması tipik bir ihlaldir. Google, webde görünürlük hizmetine yani zorunlu unsura salt bazı şirketlerin eriştirilmesi buna karşın kendisinden önce faaliyete başlamış rakiplerin dışlanması hukuka aykırıdır.

VI. AB KOMİSYON’UNUN GOOGLE KARARI

A. Kararın Konusu¹⁰

Avrupa Birliği Komisyonu, bu bölümde inceleyeceğimiz kararı, Google’ın kendi sitesinde sergilediği arama sonuçları kapsamında yine kendi alışveriş karşılaştırma hizmetlerine; rakiplerine oranla daha avantajlı pozisyon yaratma ve sergileme davranışına ilişkin olarak tesis etmiştir ve bu davranışların madde 54 ve 102’ye aykırı olduğu tespitini yapmıştır. Bu karar gereği Google ve ana şirketi olan *Alphabet*’e ceza uygulanmış ve 1 Ocak 2008 tarihinden bu yana devam edegelen rekabete aykırı fiillerine derhal son vermesi bildirilmiştir.

B. Pazar Tanımı ve Hakim Durum

Bu karar kapsamında pazar tanımı “genel arama hizmetleri ve karşılaştırmalı alışveriş hizmetleri pazarı” olarak tanımlanmıştır. Genel arama hizmetleri, ayrı bir ürün pazarı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu pazar bir ekonomik aktivite teşkil etmekte olup genel arama hizmetleri ve diğer online hizmetler arasında “sınırlı talep yönlü ikame” ve “sınırlı arz yönlü ikame” bulunması ve bu sonucun statik cihazlar üzerindeki genel arama hizmetlerinin mobil cihazlarla kıyaslandığında da değişmemesine dayanmaktadır.

Karşılaştırmalı alışveriş hizmetleri pazarı da konu ve karara ilişkin ayrı bir pazar teşkil etmektedir. Sebebi ise karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerinin diğer konularda uzmanlaşmış arama hizmetleri (uçuş arama hizmetleri, otel

¹⁰ Kararın özeti [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52018XC0112(01))’den alınmıştır: 27 Haziran 2017, Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın 102. Maddesi ve AEA Sözleşmesinin 54. maddesi kapsamındaki bir işlemle ilgili Komisyon kararının özeti (Durum AT.39740 - Google Arama (Alışveriş)) (belge numarası C (2017) 4444 uyarınca bildirilmiştir).

arama hizmetleri, restaurant arama hizmetleri vb...), çevrim içi reklam, tanım arama platformları, çevrim içi perakendeciler, tacir platformları ve çevrimdışı karşılaştırmalı alışveriş araçları ile ikame edilemez nitelikte olmasıdır.

Bu kararda, konuya ilişkin olayda coğrafi pazarı tüm ulusal genel arama hizmetleri ve karşılaştırmalı alışveriş hizmetleri olarak belirlenmiştir. Yine Google'ın 2007 tarihinden bu yana tüm ulusal genel arama pazarlarında (çek cumhuriyeti hariç: bu ülkede tarih 2011 yılından başlamaktadır) hâkim durumda olduğuna kanaat getirilmiştir.

Bu kanaate Google'ın sahip olduğu pazar payı, pazara giriş ve genişleme engellerinin bulunması, marka etkisinin varlığı ve dengeleyici alıcı gücü eksikliğinin var olması sebepleri ile ulaşılmıştır.

C. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Komisyon, Google'ın Avrupa Birliği'ne üye ülkelerdeki genel arama hizmetleri pazarında; kendi genel arama sonuçları sayfalarında, yine kendi karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerine, rakiplerine oranla daha fazla görünürlük sağlaması, daha avantajlı pozisyon yaratması davranışlarını gerçekleştirerek hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Google'ın yukarıda izah olunan davranışı bir kötüye kullanım teşkil etmektedir. Şöyle ki:

1. Söz konusu davranış; Google'ın genel arama sonucu sayfalarından rakip karşılaştırmalı alışveriş hizmeti veren firmalara gelen trafiği azaltmak ve Google'ın genel arama sonucu sayfalarından yine Google'ın kendi karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerine gelen trafiği artırmak suretiyle,
2. Google'ın genel arama sonuçları sayfasında, kendi karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerine daha lehte pozisyon ve görünürlük sağlaması anti rekabetçi etkilerin ortaya çıkmasını tetikleyici niteliği haiz olması sebepleri dolayısıyla hâkim durumunu kötüye kullanmıştır.

Kararda, Google'ın genel arama sonuçları sayfasında, kendi karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerine daha lehte pozisyon ve görünürlük sağlaması fiillerini ne şekilde uyguladığı da açıklanmaktadır. İlk olarak Google'ın genel arama sonuçları sayfalarında rakip karşılaştırmalı alışveriş hizmetleri verenlerin nasıl pozisyonlandırıldığı ve görüntülediği belirtilmiştir. *Karar, rakiplerin pozisyonlandırılmasına ilişkin olarak, belirli şekilde tahsis edilen algoritmaların rakip karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerini nasıl baş aşağı ettiğini ve bunların sıralamasının Google genel arama sonuçları sayfalarında nasıl düşürüldüğünü ve bu durumun rakiplerin görünürlüğünü ne şekilde etkilediğini gözler önüne sermektedir.*

İkinci olarak kararda, Google'ın genel arama sonuçları sayfasında kendi karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerini nasıl konumlandırıldığı ve görüntülen-

diği anlatılmıştır. Kendi karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerinin konumlandırılmasına ilişkin olarak, **Google'ın kendi hizmetini dikkat çekici bir şekilde konumlandırması ve rakiplerin belirli şekilde tahsis edilen algoritmalarla rakiplerin sıralamasını nasıl düşürdüğü** de tespit edilmiştir. Google, görünürlük konumlandırılmasına ilişkin olarak kendi karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerini geliştirilmiş şekillerle görüntüleyerek konumlandırırken rakiplerin bu geliştirilmiş görüntüleme ve konumlandırmaya ulaşamaması sağlanmıştır. Google'ın kendi hizmetlerini daha lehte ve avantajlı olarak konumlandırması ve görüntülenmesini sağlaması, rakiplere gelen trafiğin yönünün değişmesine sebep olmuştur.

Kararda ilk olarak konumlandırma ve görüntülemenin kullanıcı davranışı üzerindeki etkisini ortaya koyulmuştur. Burada görülmektedir ki kullanıcılar arama sonuçları sayfalarında daha görünür olan ve konumu daha iyi ortaya konulan linklere tıklama yapmaya daha meyillidir. Daha sonrasında kararda, rakip karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerine giden trafiğe ilişkin bir değerlendirme yapmış ve kullanıcı davranışına ilişkin bulgular da bu değerlendirmeyi doğrulamıştır. Öncelikle arama sonuçları sayfalarındaki sıralamanın kullanıcıların link tıklama oranını nasıl etkilediği açık bir şekilde görülmüş ve ispatlanmıştır.

İkinci olarak, Komisyon bağımsız bir şirket olan *Sistrix*'in önemli derecedeki rakiplerin görünürlük değerlendirmesi ile Google'dan bu hizmetlere gelen jenerik arama trafiği değerlendirmesini karşılaştırmıştır.

Üçüncü olarak Komisyon'un dosyasındaki deliller göstermektedir ki Google'ın karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerine genel arama sonuç sayfalarında daha avantajlı konumlandırma ve görünürlük sağlama, yine Google'ın sağladığı hizmete yönelik trafiği artırmaktadır.

Dördüncü olarak, dosyadaki deliller (Google'ın karşılaştırmalı alışveriş hizmetleri üzerindeki değerlendirmeye ilişkin) göstermektedir ki daha iyi konumlandırma ve görünürlük sağlama daha fazla trafik elde etme sonucunu ortaya koymaktadır. Karar, Google'ın genel arama sonucu sayfalarından gelen jenerik arama trafiğinin, mevzu bahis hizmetlere ilişkin trafiğin büyük oranına tekabül ettiğini ortaya koymuştur.

Karar ayrıca rakiplere; *adwords*, mobil uygulamalar ve direk trafik gibi alternatif trafik kaynaklarının da Google'ın genel arama sonuçları sayfalarına alternatif oluşturmadığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Google'ın davranışı potansiyel anti rekabetçi etkileri haizdir.

İlk olarak Google'ın davranışı rakiplerin; tacirler için daha yüksek ücretlere, tüketicilere daha yüksek fiyatlara ve daha az inovasyona sebebiyet verecek olması hasebiyle rekabet etmesine engel olucu nitelikte olduğu tespiti yapılmıştır. İkinci olarak Google'ın bu davranışı tüketicilerin aradıkları

ürünler ve hizmetlerle en ilgili ve yakın karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerine ulaşmalarını engellemektedir. Üçüncü olarak Google'ın bu davranışı, karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerinin ayrı ve ilişkili ürün pazarı teşkil etmemesi ihtimalinde dahi anti rekabetçi niteliği haizdir.

D. Meşru Sebepler, Verimlilik İddiaları ve Karar

Karar açık bir şekilde Google'ın meşru bir gerekçesi ya da verimlilik iddiasının ve gerekçesinin bulunmadığını, yine tüketicinin refahını sağlayacak ya da rekabetin ortadan kalkmasını ya da azalmasını engelleyici herhangi bir durumun da ortaya konulmadığını göstermektedir.

Komisyon, Google'ın bu uygulamasının rekabeti ihlal ettiğine karar vermiş ve Google'ın kötüye kullanıma son vermesi ve aynı veya benzer nesne veya sonuca sahip herhangi bir hareket veya davranıştan kaçınması gerektiği sonucuna varmıştır. Ayrıca Google'a kötüye kullanımı engelleyecek bir sistemi tesis etmesi için 90 günlük süre verilmiştir.

Alphabet Inc. ve Google Inc.'a hakim durumu kötüye kullanımları nedeniyle verilen para cezası, Yönetmelik'in 23 (2) (a) maddesi uyarınca Uygulanan Para Cezalarının Belirlenmesi Yöntemiyle ilgili 2006 Kılavuz İlkelerinde belirtilen ilkelere göre hesaplanmış ve Alphabet Inc. ve Google Inc.'e uygulanan cezanın son tutarı 2.424.495.000 Euro olarak belirlenmiştir.

SONUÇ

Yukarıda ele aldığımız şekilde Google'ın arama motorunda hâkim konumda olduğu tartışmasızdır. Rekabet hukukunda hâkim konumda olan bir teşebbüsün aynı zamanda hâkim durumunu kötüye kullanmama şeklinde bir özen yükümlülüğüne tabi olduğu genel itibariyle kabul edilmektedir. Ancak yukarıda izah ettiğimiz üzere Google, bu konuda bu yükümlülüğe uymamaktadır. Avrupa'da aleyhine bir karar verilmesine, bu durumun hâkim durumun kötüye kullanımı olarak kabul edilmesine ve bu yönde ağır bir ceza da çıkmasına karşın Google'ın hala Türkiye'de aynı davranış biçimini sergilemesi kastın varlığına işaret etmektedir.

Google'ın konumu itibariyle bütün iş sırlarına vakıf olması ve kendisinin de en büyük gelirinin reklam geliri olması, durumu daha da hassas hale getirmektedir. Piyasanın bütün parametrelerini bilmesi, kimin hangi veri trafiğine sahip olduğuna kolaylıkla vakıf olabilmesi, Google'ı zaten yarışta öne geçirmektedir. Google karlı bir reklam alanı olarak tespit ettiği, veri akışını da kolaylıkla görebildiği alışveriş sitelerinin kârını ve görünürlüğünü pekâlâ kolayca düşürebilme imkânına sahiptir. Bu imkân, Google'ın hâkim konumunu kötüye kullanımından kaynaklanmaktadır.

Google, ne kadar gelirin hangi ülkeden elde edildiğine ilişkin ayrıntılı bilançolarını sunmamaktadır. Bu gizleme de bize, Türkiye'den elde edilen karın halen Türk Rekabet Otoritesince verilebilecek olan idari para cezasının Google'ca göze alınmaya değer olduğunu göstermektedir. Avrupa Komisyonunun verdiği yükümlülükleri Türkiye'de yerine getirmemesinin bir başka saiki de -sıkça dile getirilen ama öyle olmamasını temenni ettiğimiz- Google'ın zaten vergi mevzuatı da dahil Türk mevzuatının yaptırımlarından çekinmediğine dair düşüncesi ve bugüne kadar olan genel seyridir.

Açıklamalarımızdan çıkardığımız ya da çıkaracağımız son husus ise, önümüzdeki günlerde Google'ın rekabet ihlali konusunda daha sık gündeme geleceğidir.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun Halka Açık Şirket Esas Sözleşme Değişikliklerine Uygun Görüş Verme Yetkisi^(*),^(**)

Authorization of Assent the Capital Markets Board to Amendments to the Articles of Association of Publicly-Held Corporations

*Prof. Dr. Murat ALIŞKAN^(***)
Av. Ahmet TOK^(****)*

Özet

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) md.33/2 hükmü uyarınca, halka açık şirketlerin esas sözleşme değişikliklerinde Sermaye Piyasası Kurulunun (SPK) uygun görüşünün alınması zorunluluk arz etmektedir. İşbu çalışmamızda, SPK'nın anılan yetkisinin niteliği ve özellikleri, 6102 sayılı TTK'da yer alan Bakanlık izni kurumundan farkları, uygun görüş alma yükümlülüğüne uyulmamasının sonuçları ve bu çerçevede SPK'nın uygulayabileceği yaptırımlar, uygulamadan örnekler de dikkate alınarak ele alınmış ve son olarak tartışmalı hususlarda çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Sermaye Piyasaları, Sermaye Piyasası Kurulu, Halka Açık Şirketler, Uygun Görüş, Esas Sözleşme Değişikliği.

^(*) İşbu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında hazırlanan "Sermaye Piyasası Kurulunun Halka Açık Şirketleri Denetlemesi" konulu doktora tezinden türetilmiş olup, tez yazarı ve danışman hoca ile müştereken kaleme alınmıştır. Çalışmada dermeyan edilen görüşler, yazarların şahsi görüşleri olup, mensup oldukları kurumları bağlamaz.

^(**) Hakem denetiminden geçmiştir.

^(***) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, maliskan@marmara.edu.tr.

^(****) Sermaye Piyasası Kurulu, Başuzman Hukukçu, ahmet.tok@spk.gov.tr.

Abstract

According to Article 33/2 of the Capital Markets Law numbered 6362, it is obligatory for publicly held companies to obtain an assent of the Capital Markets Board (CMB) to the amendments to the articles of association. In our work, the nature and characteristics of the CMB's authorization, the differences from the Ministry authorization in Turkish Commercial Code numbered 6102, the consequences of failure to comply with the obligation to obtain an assent and the sanctions that the CMB can apply in this context are addressed taking into account examples from practice and finally tried to make recommendations relating to said controversial issues.

Keywords

Capital markets, Capital Markets Board of Turkey, Publicly-Held Companies, Assent, Amendments to the Articles of Association.

I. GİRİŞ

Gerek halka açılmak üzere Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK/Kurul) başvurmayı planlayan halka kapalı şirketler gerek esas sözleşme değişikliği yapmayı planlayan halka açık şirketlerin, esas sözleşme tadil tasarılarını sermaye piyasası mevzuatına uyumlu olarak hazırlayıp Kurula sunması ve Kurulun uygun görüşünü alması gerekmektedir. Halka açılacak şirketlerin esas sözleşmelerinde payların devir ve tedavülünü kısıtlayıcı, ortakların haklarını kullanmalarını engelleyici hükümler varsa, esas sözleşmenin bu hükümlerden arındırılması, esas sözleşmenin diğer hükümlerinin de sermaye piyasası mevzuatına uygun hale getirilmesi¹ gerekmektedir². Esas sözleşme değişikliği için Kuruldan alınacak uygun görüş ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na başvurularak esas sözleşme değişikliği için izin alınması gerekecektir.

6362 sayılı SPKn'nın (SPKn) md.33/2 hükmünde, halka açık şirketlerin esas sözleşmelerinin değiştirilmesi için Kurulun uygun görüşünün alınması-

¹ İlk halka arz öncesinde şirket ana sözleşmesinin uyumu, SPKn'ya aykırı hükümlerin metinden çıkarılması, Kanuna uygun hale getirilmesi ve ana sözleşmede hiç yer almamakla beraber, sermaye piyasası mevzuatının ana sözleşmede yer almasını zorunlu kıldığı hükümlere yer verilmesiyle sınırlı. Ana sözleşmenin sermaye piyasası mevzuatına uyumlu hale getirilmesi, ortaklığın halka açık statüye girmesiyle ilgilidir. Bu nedenle salt ortakların paylarının halka arzında dahi ana sözleşme sermaye piyasası mevzuatıyla uyumlaştırılmalıdır. Anılan zorunluluk, halka açılma konusunda paylarını halka arz etmek isteyen ortaklarla, ortaklığın irade birliği sağlanmasını gerektirmektedir. Çağlar MANAVGAT, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz*, Ankara 2016, s.624-627.

² Funda GÜNGÖR/N. Orhun KÖSTEM/Haluk ÖZDEMİR, *Sermaye Piyasalarına Açılan Pencere, A'dan Z'ye Halka Açılma ve Yatırımcı İlişkileri*, İstanbul 2009, s.91. VII-128.1 sayılı Pay Tebliği'nin "Halka açık olmayan ortaklıkların ortaklarına ait mevcut paylarının halka arzı" başlıklı 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında; "Halka arz edenlerin ortaklıkta sahip oldukları payları halka arz edebilmeleri için halka arz edilecek payların üzerinde rehin veya teminata verilmek suretiyle ya da başka bir şekilde devir veya tedavülünü kısıtlayıcı veya pay sahibinin haklarını kullanmasına engel teşkil edici kayıtların olmaması zorunludur." hükmüne yer verilmiştir.

nın zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır³. Öte yandan, paylar ile pay benzeri menkul kıymetlerin 6362 sayılı SPKn çerçevesinde ihracına ilişkin usul ve esasları düzenleyen VII-128.1 sayılı Pay Tebliği⁴'nin muhtelif maddelerinde de (md.6, 7, 12, 16 gibi) halka kapalı şirketlerin yapacakları sermaye artırımlarında, mevcut ortaklarının yeni pay alma haklarını kısmen veya tamamen kısıtlayarak yapacakları halka arzlardaki esas sözleşme değişikliklerinde⁵, mevcut payların satışı yoluyla yapılacak halka arzlardaki esas sözleşme değişikliklerinde, halka açık şirketlerin yapacakları sermaye artırımlarındaki esas sözleşme tadillerinde ve sair esas sözleşme tadillerinde Kurulun uygun görüşünün alınacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Bu çerçevede işbu çalışmamızda, SPKn uyarınca SPK'nın halka açık şirketlere müdahil olduğu alanlardan biri olan esas sözleşme değişikliklerine uygun görüş verme yetkisi, SPKn ve ikincil mevzuat, 6102 sayılı TTK'da yer alan düzenlemeler -Gümrük ve Ticaret Bakanlığının izin yetkisiyle mukayeseli olarak- de dikkate alınarak ve SPKn-TTK ilişkisi ile uygulamadan örnekler de değerlendirilerek ayrıntılı olarak incelenecektir. Ayrıca çalışmamızın son kısmında SPK'nın uygun görüşünün alınmamasının sonuçları da inceleme konusu yapılacaktır.

II. SPKn VE TTK ARASINDAKİ İLİŞKİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

6102 sayılı TTK'nın "Özel kanunlara bağlı anonim şirketler" başlıklı 330'uncu maddesi⁶ hükmü çerçevesinde özel kanunlara tabi anonim şirketlere, bu meyanda SPKn kapsamındaki halka açık şirketlere, öncelikli olarak kendi özel mevzuatında yer alan hükümler uygulanacak, anılan hükümler haricinde ise TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. SPKn'nın "Kapsam" başlıklı ikinci maddesinin ikinci fıkrasında⁷ ise, SPKn ve anılan Kanuna istinaden yürürlüğe konulan ikincil düzenlemelerde hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda SPKn'nın uygulanmayacağına belirtilmediği hallerde genel hükümlerin cari olacağı hükmüne yer verilmiştir.

³ Benzer bir hükme 2499 sayılı mülga SPKn md.11/son hükmünde yer verilmiş olup anılan hüküm şu şekildedir: "Halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinin değiştirilmesi için Sanayi ve Ticaret Bakanlığına başvurulmadan önce Kurulun uygun görüşünün alınması zorunludur."

⁴ 22.6.2013 tarih ve 28865 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

⁵ Öte yandan yeni pay alma haklarının kısıtlanması suretiyle sermaye artırımını yaparak halka açılacak şirketler için değiştirilmesi gereken diğer bir madde de ilgili sermaye maddesi olacaktır.

⁶ "Özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında bu kısım hükümleri uygulanır."

⁷ "Bu Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu Kanunun uygulanmayacağına belirtildiği hallerde genel hükümler uygulanır." 2499 sayılı mülga SPKn'nın, "Kapsam" başlıklı 2'inci maddesinin 2'inci fıkrasında, "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır." düzenlemesi yer almaktaydı. Bu çerçevede, mülga Kanun döneminde SPKn'da düzenlenmeyen konularda, TTK hükümleri de halka açık şirketler konusunda cari olmaktadır. Yine 6362 sayılı SPKn'dan farklı olarak ikincil mevzuatı önceleyen bir hüküm, mülga Kanunda yer almamaktaydı.

Her ne kadar TTK 330. maddenin önerge öncesindeki gerekçesinde yer alan “*özel kanunlar*” ifadesiyle sadece kanunların kastedildiği, daha alt düzeydeki normların kapsama alınmasına Kanunun amacı ve lafzının engel olduğu yönünde ifadeler bulunmakta ise de, doktrinde savunulan görüşlerde, “*özel kanunlar*” kapsamına ikincil mevzuatın da girdiği kabul edilmektedir⁸.

Öte yandan SPKn'nın 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemenin lafzı incelendiğinde, genel hükümlerin uygulanabilmesi için hükümlerde yer alan şartların kümülatif olarak gerçekleşmesinin gerekli olduğu anlamı çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, genel hükümlerin uygulanabilmesi için SPKn ve anılan Kanuna istinaden yapılan ikincil düzenlemelerde hüküm bulunmaması yeterli olmayıp, ayrıca diğer kanunlarda SPKn'nın uygulanmayacağını belirtmesi şartının da somut olayda gerçekleşmesi gerekmektedir. Genel hükümlere atıf yapan işbu düzenlemenin, hükümdeki gibi kabul edilmesi durumunda genel hükümlerin uygulanması imkânı ve kabiliyeti neredeyse tamamen ortadan kalkmaktadır.

SPKn'nın anılan hükmüne bakıldığında, Kanunun ikincil mevzuat düzenlemelerini, normlar hiyerarşisinin aksine, diğer Kanunlardaki hükümlerin önüne almak istediği görülmektedir. Anılan düzenlemenin ikincil mevzuatı öne alan hükmü ile diğer kanunların bu Kanunun uygulanmayacağını belirtmesi gerekliliği arasına konulmuş olan “*ve*” bağlacı, hukuk tekniği açısından genel hükümlerin uygulanmasını çok daraltan, hatta neredeyse imkânsız kılacak bir anlam içermektedir. TTK m.333'ten de etkilenmiş olduğu açık olan bu hüküm açısından en azından, SPKn ve ikincil mevzuat açısından hukuken başvurulması gereken genel hükümlerin uygulanabilmesini teminen “*ve*” bağlacının “*veya*” olarak yorumlanmasının yerinde olacağı doktrinde kabul edilmektedir⁹.

⁸ Zühtü AYTAÇ, *Borsa Şirketleri ve Riskin Erken Saptanması Komitesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, 2015, s.53; Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK (İsmaİL KIRCA/Çağlar MANAVGAT), *Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*, Ankara 2013, s.236; Ali PASLI, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler*, BATİDER 2011, C. XXVII, S.3, s.144; Başak ŞİT, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi*, BATİDER 2012, C. XXVIII, S.4, s.180-181.

⁹ ÖZKORKUT, Korkut, *Ticaret Hukuku, SPL Lisanslama Sınavları Çalışma Kitapları*, İstanbul 2017, s.79-80, <https://www.spl.com.tr> (Erişim tarihi: 18.10.2017) AYTAÇ, s.54-55. Doktrinde KARACAN da, genel hükümlere yollama yapan anılan hükümdeki üç koşulun aynı anda karşılanması gerektiğini, ancak temel yollama şeklinin kanunda hüküm bulunmayan hallerde uygulama şeklinde olması gerektiğini, ikincil düzenlemelere önem atfetmek amacı çerçevesinde, düzenleme yapma yetkisi kullanılırken temel kod ya da genel nitelikli yasalarla getirilen sistem ve yapıların nereye kadar ve hangi ölçüde değiştirilebilmesinin uygun olacağını sorgulamakta ve ikincil düzenleme ile yapılan düzenleme Kanunda açıkça yer almamış bir konuyu düzenlemiş ise ve bu düzenleme genel bir uygulama esasları belirleme yetkisi, görevi veren bir maddeye istinaden yapılmış ise ve bu da genel ve temel bir yasada değişiklik yapıyorsa bu ikincil düzenleme ya da tebliğ hükmü uygulanacak ve genel kanun hükmü dikkate alınmayacak mıdır? sorusunu yönelmektedir. Ayrıca

SPKn md.2/2'de yer alan düzenlemeye ilişkin olarak, genel hükümlerin uygulanmasını son derece daraltan bir ifadeyle kaleme alındığı ve ikincil düzenlemeleri diğer kanunların önüne geçirmek suretiyle normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil eder niteliğe sahip olduğu yönündeki eleştiriler kısmen haklı ve makul kabul edilebilir olsa da, dünyadaki uygulamalara bakıldığında, sermaye piyasalarına ilişkin temel düzenlemelerin genellikle çerçeve düzenlemeler şeklinde olduğu, bir başka deyişle sermaye piyasasının tüm kurumlarını, araçlarını, ilişkilerini kapsayan ve bunları olabildiğince ayrıntılı olarak düzenleyen detaylı kuralların kanun ile düzenlenmesi yerine piyasaya ilişkin çerçeve kuralların kanun ile konulduğu, ayrıntılı düzenlemelerin ise düzenleyici ve denetleyici otoriteye bırakıldığı görülmektedir. Bu meyanda, sermaye piyasasının son derece hızlı gelişen ve değişen aktif bir piyasa olduğu, piyasadaki gelişmelere hızlı bir şekilde reaksiyon verebilmek ve düzenlemelerde yapılması elzem olan değişiklikleri, son derece uzun bir süreçte gerçekleştirilen kanun değişiklikleri yerine ikincil düzenlemelerle hızlı bir şekilde gerçekleştirilebilmek amacıyla Tebliğ ve sair düzenlemelerle gerekli revizyonları yapmak ve bu düzenlemeleri SPKn'nın mütemmim cüz-ü olarak nitelendirerek, diğer genel kanunlardan öncelikli olarak uygulanmasını kabul etmek şeklindeki yaklaşımın yerinde ve makul olduğu kanaatindeyiz. Şüphesiz düzenleyici otoritenin (SPK), ikincil düzenlemeleri yaparken, Kanunun hiçbir yetki vermediği bir alanda ikincil düzenleme yapmamaya özen göstermesi ve SPKn'nın verdiği yetkiye istinaden, o yetki kapsamını ve çerçevesini aşmadan regülasyona gitmesi hususunda dikkatli ve yerinde hareket etmesinin gerekli olduğu hususu da izahtan varestedir.

III. BAKANLIK İZİNİ VE SPK'NIN UYGUN GÖRÜŞ VERMESİ İŞLEMLERİNİN MUKAYESESİ

TTK'nın 333. maddesine göre Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca (Bakanlık) yayımlanacak Tebliğle, faaliyet alanları belirlenip, ilân edilecek anonim şirketler Gümrük ve Ticaret Bakanlığının izni ile kurulabilmekte olup, anılan şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri de Bakanlığın iznine tabi kılınmıştır. Nitekim Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanarak yürürlüğe konulan "*Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ*"¹⁰in 5. maddesine göre bankalar, fi-

Tebliğlerin, kanunun önüne geçirilmiş olması nedeniyle normlar hiyerarşisi açısından bir idare hukuku ve Anayasa hukuku sorunu olduğu ve hükümdede yer alan "*Diğer kanunlarda bu kanunun uygulanmayacağına belirtildiği hallerde*" ibaresinin de gereksiz olduğu düşüncesini serdetmektedir. Ali İhsan KARACAN, *Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar*, C. I, İstanbul 2017, s.55-57. Ayrıca anılan hükümler ilgili açıklamalar ve örnekler için bkz. KARACAN, age, s.58-60.

¹⁰ 15.11.2012 tarih ve 28468 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

nansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, **Sermaye Piyasası Kanununa tabi şirketler** ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin kuruluşları ve **esas sözleşme değişiklikleri Bakanlığın iznine tabi kılınmıştır.**

TTK'nın 333'üncü maddesinin devamında, Bakanlık incelemesinin, sadece Kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden yapılabileceği ve Bakanlık izni dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişikliklerinin herhangi bir makamın iznine bağlanamayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Anılan hükmün ifadesi ve gerekçesi¹¹ değerlendirildiğinde, kanun koyucunun, emredici nitelikte bir düzenleme iradesi taşıdığı ve özel kanunlarla SPK ve BDDK gibi özerk kurumlara verilen "izin" yetkilerini kaldırmaya yönelik baskın bir irade taşıdığı görülmektedir. Dolayısıyla TTK md.333'ün, yürürlüğe girdiği tarihte söz konusu kurumlara verilen yetkileri ilga ettiği savunulabilir¹². Ancak doktrinde, anılan düzenlemenin, özel kanunlarla özerk kurumlara verilen izin ve uygun görüş verme yetkileri ile çeliştiği görüşleri de serdedilmektedir¹³.

¹¹ TTK md.333'ün gerekçesinde aşağıdaki ifadeler yer almıştır. "...Ayrıca, anonim şirketin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliğinin hiçbir makamın iznine tâbi tutulamayacağı kesin bir tarzda belirtilerek normatif sistemin, hükümdeki istisna dışında mutlak olarak uygulanması vurgulanmıştır. Bu kesin kural SPK ve BDDK başta olmak üzere diğer özerk kurumları da kapsar. Kamu menfaati yönünden, kontrolün gerekli olduğu hallerde ilgili makam, isteklerini STB aracılığı ile gerçekleştirir. Böylece Devlet kontrolünde bütünlük sağlanmış, çok başlılık ve öznellik hukukun üstünlüğüne aykırı kabul edilmiş ve ana sistemin istisnalarla yozlaştırılmasına engel olunmuştur. Hükümdeki "hukukî konum ve nitelik" ile anonim şirketin kamusal yönü bulunup bulunmadığı, işletme konusunun kamu hizmeti yönünden özelliğ taşıyıp taşımadığı, halka açık olup olmadığı veya benzeri özellikleri haiz olup olmadığı kastedilmiştir..." Öngörülen bu yeni hüküm ile özellikle işletme konuları bakımından bazı kamu tüzel kişilerinin ilgi alanına giren anonim şirketlerin kuruluş ve esas sözleşme değişikliklerinde çok başlılığın önüne geçilmesi ve böylece Devlet kontrolünde bütünlüğün sağlanması hedeflenmiştir. Abuzer KENDİGELEN, *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2016, s.223.

¹² ÖZKORKUT, *Ticaret Hukuku*, s. 79-80; ŞEHİRALİ ÇELİK (KIRCA/MANAVGAT) s.180 vd. Nitekim TTK'nu hazırlayan Komisyonun başkanlığını yapan Tekinalp de, bu düzenlemenin gerekçesini "Anonim şirketlere BDDK'nın, SPK'nın, EPDK'nın izin vermesini arzu etmiyoruz. Türkiye'de bugün bir anonim şirkette sermaye artırımı, esas sözleşme değişikliği yapılması bir macera haline gelmiştir. Denetlemek başka, izin vermek başka. İzin vermek, denetlemek değildir. İzne bağlandı mı denetleme yapmış kabul ediyor. BDDK olsun SPK olsun bütün özel kurullar hüküm empoze ediyorlar, zorla esas sözleşmelere hüküm koyduruyorlar. Bu sakat, hukuk devletine uymayan uygulamayı kaldırmak istiyoruz." şeklinde ifade etmiştir. TEKİNALP, Ünal, *Tartışmalar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans Bildiriler-Tartışmalar*, 13-14 Mayıs 2005, Ankara 2005, s.67. Anılan kurumların inceleme ve uygun görüş verme yetkisi, kamusal amaçla ve yatırımcılar ile mudilerin hak ve menfaatlerinin korunması amacına matuf olduğundan, anılan ifadelerle atılmadığımızı belirtmekte yarar görüyoruz.

¹³ TTK md.333 hükmü, Kanununun 330'uncu maddesi hükmü ile ve hem de Bankalar Kanunu'nun 6'nı ve Sermaye Piyasası Kanunu'nun 33/2 maddesinin özel hükümleriyle uyumsuzdur. "...herhangi bir

SPKn'nın md.33/2 hükmünde öngörülen, halka açık şirketlerin esas sözleşme değişikliklerinde Kurulun uygun görüşünün¹⁴ alınması zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin¹⁵ hukuki niteliği ile Bakanlık izni karşısındaki konununun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ'in 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında, esas sözleşme değişiklikleri Bakanlık iznine tabi olan şirketlerin esas sözleşme değişikliklerinin genel kurulda görüşülebilmesi için, anılan fıkrada zikredilen diğer belgelerle birlikte, esas sözleşme değişikliği diğer resmi kurumların uygun görüşünü veya iznini gerektiren şirketler için uygun görüş veya izin yazısının da Genel Müdürlüğe yapılacak izin müracaatında ibrazı zorunlu kılınmıştır. Aynı maddenin 3'üncü fıkrasında ise, Bakanlık izninin, şirketin kuruluşunda ticaret sicili müdürlüğüne tescil başvurusundan önce, esas sözleşme değişikliklerinde ise genel kurul tarihinden önce alınması gerektiği, Bakanlık izni alınmadan kuruluş ve esas sözleşme değişikliği işlemlerinin ticaret sicili müdürlüğüne tescil edilemeyeceği hükmüne yer verilmiştir.

TTK md.333 hükmü gereği Bakanlık tarafından yapılan izin incelemesi kanunun emredici hükümlere aykırılık bulunup bulunmadığına ilişkin olup sınırlı bir incelemedir¹⁶. Özerk kurumlar tarafından yapılan uygun görüş ince-

makamın inine bağlanamaz şeklinde bir Anayasa hükmü üslubu ile kaleme alınmış olan bu hüküm gereksiz ve sakıncalıdır. Maddenin 1 ve 2'nci cümleleri hükümleri "sınırlı izin" ilkesini yeteri kadar ifade etmektedir. Erdoğan MOROĞLU, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul 2016, s.142; Aynı görüş için bkz. Sabih ARKAN, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Ankara 2005, s.51; Asuman TURANBOY, Sermaye Piyasası Kanunu ve Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşler, Prof. Dr. Bilge ÖZTAN'a Armağan, Ankara 2008, s.905.

¹⁴ TTK'nda "uygun görüş" terminolojisi sadece, ticaret sicili müdürünün Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak atanacağını öngören md.25/1 düzenlemesi ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının kendi görev alanları için geçerli olabilecek kurumsal yönetim düzenlemelerini SPK'nın uygun görüşünü almak suretiyle yapabileceklerine ilişkin md.1529/2 hükmünde kullanılmıştır.

¹⁵ SPKn'daki düzenlemeye benzer şekilde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 16'ncı maddesinde, bankaların ana sözleşme değişikliklerinde Kurumun uygun görüşünün aranacağı, Kurumca uygun görülmeyen değişikliklerin genel kurulda karara bağlanamayacağı ve Kurumun uygun görüşü alınmaksızın yapılan ana sözleşme değişikliklerinin Ticaret Siciline tescil edilemeyeceği hükmüne yer verilmiştir. Yine 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 8'inci maddesinde de, sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin ana sözleşmelerinin değiştirilmesinde, Müsteşarlığın uygun görüşünün aranacağı, Müsteşarlıkça uygun görülmeyen değişiklik tasarılarının genel kurul gündemine alınmayacağı ve genel kurulda görüşülemeyeceği, sicil memurunun, Müsteşarlığın uygun görüşü olmaksızın ana sözleşme değişikliklerini ticaret siciline tescil edemeyeceği düzenlemesi bulunmaktadır.

¹⁶ Bakanlık incelemesi, sadece emredici hükümlere aykırılık bulunup bulunmadığına yönelik olacaktır. Çağdaş ülkelerdeki gelişmelere paralel biçimde, Bakanlık incelemesi artık sırf hukuki yön ve emredici hükümlere uygunluk değerlendirmesi ile sınırlı olarak icra edilecektir. Mehmet BAHTIYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2017, s.122.

lemeleri ise, ilgili düzenleyici otoriteye kanunlar tarafından verilen, yatırımcıların ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması¹⁷ ve piyasanın sağlıklı bir şekilde işlemlenmesini temin etme amacına yönelik olarak ilgili Kanun ve ikincil mevzuat çerçevesinde yapılan bir denetim olarak tavsif edilebilir.

Her ne kadar doktrinde Bakanlık izni ile özerk kurumlar tarafından verilen uygun görüşün mahiyetinin aynı olduğu kabul edilerek değerlendirilmekte ise de, Bakanlık tarafından verilen izin ile özerk kurumlar tarafından verilen uygun görüşün mahiyetinin birebir aynı olduğunun kabulü mümkün değildir¹⁸. Zira esas sözleşme değişiklikleri izne tabi olan şirketler açısından, değişiklik izni vermeye yetkili olan asıl makam Gümrük ve Ticaret Bakanlığıdır. SPK ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) gibi kurumlar tarafından verilen uygun görüşler ise, Bakanlık izni öncesi, anılan kurumlara mevzuat ile verilen yetki çerçevesinde, esas sözleşme değişikliklerini sermaye piyasası mevzuatı ve bankacılık mevzuatına uygunluk açısından incelemek ve kanunların kendilerine yüklediği tasarruf sahipleri ile yatırımcıların hak ve menfaatlerinin ihlal edilmesini ve piyasaya olan güvenin sarsılmasını önlemek amaçlı kamusal bir fonksiyonu ifa etme amacına matuf bir yetki olarak tavsif edilebilir.

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, SPK'ya tanınan, halka açık şirket esas sözleşme değişikliklerine uygun görüş verme yetkisinin, yönetim kurulu tarafın-

¹⁷ BDDK'nın uygun görüş verme yetkisi açısından konuyu değerlendiren TAŞDELEN, anılan hükümle kamu otoritesinin, ortaklar arasındaki özel hukuk ilişkisine müdahale ettiğini belirtmektedir. Ana sözleşme hükümlerinin denetimi, yasanın amaçları doğrultusunda, tasarruf sahiplerinin haklarını ve bankaların düzenli ve emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye sokabilecek işlem ve uygulamaları önlemeye, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamaya yönelik bir veto yetkisidir ve ihtiyari hususlarda bütün ayrıntıları kapsamayı hedefleyen bir müdahale aracı olarak görülmemelidir. Selim Servet TAŞDELEN, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, C. 1, Ankara 2015, s.213-214. SPK'nın yetkisi açısından konuyu değerlendiren TURANBOY da, yatırımcının sermaye piyasalarının ve ilgili anonim şirketlerin yapılarının güçlüğüne olan inancı çerçevesinde piyasalara yatırımda bulunacağını belirterek, sermaye piyasası mevzuatında amacın yatırımcıyı korumak; bu koruma çerçevesinde güven kurumlarının ortaya çıkmasını sağlamak olduğunu ifade etmektedir. Bu güveni yatırımcıya telkin eden ise, gerektiği zaman kamu gücüne de sahip olan SPK gibi kurumların varlığını gerektirir. TURANBOY, s.905.

¹⁸ Nitekim doktrinde MANAVGAT da, söz konusu uygun görüş verme yetkisinin, TTK md.333'deki ana sözleşme değişikliklerinde, Bakanlık dışındaki kuruluşların izin vermesi yasağı kapsamına girmedeği ve uygun görüşün, Bakanlığın tesis edeceği icrai nitelikteki idari işlemin hazırlık işlemi niteliğinde olduğu görüşündedir. Bakanlığın izin işlemi, özel mevzuata uygunluk bakımından yapılacak değerlendirme sonucunda, kanunla yetkili kılınmış kuruluşun uygun görüş vermesine bağlı olacaktır. Esasen amaçsal olarak da ulaşılan bu sonuç yerindedir. Özel mevzuata uygunluk incelemesinin, bu alanda yetkili kuruluşlarca yapılması, olası mevzuata aykırılıkları önleyecek ve Bakanlığın izin işleminin sağlıklı biçimde tesisini sağlayacaktır. Çağlar MANAVGAT, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları*, İÜHF, C. LXXI, S.2 (2013), s.297; MANAVGAT, HAAO, s.36 ve s.672. SPK'nın uygun görüşünün, Bakanlık izninden farklı olduğu konusundaki bir diğer görüş için bkz. Barış AKGÜL, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Halka Açık Anonim Şirketlere Etkisi*, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, Editör: Korkut ÖZKORKUT, Ankara 2010, s.338.

dan hazırlanan esas sözleşme tadil metninin, genel kurul onayına sunulmadan önce sermaye piyasası mevzuatına uygunluğunun denetiminden ibaret olduğu söylenebilecektir. Bu noktada amaçlanan, genel kurul onayına sunulan tadil metninin, önceden SPKn'ya ve yatırımcıların menfaatine uygun olup olmadığının Kurulca değerlendirilebilmesidir. Zira, esas sözleşme tadil metinlerini hazırlayan yönetim kurulu üyeleri ile tadil metinlerini genel kurulda oylayan yatırımcılar arasında çoğu zaman bilgi asimetrisi bulunduğu bilinen bir gerçek olup, bu bilgi asimetrisinin SPK eliyle frenlenebilmesi ehemmiyet arz etmektedir. Nihai olarak belirtmek gerekir ki, SPKn'nın TTK'ya nazaran sonraki tarihli özel kanun niteliği dikkate alındığında da halka açık şirketlerin esas sözleşme değişikliklerinde SPK'nın uygun görüşünün alınmasının gerektiği açıktır.

IV. SPK'NIN UYGUN GÖRÜŞ VERMESİNE İLİŞKİN UYGULAMA ÖRNEKLERİ

SPK tarafından halka açık şirketlerin esas sözleşme değişikliklerine verilen uygun görüşler, ilgili şirketler tarafından Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda (KAP) açıklanmakta ve bazı durumlarda SPK Bültenlerinde de yayınlanmaktadır. Halka açık şirketler tarafından KAP'ta yapılan özel durum açıklamaları ve SPK Bülteninden yayınlanan duyurular incelendiğinde de SPK'nın, sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde yaptığı inceleme neticesinde SPKn ve ikincil mevzuata aykırı bir durum görmesi halinde uygun görüş verilmesi talebini reddettiği, bazı durumlarda mevzuata uyum için gerekli değişiklikleri yapması için şirketleri uyardığı, kimi durumlarda da değişiklik talebini düzelterek esas sözleşme değişikliklerine uygun görüş verdiği görülmektedir.

Örneğin Karsu Tekstil Sanayii ve Ticaret AŞ. tarafından 16.5.2017 tarihinde yapılan KAP açıklamasında¹⁹, Şirketin "İdare Meclisi" başlıklı 8'inci maddesinin tadilinin SPK tarafından onaylandığı belirtilmiş ve tadil metni ile SPK yazısı KAP'ta yayınlanmıştır. Anılan SPK yazısında, esas sözleşme tadil metninin SPKn hükümleri çerçevesinde incelendiği ve söz konusu maddenin Kurul mührünü taşıyan yazı ekindeki şekilde değiştirilmesinin, Kanunun 33/2 maddesi uyarınca uygun görüldüğü ifade edilmiştir. Ayrıca Kurul uygun görüşünden sonra madde tadilinde herhangi bir değişiklik olması durumunda Kuruldan yeniden uygun görüş alınması gerektiği de Şirkete hatırlatılmıştır.

Yine Transtürk Holding AŞ. tarafından 16.5.2017 tarihinde KAP'ta yapılan açıklamada, sermaye azaltımı ve eşanlı sermaye artırımına ilişkin başvurularının SPK tarafından işleme alınmadığı, konuya ilişkin SPK'dan alınan yazının ekte ortakların bilgisine sunulduğu ifade edilmiştir. SPK'nın anılan yazısında ise esas sözleşme değişikliklerinin; VII-128.1 sayılı Pay Tebliği'nin "Fon çıkışı gerektirmeyen sermaye azaltımı" başlıklı 19/1 maddesine uygun

¹⁹ Halka açık şirketler tarafından KAP'ta yapılan açıklamalara <https://www.kap.org.tr/tr/> adresinden ulaşılabilir.

olmadığından revize edilmesi gerektiği, aynı madde gereğince sermaye azaltımı ile birlikte eşzamanlı sermaye artırımına karar verilmesi durumunda söz konusu sermaye artırımının halka arz yoluyla gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu, ayrıca Şirketin mevcut kayıtlı sermaye tavanının süresinin dolduğu ve Kuruldan yeni bir tavan için henüz izin alınmadığı dikkate alınarak Şirketin yönetim kurulu kararı ile sermaye artırımını yapamayacağı gerekçeleriyle Şirketin başvurusunun işlemden kaldırılmasına karar verildiği belirtilmiştir.

Ayrıca SPK'nın 9.5.2017 tarih ve 2017/18 sayılı Bülteni'nde²⁰ yayınlanan duyurularda da; Bışaş Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş. esas sözleşmesinin 2 ve 4'üncü maddeleri hakkında düzenlenmiş tadil tasarılarının Kurulca öngörüldüğü şekilde, 3 ve 13'üncü maddeleri hakkında düzenlenmiş tadil tasarıları ile 14'üncü maddesinin iptaline ilişkin tadil tasarısının Şirketin talebi doğrultusunda uygun görüldüğü; Re-Pie Gayrimenkul Portföy Yönetimi A.Ş.'nin unvanının "Re-Pie Gayrimenkul ve Girişim Sermayesi Portföy Yönetimi A.Ş." olarak değiştirilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliğine izin verilmesi talebinin olumlu karşılanmasına karar verildiği kamuya duyurulmuştur.

V. HALKA AÇIK ŞİRKETLERİN ESAS SÖZLEŞME DEĞİŞİKLİKLERİNDE SPK'NIN UYGUN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜNE UYULMAMASININ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Halka açık şirketlerin esas sözleşmelerinin değiştirilmesi için Kurulun uygun görüşünün alınması yasal zorunluluk teşkil ettiği halde, Kurulun uygun görüşü alınmaksızın, halka açık şirketlerin esas sözleşme değişikliklerinin ticaret siciline tescil edilmesinin hukuki sonuçlarının da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. SPK'nın md.33/2 hükmünde ve Kurulun muhtelif tebliğlerinde gerek halka açık şirketlerin gerek sermaye piyasası kurumlarının esas sözleşme değişikliklerinin Kurulun uygun görüşüne tabi olduğu emredici bir düzenleme ile hükme bağlanmış ancak anılan hükümlere aykırı olarak gerçekleştirilen esas sözleşme değişikliklerinin hukuki sonuçları ile ilgili bir hükme anılan düzenlemelerde yer verilmemiştir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda ise, bankalar ve sigorta şirketlerinin BDDK ve Hazine Müsteşarlığı tarafından uygun görüş verilmeyen esas sözleşme değişikliklerinin genel kurulda görüşülemeyeceği ve karara bağlanamayacağı, ayrıca uygun görüş alınmaksızın yapılan ana sözleşme değişikliklerinin ticaret siciline tescil edilemeyeceği düzenlemesine yer verilmiş, ancak uygun görüş alınmadan ticaret siciline tescil yapılmasının hukuki sonuçlarına anılan düzenlemelerde de yer verilmemiştir.

²⁰ SPK'nın haftalık bültenleri, Kurul web sitesinde yayınlanmakta olup, bültenler için bkz. <http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/index.aspx?submenuheader=-1>

TTK md.333 uyarınca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanarak yürürlüğe konulan; “*Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ*”in 6’ncı maddesinin 2/c bendinde esas sözleşme değişiklikleri Bakanlık iznine tabi olan şirketlerin esas sözleşme değişikliklerinin genel kurulda görüşülebilmesi için, esas sözleşme değişikliği diğer resmi kurumların uygun görüşünü veya iznini gerektiren şirketler için uygun görüş veya izin yazısının da Genel Müdürlüğe yapılacak izin müracaatında ibrazı zorunlu kılınmıştır. Bu çerçevede, öncelikle Bakanlık izin incelemelerinde, esas sözleşme değişikliği SPK’nın uygun görüşüne bağlı olan halka açık şirketler açısından, değişiklik için SPK’nın uygun görüşünün bulunup bulunmadığının Genel Müdürlük tarafından incelenmesi gerekmektedir. Genel müdürlük tarafından anılan husus atlanılarak esas sözleşme değişikliği genel kurulda görüşülüp²¹ karara bağlandığı takdirde, ticaret sicili memurunun, TTK md.32/1 hükmüne göre tescil için aranan kanuni şartların mevcut olup olmadığı inceleme ve araştırma yükümlülüğü çerçevesinde, uygun görüş alınmadan yapılan esas sözleşme değişikliğinin tescil talebini reddetmesi gerekmektedir. Esas sözleşme değişikliğinin, uygun görüş olmadığı halde ticaret siciline tescil edilmesi halinde ise, bu tescilin hukuki sonuçları hakkında ilgili mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle konunun genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede, halka açık şirketlerin esas sözleşme değişikliklerinde; yönetim kurulunun öncelikle esas sözleşmenin tadil edilmek istenen ilgili maddelerinin yeni şeklini hazırlaması, esas sözleşme değişikliğine ilişkin Kurulun uygun görüşünü ve Bakanlığın iznini alması, kayıtlı sermaye sistemindeki sermaye artırımları hariç olmak üzere esas sözleşmenin tadiline ilişkin genel kurul kararını ticaret siciline tescil ettirmesi ve ayrıca ilana bağlı hususları ilan ettirmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, halka açık şirketler tarafından gerçekleştirilmek istenen esas sözleşme değişikliklerinde, esas sözleşmenin tadil edilmiş yeni şeklinin ticaret siciline tescilinden önce SPK’nın

²¹ Mülga 6762 sayılı TTK döneminde yürürlükte bulunan ve 28.11.2012 tarih ve 28481 sayılı RG.’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik*” ile ilga edilen 7/8/1996 tarih ve 22720 sayılı RG.’de yayımlanan “*Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik*”te, toplantı başlamadan önce ve toplantı başladıktan sonra bakanlık komiserine, genel kurulun gündem maddeleri arasında ana sözleşme değişikliği de bulunuyor ise önceden Bakanlıktan izin alınıp alınmadığına bakmak ve anılan iznin bulunmaması halinde toplantının açılışına izin vermemek yetkisi verilmişti (md.31/1-h ve 32/1-c). Yeni Yönetmelikte Bakanlık Temsilcisine buna benzer bir yetki verilmemiştir. Gündemde ana sözleşme değişikliği bulunması halinde Bakanlıktan bu konuda izin alınmadığının tespiti üzerine, komiserin toplantının açılmasına izin vermeme yetkisi ile konuya ilişkin hususların değerlendirilmesi konusunda bkz. Murat Alışkan, *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları*, İstanbul 2007, s.104-110.

uygun görüşünün alınması mevzuat uyarınca zorunluluk teşkil etmektedir. Bu emredici düzenlemeye aykırı hareket edilmesinin sonuçları ise aşağıda değerlendirilecektir.

B. SPK'nın Uygun Görüşünün Alınmamış Olmasının, Esas Sözleşme Değişikliğinin Tescilinin Geçerliliğine Etkisi

Kurul tarafından uygun görüş verilmiş esas sözleşme değişikliğinin hükmü ifade etmesi için, bu kararın TTK hükümleri çerçevesinde ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir.

Esas sözleşme değişikliklerinin özel bir görünümü olan sermayenin artırılmasına ilişkin ortak hükümler altında yer alan TTK'nın 456'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında, TTK'nın 353'üncü maddesinin tüm sermaye artırımı türlerine kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştır. TTK'nın 353'üncü maddesinin birinci fıkrasında da, anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilemeyeceği, ancak şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması kaydıyla fesih davasının açılacağı öngörülmektedir. Anılan hüküm ile maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, işlem güvenliğinin korunması gereğinin zorunlu sonucu ve anonim şirketler hukukunun bir temel ilkesi olan, tescilin her türlü hukukî sakatlığı onarması (sağlığa kavuşturması) ilkesi kuruluşta kabul edilmiştir. TTK'nın 456'ncı maddesinin dördüncü fıkrasının 353'üncü maddeye atfı nedeniyle, anılan ilke sermaye artırımı bakımından da geçerli olacaktır²². Buna göre, sermaye artırımının tescilinden sonra butlanı veya yokluğuna hükmedilemeyecek, ancak sermaye artırımında, kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olması halinde fesih davasındaki usul uyarınca sermaye artırımının iptali söz konusu olabilecektir. Bu çerçevede “önemli” nitelikte bir kanuna aykırılık olmadığı ve alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatlerinin “önemli” nitelikte ihlali söz konusu olmadığı sürece, sermaye artırımını sürecindeki kanuna aykırılıklar tescil ile sağlık kazanmaktadır²³. Sermaye artırımını dışındaki esas sözleşme değişiklikleri açısından ise, tescilin hukuki sakatlıkları onarması yönünde yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

²² ALIŞKAN, s.177; Ömer KORKUT, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımının Geçersizliği”, İÜHFİM, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, C. LXXI, S.2 (2013), s.276.

²³ Doktrinde, tescilin sağlık kazandırmasına ilişkin olmamakla birlikte, esas sermaye sisteminde sermaye artırımında genel kurul kararından önce alınması gereken Bakanlık izninin alınmamış olması haline ilişkin olarak, sonradan Bakanlıkça izin verilmiş olması koşuluyla, bu durumun sermaye artırım kararının geçerliliğini etkilemeyeceği ifade edilmektedir. Erdoğan MOROĞLU, *Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı*, İstanbul 2015, s.55.

Doktrinde, ilgili kurumların uygun görüşü alınmadan esas sözleşme değişikliğinin genel kurulda görüşülüp tescil edilmesi halinde, bu tescilin hukuki sonuçları hakkında yasada düzenleme olmadığı, Bankacılık Kanunu md.16 ve SPKn md.33/2 hükümlerinin emredici nitelikte olduğu göz önüne alındığında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesi çerçevesinde, kanunun emredici hükümlerine aykırılığın, ana sözleşme değişikliğinin mutlak butlanına neden olacağı²⁴, bu nedenle her ilgilinin bu arada BDDK ve SPK'nın bankaya ve halka açık şirkete karşı butlan davası açabileceği yönünde görüşler²⁵ bulunduğu gibi, uygun görüş olmadan alınan ana sözleşme değişikliği kararının hukuken askıda hükümsüz bir karar olduğu ve ticaret siciline tescil edilemeyeceği, her nasılsa tescil edilmişse ilgili kurumdan “uygun görüş” alınmadıkça hüküm doğurmayacağı ve sicilden resen terkininin gerektiği de savunulmakta²⁶, uygun görüş alınmadan ticaret siciline esas sözleşme değişikliğinin tescil edilmesi halinde ticaret sicilinin temel ilkesi olan tescile güven kuramının burada da geçerli olacağı ve üçüncü kişilerin mevcut sicil kaydına göre yaptıkları işlemlerin geçerli olacağı görüşü de²⁷ dermeyer edilmektedir.

Kanaatimizce, halka açık şirketlerin esas sözleşme değişikliklerinde SPK'nın uygun görüşünün alınmasını öngören düzenlemenin emredici nitelikte bir düzenleme olduğu, hükmün gerek lafzı gerek ratio-legis'i çerçevesinde son derece açıktır. Zira, SPK'nın halka açık şirketleri denetiminin amaçları, anılan şirketlerin SPKn ve ilgili mevzuata uyumlarının sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması ve piyasaya olan güvenin tesis edilmesinin temin edilmesi şeklinde zikredilebilir. Bir başka deyişle, SPK'nın uygun görüş verme yetkisi, kamusal bir fonksiyonun icrasına yönelik olarak kanunun açık hükmü ile Kurula tanınmış bir yetki olarak tavsif edilebilir. Yukarıda örnek olarak zikrettiğimiz esas sözleşme değişikliklerine ilişkin olarak SPK tarafından verilen uygun görüşlerde (ya da talebin reddedilmesinde) bu amaç açıkça görülmektedir.

Bu çerçevede, SPK'nın uygun görüşü alınmaksızın halka açık şirket esas sözleşme değişikliğinin ticaret siciline tescil edilmesi halinde, sermaye artırımları açısından tescilin hukuki sakatlıkları onarması (sağlığa kavuşturması)

²⁴ TTK'da düzenlenen butlan sebepleri *numerus clausus* olmadığı için, anılan haller yanında borçlar hukukundan kaynaklanan ve yeni TTK'ya kadar içtihat hukuku çerçevesinde borçlar hukuku ekseninde ele alınan butlan sebeplerinin de yeni TTK'dan sonra geçerli olmaya devam edeceğinin açık olduğu konusunda bkz. Ünal TEKİNALP, *Genel Kurul Kararlarının Butlanında Anonim Ortaklığa Özgü Sebeplerin Kabulü İhtiyacı*, BATİDER, Aralık 2009, C. XXV, S.4, s.10-16.

²⁵ Seza REİSOĞLU, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Son Değişikliklerle Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, C.1, Ankara 2015, s.513-514; TAŞDELEN, s.215, 220; ALICI, Yaşar, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Cilt 1, İstanbul 2017, s.257-258.

²⁶ Erdoğan MOROĞLU, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Sekizinci Baskı, İstanbul 2017, s.49.

²⁷ Ünal TEKİNALP, *Banka Hukukunun Esasları*, Yeniden Yazılmış 2. Bası, İstanbul 2009, s.147.

ilkesinin bulunduğu ayırksı durum haricinde, emredici nitelikteki bu düzenlemeye aykırı olarak gerçekleştirilen esas sözleşme değişikliklerinin ticaret siciline tescil edilmiş olması halinde, tescilden sonra olmakla birlikte esas sözleşme değişikliğine SPK tarafından uygun görüş verilmesi halinde, bu eksikliğin sonradan ikmal edilmiş olması hasebiyle tescil işleminin geçerli olarak kabul edilebileceği ve bu durumda butlanın ileri sürülmesinin menfaatler dengesine de aykırı düşeceği kanaatindeyiz. Öte yandan uygun görüş şartı gerçekleşmeden ve sonradan da bu eksiklik giderilmeden esas sözleşme değişikliğinin tescili halinde ise genel hükümler çerçevesinde, kanunun emredici hükümlerine aykırılık dolayısıyla kesin hükümsüz nitelikte olan esas sözleşme değişikliğine karşı, menfaati olan tüm ilgililerin ve bu arada düzenleyici otorite olan SPK'nın butlanın tespiti davası ikame edebileceği görüşündeyiz.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, emredici hükme aykırılık nedeniyle, Kurulun uygun görüşü alınmaksızın gerçekleştirilen esas sözleşme değişikliği her ne kadar butlanla malul olsa da, anılan değişikliğin ticaret siciline tescil edilmiş olması halinde, butlanın tespitine ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararı üzerine ya da ticaret sicili müdürlüğünce re'sen yapılacak terkin anına kadar, batıl genel kurul kararına istinaden iyiniyetli üçüncü kişilerle gerçekleştirilen hukuki işlemlerin geçerli olup olmadığının da tartışılması gerekmektedir. Doktrinde, genel kurul kararlarının iptali ve butlanının tespiti davaları açısından yapılan değerlendirmeler çerçevesinde belirtildiği üzere, TTK md.450 çerçevesinde, butlan veya iptal davası kabul edilirse, kesinleşen ilam, davada taraf olsun olmasın bütün pay sahipleri ile şirket organlarını ve organ üyelerini bağlar. Alman, İsviçre ve Türk hukuk düzeninde, iptal hükmünün zaman açısından da, iptal kararının kesinleştiği tarihten itibaren ileriye (ex nunc) değil, iptal edilen genel kurul kararının alındığı tarihten itibaren geçerli olacak biçimde geriye yönelik (ex tunc) etki yarattığı ittifakla kabul edilmektedir. Butlanın tespiti kararı da, niteliği gereği açıklayıcı ve geçmişe etkilidir; bu nedenle batıl karara dayanan diğer işlemlerin de kural olarak geçersiz olması gerekir. Buna karşılık, butlanın tespitine ilişkin kesin hüküm ex tunc etki yaratsa da, yönetim kurulunun batıl genel kurul kararlarına istinaden iyiniyetli üçüncü kişilerle temsil yetkisi çerçevesinde kurduğu ilişkiler bakımından tespite ilişkin kesin hükmün geçmişe etkili olduğunun kabulü özellikle iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması ve hukuk güvenliği çerçevesinde yerinde değildir. Çünkü iyiniyetli üçüncü kişiler ortaklığın konusuna giren bütün hukuki işlemlerin temsile yetkili olanlarca ortaklık adına yapılabileceğini kabul etmekte haklıdırlar (TTK md.371/1 ve 4)²⁸.

²⁸ MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.192-193; BAHTİYAR da, butlanın tespitine ilişkin kesinleşmiş hükmün geriye etkili sonuç doğurması kuralını mutlak olarak uygulamak sakıncalı olabileceği için, özellikle iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması ve hukuk güvenliği gereği bazı istisnalar tanınmasının tartışılabilirliği görüşündedir. BAHTİYAR, s.214-215. KIRCA da, geçmişe etkinin dogmatik

Bu çerçevede, Kurulun uygun görüşü alınmadan gerçekleştirilen esas sözleşme değişikliklerinin ticaret siciline tescil edilmiş olması halinde, butlanla malul esas sözleşme değişikliğine istinaden halka açık şirket ile iyiniyetli üçüncü kişiler arasındaki hukuki işlemlerin, butlanın tespitine ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararının ticaret siciline bildirilmesi anına kadar geçerli kabul edilmesinin, TTK'nın yukarıda zikredilen temsile ilişkin düzenlemeleri, sicile güven ve hukuki güvenlik ilkeleri çerçevesinde yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Genel hükümler dışında, SPK'nın uygun görüşü alınmadan tescilin gerçekleşmesi halinde Ticaret Sicili Yönetmeliği ve SPKn çerçevesinde yapılabilecekler ise aşağıda analiz edilecektir.

C. SPK Tarafından Tesis Edilebilecek İşlemler

1. Ticaret Sicili Yönetmeliği²⁹ Çerçevesinde

Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin "Müdür ve müdür yardımcılarının inceleme yükümlülüğü" başlıklı 34'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde, "Tescil edilecek olgunun Bakanlığın veya diğer resmi kurumların iznine ya da uygun görüşüne tabi olması halinde, söz konusu iznin veya uygun görüşün alınıp alınmadığı" hususu, müdür ve müdür yardımcılarının tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığına dair inceleyeceği hususlar arasında sayılmıştır³⁰. Benzer şekilde, Yönetmeliğin 73'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde de "Şirket sözleşmesi değişikliği Bakanlık veya diğer resmi kurumların iznine veya uygun görüşüne tabi olan şirketler için bu izin veya uygun görüş yazısı" anonim şirketlerin sermaye artırımlarında ticaret sicili müdürlüğüne yapılacak tescil başvurusunda verilecek belgeler arasında sayılmıştır.

Anılan Yönetmeliğin 34'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, "Müdürlükçe birinci fıkra hükmü uyarınca yapılan inceleme sonucunda, tescil için aranan

temelinin açıklanmasında, hukuki işlemlerin iptalinin etkilerinin düzenlendiği Alman Medeni Kanunu (BGB) 142.1 hükmünden hareketle bir sonuca varan görüşü isabetli bulmaktadır. Bu hüküm uyarınca, iptali mümkün bir hukuki işlem iptal edilirse, baştan itibaren kesin hükümsüz olur. Hal böyle olunca Alman hukukunda, iptal edilebilir bir işlemin, başta her iki taraf için de hükümlerini doğurduğu ancak iptal hakkının kullanılmasıyla baştan itibaren kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir. İsmail KIRCA (Fezvan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK/Çağlar MANAVGAT), *Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, İkinci Bası, Ankara 2017, s.256, dp.603.

²⁹ 27.1.2013 tarih ve 28541 sayılı RG.'de yayımlanmıştır.

³⁰ Sicil memuru, kanuni şartların mevcut olup olmadığını inceleme görevi çerçevesinde, şirketler ile ilgili başvurularda, tescili istenen hususun yokluk veya butlan ile sakat olduğunu tespit ederse, tescili reddeder. Reha POROY/Hamdi YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Bası, İstanbul 2015, s.216. Yargıtay kararlarında da, sicil memurlarının bu yetkileri, emredici hükümlere aykırılık olup olmadığı hususlarıyla sınırlı olarak kabul edilmektedir. MOROĞLU, *Hükümsüzlük*, s.383, dp.643-644.

şartlardan bazılarının eksik olduğunun anlaşılması halinde bu olguların ilgiye yazı ile bildirilmesi ve bunların Kanuna ve/veya bu Yönetmeliğe uygun hale getirilmesi veya şartlara ait eksikliklerin veya belgelerin tamamlanması için otuz günden fazla olmamak üzere uygun bir süre verilir. Verilen süre, işlemin mahiyetine göre aynı süre ile en çok iki defa uzatılabilir. Verilen veya ihtiyaca göre uzatılan süre içinde durum Kanuna ve/veya bu Yönetmeliğe uygun bir hale getirilmemiş veya belgeler tamamlanmamış olduğu takdirde tescil isteği reddolunur.” hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan, Yönetmeliğin 37’nci maddesinin birinci fıkrasında, *“Tescil başvurusuna ilişkin müdürlüğün herhangi bir kararı veya işlemi üzerine kişisel yararı bulunmasa bile üçüncü kişiler, bu kararın veya işlemin gerçeği tam olarak yansıtmadığını yahut Kanuna uygun olmadığını, kamu düzenine aykırı veya üçüncü kişilerde yanlış düşünceler uyandıracak mahiyette bulunduğunu ispata elverişli birtakım olguları, müdürlüğe bildirebilir. Bu iddiaların yerinde olduğuna kanaat getirilmesi ve henüz bir işlem yapılmamış olması halinde başvuru reddedilir. İşlem gerçekleştirilmiş ise, 36’ncı maddeye göre işlem tesis edilir...”* düzenlemesine yer verilmiştir. Kanun hükümlerine aykırı olarak tescilin gerçekleştirilmiş olması halinde Yönetmeliğin 37’nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca 36’ncı madde hükmü uygulama alanı bularak söz konusu maddeye göre işlem tesis edilecektir. Anılan maddede, tescil edilmesi gereken bir olgunun ilgisi tarafından tescil ettirilmediğini haber alan müdürlük tarafından tescil başvurusunda bulunmakla yükümlü kişileri tescil başvurusunda bulunmaya veya tescili gerektiren sebeplerin bulunmadığını ispat etmeye yönelik çağrıda bulunma usulü ile müdürlükçe verilen süre içinde tescil isteminde bulunmayan ve kaçınma sebeplerini de bildirmeyen kişinin Kanunun 33’üncü maddesinin ikinci fıkrasında³¹ öngörülen idari para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Bu doğrultuda SPK’nın uygun görüşü alınmaksızın gerçekleştirilen tescil işleminin eksik belgeye dayanılarak gerçekleştirilmiş olması sebebiyle, Yönetmeliğin 37’nci maddesi uyarınca konunun, anılan maddenin atfı yaptığı 36’ncı maddenin uygulanmasını teminen SPK tarafından ilgili Ticaret Sicil Müdürlüğü’ne iletilmesi ve böylece, Kurulun uygun görüşü alınmaksızın gerçekleştirilen tescil işlemi nedeniyle ilgililer hakkında TTK md.33/2 hükmüne istinaden idari para cezası uygulanmasının sağlanması söz konusu olabilecektir.

³¹ TTK’nın “Tescile davet ve ceza başlıklı” md.33/2 hükmü şu şekildedir: *“Sicil müdürünce verilen süre içinde tescil isteminde bulunmayan ve kaçınma sebeplerini de bildirmeyen kişi, sicil müdürünün teklifi üzerine mahallin en büyük mülki amiri tarafından bin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılır.”*

2. Sermaye Piyasası Kanunu Çerçevesinde

Halka açık şirketler tarafından gerçekleştirilecek esas sözleşme değişiklikleri öncesinde SPK'nın uygun görüşünün alınmaması ve uygun görüş alınmadan tescilin gerçekleştirilmiş olması, SPKn ve ilgili ikincil mevzuata aykırılık teşkil etmekte olup, söz konusu aykırılık nedeniyle, ilgili halka açık şirket hakkında SPKn md.103/1 hükmünün uygulama alanı bulması gündeme gelebilecektir.

Nitekim anılan hükümde, ***“Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar³² idari para cezası verilir. Ancak, yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz.”*** düzenlemesine yer verilmiştir.

SPKn'da idari para cezasını gerektiren fiillere ilişkin olarak genellikle, kanunda tek tek belirtilmek suretiyle bir düzenleme yapılması söz konusu olmayıp, bu fiillerin neler olduğu tebliğ ve alınan kurul kararları eliyle düzenlenmekte ve SPKn md.103/1 uyarınca bunlara aykırılık halinde idari para cezası uygulanmaktadır. Bir başka deyişle Kurul, idari para cezalarını, genel yetki kuralı olan SPKn md.103/1 hükmü çerçevesinde tesis etmektedir.

Kanunun anılan hükmünde ilk olarak kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere yer verilmiş olup, anılan ifadeden, Kurulun, Kanuna istinaden yaptığı ikincil düzenlemeler ve özellikle uygulamada en sık karşılaşılan işlem olması hasebiyle tebliğler anlaşılmalıdır. Hükümde yer alan, belirlenen standart ve formlar ifadesi de, Kurulun özellikle tebliğe ek olarak, ilgililerin uymakla yükümlü oldukları konuları daha ayrıntılı olarak belirlediği formlar ile mevzuat gereği uygulanması zorunlu olan uluslararası değerlendirme standartları, uluslararası muhasebe standartları gibi standartları kapsamaktadır. Kurul tarafından alınan genel nitelikteki kararlardan, karar kapsamına giren ilgili şirketleri, sermaye piyasası kurumlarını ve gerçek kişileri kapsayan ve kapsama girenlerin uymakla yükümlü oldukları kararlar anlaşılır. Kurulun, halka açık şirketlerin kar payı dağıtımına yönelik olarak aldığı kararlar, hisse geri alımı konusundaki kararları bu tür kararlara örnek olarak gösterilebilir. Özel nitelikteki kararlar ise, spesifik olarak bir şirkete ya da kişiye özgü olarak alınan kararlar olup, pay alım teklifi konusunda ilgililerin bilgilendirilmesi, muafiyet talebinin reddi gibi kararlar bu türe örnek olarak gösterilebilir.

³² Anılan tutarlar sabit olmayıp, Kabahatler Kanunu md.17/7 hükmüne istinaden her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere yeniden değerlendirilerek uygulanmakta olup, 2017 yılı için uygulanacak tutarlar, Kurul Karar Organı'nın, Haftalık Bülteninde yayınlanan 6.1.2017 tarih ve 1/18 sayılı kararı ile alt ve üst sınır 27.047-338.088 TL olacak şekilde belirlenmiştir.

SPKn'ya tabi olan halka açık şirketler nezdinde, SPKn ve bu Kanuna istinaden çıkarılmış ikincil mevzuat hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilen inceleme ve denetim çalışmaları neticesinde hazırlanan raporlara dayanılarak, somut olayda idari para cezasını gerektiren bir mevzuat ihlali bulunup bulunmadığına nihai olarak Kurul Karar Organı'nca karar verilmekte ve Kurul tarafından ilgililer hakkında idari para cezası tesis edilmektedir. İdari para cezası miktarı, genel ya da özel nitelikte olup olmamasına göre değişkenlik göstermekte olup, menfaat elde edilmiş olması da SPKn'da idari para cezasını artıran bir husus olarak kabul edilmektedir. (SPKn md.103/1-2-4-6 ve md.105 gibi)

Bu çerçevede değerlendirildiğinde, SPK'nın uygun görüşü alınmaksızın gerçekleştirilen esas sözleşme değişikliklerinde, anılan husus SPKn'ya aykırılık teşkil ettiğinden, Kanunun emredici hükmüne riayet edilmemesi nedeniyle halka açık şirket ve esas sözleşme tadil tasarılarını Kurulun uygun görüşüne sunmakla yükümlü yönetim kurulu üyeleri ve diğer ilgililer hakkında Kurul Kararı ile idari para cezası tesis edilebilecektir³³.

VI. SONUÇ

SPK'nın, halka açık şirketlerin esas sözleşme değişikliklerine uygun görüş verme yetkisi, Bakanlık izni ile aynı mahiyette değerlendirilmesi gayri kabil olan ve SPKn'da gerek lafzen gerek amaçsal bakış açısı çerçevesinde emredici olarak düzenlenmiş bir yetki olup, Kurulun anılan yetkisinin, halka açık şirketlerin esas sözleşme değişikliklerinin sermaye piyasası mevzuatına uygunluğu açısından incelenmesi, böylece yatırımcıların hak ve menfaatlerinin ihlal edilmesini ve piyasaya olan güvenin sarsılmasını önlemek amaçlı kamusal bir fonksiyonu ifa etme amacına matuf olarak kabulü yerinde olacaktır.

Kanunun, esas sözleşme değişikliklerinde Kurulun uygun görüşünün alınmasına ilişkin amir hükmüne aykırılık halinde ise, genel hükümler çerçevesinde, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle Kurul tarafından butlanın tespiti davası ikame edilebileceği gibi TTK'ya istinaden çıkarılan Ticaret Sicili Yönetmeliği ve SPKn'nın idari para cezalarına ilişkin düzenlemeleri çerçe-

³³ Kurulun, 6362 SPKn çerçevesinde tesis edilecek idari para cezalarına ilişkin uygulama esaslarının belirlendiği, 26.03.2013 tarih ve 10/363 sayılı kararında, "...yatırımcı kararlarını etkilemeyen, yatırımcı açısından zarar doğurmayan, yatırımcıların korunması veya bilgilendirilmesi konularına ilişkin olmayan; detaya ilişkin, şekli ve telifisi derhal gerçekleştirilebilecek olan; idari para cezasını gerektirmeyen uyumsuzluklarda ilgili hizmet birimlerince idari para cezasına ilişkin prosedür uygulanmaksızın ilgili kişilere, mevzuata uyum konusunda uyarılmaları yönünde yazı yazılabilecektir." hükmü yer almaktadır. Ancak, Kurulun uygun görüşünün alınmasına ilişkin düzenleme emredici nitelikte olup, halka açık şirket esas sözleşme değişikliklerinde Kurulun uygun görüşünün aranması, yatırımcıların zarara uğramasını engelleme amaçlı kamusal bir yetki olduğundan, anılan hükme riayet edilmemesi halinde doğrudan idari para cezası tesis edilmesinin uygun olacağı, halka açık şirket ya da ilgililerin uyarılmasının yerinde olmayacağı kanaatindeyiz.

vesinde ilgililer hakkında idari para cezası tesisi şeklinde yaptırım uygulama yoluna müracaat edilmesi de söz konusu olabilecektir. Öte yandan, Kurulun uygun görüşünün alınmaması nedeniyle batıl olan esas sözleşme değişikliği kararının ticaret siciline tescil edilmesi halinde, butlanın tespitine ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararı, niteliği gereği her ne kadar ex tunc (geçmişe etkili) olsa da, yönetim kurulunun batıl genel kurul kararına istinaden iyiniyetli üçüncü kişilerle kurduğu ilişkiler bakımından bu mutlak kurala istisna tanınmasının gerek TTK md.371/1 ve 4 hükümleri çerçevesinde iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması gerek hukuk güvenliğinin tesisi açısından gerekli ve yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Abuzer KENDİGELEN, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2016.
- Ali İhsan KARACAN, Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar, C. I, İstanbul 2017.
- Ali PASLI, Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2 - Kısım 4 - Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler, BATİDER 2011, C. XXVII, S.3.
- Asuman TURANBOY, Sermaye Piyasası Kanunu ve Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşler, Prof. Dr. Bilge ÖZTAN'a Armağan, Ankara 2008.
- Bariş AKGÜL, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Halka Açık Anonim Şirketlere Etkisi, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri, Uluslararası Konferans, Editör: Korkut ÖZKORKUT, Ankara 2010.
- Başak ŞİT, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi, BATİDER 2012, C. XXVIII, S.4.
- Çağlar MANAVGAT, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara 2016. (HAAO)
- Çağlar MANAVGAT, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları, İÜHFİM, C. LXXI, S.2 (2013).
- Erdoğan MOROĞLU, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul 2016.
- Erdoğan MOROĞLU, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul 2015.
- Erdoğan MOROĞLU, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Sekizinci Baskı, İstanbul 2017. (Hükümsüzlük)
- Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK (İsmail KIRCA/Çağlar MANAVGAT), Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.
- Funda GÜNGÖR / N. Orhun KÖSTEM, /Haluk ÖZDEMİR, Sermaye Piyasalarına Açılan Pencere, A'dan Z'ye Halka Açılma ve Yatırımcı İlişkileri, İstanbul 2009.
- İsmail KIRCA (Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK/Çağlar MANAVGAT), Anonim Şirketler Hukuku, C.2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İkinci Bası, Ankara 2017.
- Korkut ÖZKORKUT, Ticaret Hukuku, SPL Lisanslama Sınavları Çalışma Kitapları, İstanbul 2017. (Ticaret Hukuku)
- Mehmet BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 12. Bası, İstanbul 2017.
- Murat ALIŞKAN, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007.
- Ömer KORKUT, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımının Geçersizliği", İÜHFİM, Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU'na Armağan, C. LXXI, S.2 (2013).

Reha POROY/Hamdi YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Baskı, İstanbul 2015.

Sabih ARKAN, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Ankara 2005.

Selim Servet TAŞDELEN, Bankacılık Kanunu Şerhi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, C. I, Ankara 2015.

Seza REİSOĞLU, Bankacılık Kanunu Şerhi, Son Değişikliklerle Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, C.1, Ankara 2015.

Ünal TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Baskı, İstanbul 2009.

Ünal TEKİNALP, Genel Kurul Kararlarının Butlanında Anonim Ortaklığa Özgü Sebepelerin Kabulü İhtiyacı, BATİDER, Aralık 2009, C. XXV, S.4.

Ünal TEKİNALP, Tartışmalar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Ankara 2005.

Yaşar ALICI, Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2017.

Zühtü AYTAÇ, Borsa Şirketleri ve Riskin Erken Saptanması Komitesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, Ankara, 2015.

Yararlanılan siteler

<https://www.kap.org.tr/tr/> adresinden ulaşılabilmektedir.

<http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/index.aspx?submenuheader=-1>

https://www.spl.com.tr/spl/eep/Specific/OEP/Upload/1010_Ticaret%20Hukuku_2017-1.pdf

İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle İş Sözleşmesinin Feshi^(*)

Termination of the Employment Contract of Employees Protected by Job Security Due to Their Private Lives

*Av. Artür KARADEMİR^(**)
Arş. Gör. Cemile TURGUT^(***)*

Özet

İşverenin işçiyi gözetme borcu, işçinin kişiliğinin korunması gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. İşçinin kişiliğinin korunması, kişilik hakkına dâhil olan özel yaşamın gözetilmesini de gerektirir. Bu açıdan işveren, yönetim hakkını kullanırken, işçinin kişiliğini serbestçe geliştirebileceği özel yaşam alanına hukuka aykırı müdahalelerden kaçınmak zorundadır. Ne var ki, ister işyerinde isterse işyeri dışında gerçekleşsin, özel yaşam alanına dâhil pratiklerin işverenin iktisadi menfaatlerini zedeleme ihtimali açıktır.

Bu çalışmada, işverenin, işçinin özel yaşamına dâhil olan sosyalleşme hakkı ve iletişim özgürlüğü ile sağlık ve ekonomik durumuna ilişkin talimat verebilip veremeyeceği, anılan özel yaşam pratiklerinin iş ilişkisini hangi hallerde etkileyeceği, etkilemesi halinde ise, iş sözleşmesinin fesihine imkân sağlayıp sağlamayacağı tartışılmıştır. Bu yapılırken de, taraf menfaatlerinin adil bir dengeye kavuşturulması hedeflenmiştir. Adil dengenin tesisinde, iş güvencesi kapsamındaki işçinin davranışları veya yetersizliği şeklinde ortaya çıkan geçerli nedenler temel insan hakları dayanak alınarak yorumlanmaya çalışılmış, işçi ile işveren arasındaki muhtemel menfaat çatışmaları, yeri geldikçe yüksek mahkeme kararlarına yansıyan somut olaylar özelinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Özel Yaşam, Sosyalleşme Hakkı, İletişim Özgürlüğü, Hastalık, Aşırı Borçlanma.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

^(**) Marmara Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, arturkarademir@hotmail.com

^(***) İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, Beykent Üniversitesi Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi, turgutcemile@gmail.com

Abstract

An employer owes a duty of care to protect the employee's individuality. This duty encompasses the necessity to respect the private life of the employee. Hence, the employer shall in principle avoid regulating the off-duty conduct of the employee in order not to violate the employee's spiritual welfare. However, there is an inherent conflict of interest between the private life of an employee and employer's financial goals and his perception of professional ethics.

This study deals with the issue of whether an employee is indebted to his or her employer to comply with the regulations concerning his or her right to socialize at workplace, freedom of communication, health condition or economic welfare. While arguing for the fine line between work and private life, this study seeks a solution to the question whether the employment contract can be terminated on the grounds of an employee's behaviour or life style that is considered within the scope of his or her private life. In doing so, this study aims to strike a fair balance between the parties' interests in the light of the current supreme court decisions.

Keywords

Private Life, Right to Socialize, Freedom of Communication, Illness, Excessive Debt.

I. GİRİŞ

Özgür bir yaşam tasavvuru, bireyin kişiliğini geliştirme hakkından ayrı düşünülemez. Özel yaşam kavramı da, bireyin kişiliğini serbestçe geliştirebilmesine imkân sağlayan bir yaratım alanına işaret etmektedir. O halde özel yaşam, aynı zamanda bir özgürlük talebidir.

Doğaldır ki, özel yaşam hakkının ilk durağı bireyin mahremiyet alanıdır. Öte yandan, insanın toplumsal bir varlık olduğu düsturundan hareketle, özel yaşamın, bireyin yalnızca mahremiyet alanından oluşan dar bir çerçeveye sığmayacağı da vurgulanmalıdır. Bireyin toplumun diğer üyeleriyle sosyal temas içerisine girmesi, kişiliğin gelişiminde kaçınılmaz bir rol oynamakla, "sosyalleşme hakkı", giderek özel yaşam hakkına dâhil olmaktadır. Ne var ki, özel yaşam hakkının sosyal yaşam alanlarına doğru genişlemesi, pek çok soru işaretini de beraberinde getirmektedir.

Bu çalışma ile bireyin özel yaşamı, özel yaşam alanının sosyal yaşam alanına doğru genişlediği hallerden biri olarak değerlendirdiğimiz işçi-işveren ilişkileri özelinde tartışılmıştır. Zira iş sözleşmesinin taraflar arasında güven ilişkisi yaratması ve işçinin işverene bağımlılığı, özel yaşam hakkının göz ardı edileceği şeklinde yorumlanamayacağı gibi, mahremiyet alanından taşan özel yaşam pratiklerinin de hiçbir sınırlamaya konu olmayacağı düşünülmemelidir.

İşçinin özgür yaşam tasavvuru, onun özel yaşamı ile işverenin menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. İş sözleşmesinin işçiye itaat ve sadakat borcu yüklediği, işverene ise yönetim hakkı bahsettiği nazara alındığında menfaatlerin uyumlaştırılması

daha da önem kazanmaktadır. O halde, aşağıda öncelikle özel yaşam alanının çerçevesi belirlenecektir. Daha sonra, iş sözleşmesinin iş güvencesi kapsamındaki işçinin özel yaşamından kaynaklanan nedenlerle feshinin geçerliliği veya haklılığı incelenecektir. Özel yaşam kavramının bireyin adından cinsel yönelimlerine kadar çok geniş bir çalışma alanı sunması nedeniyle, mesele, ilkel yaklaşımın ortaya konulabileceği bazı çarpıcı özel yaşam pratikleri bağlamında tartışılacaktır.

II. ÖZEL YAŞAM

Özel yaşam kavramı, mutlak bir tanım getirilemeyecek kadar geniş bir yelpaze sunmaktadır. Gerçekten de özel yaşam kavramı, kişinin en gizli kalması gereken değerlerinden çevresiyle paylaştığı bilgilere ve mesleki faaliyetleri de dâhil çeşitli yaşam pratiklerine kadar genişletilebilir¹. O halde, özel yaşam alanının kişinin sadece sınırlı bir mekân dâhilinde gerçekleştirdiği yaşam pratiklerini değil, çok daha geniş bir çerçevede, onun kişiliğini geliştirmek, gerçekleştirmek ve devam ettirmek için sosyal temasa giriştiği ve konutu dışındaki diğer mekânları da kapsadığı vurgulanmalıdır².

Türk doktrininde kişinin yaşam alanları, özel yaşam, gizli yaşam ve kamusal yaşam alanı şeklinde üçlü bir ayırım gözetilerek incelenmekle birlikte³, temel insan haklarının yatay etkisi nazara alındığında özel yaşam alanı ile kamusal yaşam alanı arasındaki sınırın silikleştiği ifade edilmelidir⁴. Bilindiği üzere, temel insan haklarının güvence altına alınması, devlete yalnızca “müdahale etmeme” şeklinde negatif yükümlülükler değil, bu hakkın özel kişiler (işçi-işveren) arasındaki ilişkilerde hayata geçirilmesini sağlayacak pozitif yü-

¹ Bu yönde açıklamalar için bkz. *Sodan v. Türkiye Davası*, 18650/05, 02.02.2016, § 37, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 21.03.2017) Ayrıca bkz. AYM, 2014/19081, 01.02.2017 T., § 57 vd. Karar metni için bkz. 30003 sayılı ve 10.03.2017 tarihli R.G.

² *Niemietz v. Almanya Davası*, 13710/88, 16.12.1992, § 29; *P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık Davası*, 44787/98, 25.09.2001 T., § 56, www.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 21.03.2017)

³ Haluk Tandoğan: “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, *AÜHFD*, 1963, C. XX, S.1-4, s.26; Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 3. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1980, s.470; Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar*, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1999, s.133; Rona Serozan, *Medeni Hukuk*, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015. İkinci Bölüm, § 3, N.11; Ahmet, Kılıçoğlu, *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.118; Mustafa Dural /Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku C. II: Kişiler Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, N.674; Serap Helvacı/Fulya Erlüle, *Medeni Hukuk*, 4. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016. s.89; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 7. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, (Gerçek Kişiler). s.124; Mehmet Beşir ACABEY “*Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı*”, *Journal of Yaşar University*, C. VIII, Özel Sayı, 2014, s.20; Mine Kaya, “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010/4, s.285.

⁴ Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul, Beta, 2011, s.77.

kümlülükler de yüklemektedir⁵. Hal böyle olunca, işyerinde meydana gelse dahi, işçinin özel yaşamının korunmasına yönelik düzenlemelerin ihdası ve bu düzenlemelerin, temel insani değerleri gerçekleştirecek şekilde yorumlanmaması gerekmektedir⁶. O halde örneğin mesleki faaliyeti çerçevesinde diğer kim-seler ile sosyal temasa geçen işçinin iletişim bağları somut olayda özel yaşam alanı kapsamında telakki edilebilecektir⁷.

Yargı organları da aynı doğrultuda karar vermekle kişinin işyeri sınırları içinde olmasının özel yaşamının korunmayacağı sonucunu doğurmayacağına hükmetmektedir. Örneğin Yargıtay, işçi adına işyerine gelen tebligatın işçinin amirleri tarafından okunmasını, özel yaşamın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirmiştir⁸. Benzer şekilde, mesele Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına da konu olmuş, Yüksek Mahkeme de aynı ilkelere işaret etmiştir⁹. Ne var ki, özel yaşam kural olarak ve ilkin mekânsal bir sınırlama öngördüğünden, kişinin kamusal alanda veya işyerinde bulunması halinde özel yaşamının korunmasına ilişkin makul/meşru; kabul edilebilen bir beklentisinin olması gerekmektedir¹⁰.

⁵ Reyhan Sunay, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S.1, 2015, s.11 vd.; Arslan Öncü, s.55-57; Sezgi Öktem Songu "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", *DE-ÜHFD*, C.15, Özel Sayı, 2013, s.614 vd.

⁶ Özel yaşamın mevzuat ile korunmasının yanı sıra, mevzuatın yargı organlarıncı etkin koruma sağlayacak şekilde yorumlanması gerektiği yönünde açıklamalar için bkz., Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2008, s.42. Ayrıca bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 6. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, s.1522-1523; Sunay, s.29; AYM, 2013/4825, 24.03.2016 T., § 49. Karar metni için bkz. 29708 sayılı ve 10.05.2016 tarihli R.G.

⁷ Bu yönde açıklamalar için bkz. Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, s.14-15; *Niemietz v. Almanya Davası*, 13710/88, 16.12.1992, § 29, www.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 21.03.2017)

⁸ Y. 12. CD., 2015/9708 E., 2016/10986 K., 29.06.2016 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017) Ayrıca bkz. Kenan Tunçomağ / Tankut, Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2015, s.101. Tunçomağ/Centel de işçinin itaat borcunun alt görünümü şeklinde tezahür eden "işverenin denetimine katlanma yükümü" nün dürüstlük kuralı ve iş yaşamındaki geleneklerle sınırlı olduğunu beyanla, işçi adına işyerine gelen mektubun işverence okunamayacağını, aksi halde işçinin kişilik hakkına tecavüz edilmiş olacağını dile getirmektedir.

⁹ Bkz. *P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık Davası*, 44787/98, 25.09.2001 T., § 56, www.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 21.03.2017) Benzer yönde AİHM uygulaması için bkz. Ozan Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, C.I, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013, s.470-471.

¹⁰ Bkz. *Halford v. Birleşik Krallık Davası*, 20605/92, 25.06.1997, § 45-46; *P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık Davası*, 44787/98, 25.09.2001 T., § 57, www.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 21.03.2017) Aynı yönde açıklama ve AİHM uygulaması için bkz. Arslan Öncü, s.80 vd. AİHM tarafından benimsenen "meşru beklenti" ölçütünün Amerikan Yüksek Mahkemesince de uygulanageldiği yönünde bkz. Timothy, Casey, "Electronic Surveillance and the Right to be Secure", *University of California Davis Law Review*, volume 41, 2008, s.987, dn.49. Amerikan uygulamasında, beklentinin ağırlıklı olarak objektif açıdan meşruluğunun arandığı yönünde bkz. Orin S., Kerr, "Katz Has Only One Step: The

Ulusal mevzuat itibariyle de işçinin özel yaşamının korunması gereği üzerinde durulmaktadır. Gerçekten de özel kişiler arasında da uygulanma kabiliyeti olan Anayasanın 17. maddesi kişinin manevi varlığını geliştirme hakkına işaret etmekte, aynı şekilde 6098 sayılı TBK¹¹ md.417 de işverene işçinin kişiliğinin korunması borcunu yüklemektedir. O halde, gerek ulusal ve ulusüstü düzenlemeler gerekse yüksek mahkeme kararları ışığında işçinin manevi varlığına ve kişiliğine dâhil olan özel yaşam hakkının işyerinde de gözetilmesi gerektiği açıktır¹².

Netice itibariyle, işçinin özel yaşamının iş sözleşmesine etkisi ile feshin geçerliliğine ilişkin sorunların, temel hakların yatay etkisi ile pozitif yükümlülükler doktrini ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu yorum tarzı temel insani değerlere ilişkin ulusal ve ulus üstü düzenlemelere uygun olacağı gibi, çağdaş iş hukukunda cari işçinin korunması ilkesini de pekiştiren bir işleve sahip olacaktır.

III. İŞÇİNİN ÖZEL YAŞAMININ İŞ İLİŞKİSİ ÜZERİNDEKİ ETKİ VE SONUÇLARI

A. Genel Olarak

İşçi, özel yaşamına dâhil pratikleri işyeri sınırları içinde gerçekleştirebileceği gibi, mesele işyeri sınırlarını aşan bir bağlamda da düşünülebilir. İşçinin işyerinde başka bir işçiyle veya astı yahut üstüyle gönül ilişkisine girmesi birinci duruma, işçinin işyeri ve iş saatleri dışında alkol tüketmesi ikinci duruma örnek gösterilebilir. Aynı şekilde, işyerinde uygulanan sigara yasağından, kılık kıyafet yönetmeliklerine, elektronik haberleşme vasıtalarına erişimin engellenmesinden, bu vasıtalarla kurulan iletişimin gözetlenmesine kadar pek çok örnek, işçi-işveren ilişkisinin işyeri sınırları içerisindeki özel yaşam pratikleri bağlamını teşkil eder. İşçinin derli toplu olmayan yaşayışı nedeniyle hastalanarak devamsızlık yapması ise işyeri sınırları dışındaki özel yaşam pratiklerinin iş ilişkisini etkilediği hallerden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Görüleceği üzere; ister işyeri içinde, isterse işyeri dışında gerçekleşsin, özel yaşam pratiklerinin

Irrelevance of Subjective Expectations”, *The University of Chicago Law Review*, volume 82/113, s.114 vd. Kanada hukuku açısından da aynı esasların benimsendiği yönünde bkz. Steven, Penney, “Reasonable Expectations of Privacy Novel Search Technologies: An Economic Approach”, *Journal of Criminal Law and Crimonology, Northwestern University*, volume 97/2, 2007, s.482.

¹¹ Kanun, 27836 sayılı, 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir.

¹² Özel yaşamın, işçinin manevi varlığını geliştirme hakkına (An. md.17) ve kişilik değerlerine (TBK md.417) dahil olduğu yönünde açıklamalar için bkz. Ahmet Sevimli, “Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2013/1, s.112; Polat, Soyer “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları*, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.174; Deniz, Ugan Çatalkaya “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence Ulaşılabılır Olmama Hakkı”, *Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan*, C.II, Özel Sayı, İÜFM, 2016, s.743.

iş ilişkisini etkileme ihtimali açıktır. Bu ihtimal de iş güvencesi kapsamında ki işçinin “yeterliliği” veya “davranışları”ndan kaynaklanan fesih sebeplerini gündeme getirmektedir. İş ilişkisinin etkilenme derecesine bağlı olarak geçerli veya haklı nedenle fesih rejimi devreye gireceğinden, aşağıda öncelikle fesih kavramı ve türleri incelenerek, işçinin özel yaşamından kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesi üzerindeki etkisi fesih özelinde tartışılacaktır.

B. İş Sözleşmesinin Feshi

1. Fesih Kavramı

Fesih, taraflardan birinin sözleşmeyi sona erdiren ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı irade beyanı şeklinde tanımlanabilir¹³. Fesih beyanı, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıyla, karşı tarafın kabulüne bağlı olmadan geçerlilik kazanır¹⁴.

Fesih bildirimının belirli ve fesih iradesinin açıkça anlaşılacağı şekilde yapılması gerekir¹⁵. Doktrinde de soru veya teklif mahiyetindeki beyanların fesih bildirimini sayılmayacağı¹⁶, aynı şekilde taraflardan birinin diğerini fesihle tehdit etmesi halinde de usulüne uygun bir fesih bildiriminden bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁷. Yine, fesih bildirimini kural olarak şartla bağlanamaz¹⁸.

İş sözleşmesinin feshedilmesinden anlaşılması gereken her halde “fesih” sözcüğünü içeren bir ifadenin kullanılması değildir¹⁹. Doğaldır ki, yazılı fesih bildiriminin varlığı halinde, asgari olarak fesih iradesini ortaya koyacak ifadelerin kullanılması yeterli olacak ise de, tarafların söz veya eylemleri de fesih iradesini ortaya koyabilir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir²⁰.

¹³ Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 29. Bası, İstanbul, Beta, 2016, s.347; Öner Eyrenci / Savaş Taşkent / Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2016, s.170; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, 7. Bası, Ankara, Gazi Kitabevi, 2015, s.192; Murat Demircioğlu / Tankut Centel: *İş Hukuku*, 19. Bası, İstanbul, Beta, 2016, s.166; Müjdat Şakar, *İş Hukuku Uygulaması*, 11. Bası, İstanbul, Beta, 2016, s.152; Tunçomağ/Centel, s.197; Hamdi Mollamahmutoğlu, / Muhittin Astarlı / Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s.900.

¹⁴ Eyrenci /Taşkent/ Ulucan, s.170; Ünal Narmanlioğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Bası, İstanbul, Beta, 2014, *İş Hukuku*, s.357.

¹⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.900.

¹⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.348; Narmanlioğlu, *İş Hukuku*, s.355.

¹⁷ Senyen Kaplan, s.192.

¹⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.900. Fesih sonucunun, muhatabın iradesine bırakıldığı halde fesih bildiriminin şartla bağlanabileceği yönünde bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.350, dn.1029; Senyen Kaplan, s.194; Y. 9. HD., 2016/2257 E., 2017/483 K., 23.01.2017 T., emsal.yargitay.gov.tr. (Erişim Tarihi: 11.03.2017).

¹⁹ Eyrenci /Taşkent/ Ulucan, s.170; Narmanlioğlu, *İş Hukuku*, s.355; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 12. Bası, İstanbul, Beta, 2016, s.560.

²⁰ Y. 7. HD., 2015/6895 E., 2016/11190 K., 24.05.2016 T., emsal.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 11.03.2017). Aynı yönde bkz. Y. 22. HD., 2015/14427 E., 2017/179 K., 17.01.2017 T.; Y. 9. HD., 2016/28220 E., 2016/16463 K., 22.09.2016 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

İş sözleşmesinin feshi, feshin temel görünüm biçimleri olarak süreli fesih ve derhal fesih olmak üzere iki türlü incelenebilir²¹. İş güvencesi rejimi itibarıyla süreli feshin geçerliliği ise İş K. md.18'de işaret edilen geçerli nedenlerden birinin varlığına bağlanmıştır.

2. İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshi

a. Geçerli Neden Kavramı

4857 sayılı İş K.'nun 18. maddesi uyarınca iş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi geçerli nedenlerin varlığına bağlıdır. İlgili düzenleme uyarınca bunlar, işçinin “yeterliliği” veya “davranışları” yahut “işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri”nden kaynaklanan nedenler olabilir. İşçinin özel yaşamının özellikle yeterliliğine veya davranışlarına etkili olabileceği düşüncesinden hareketle “yeterlilik” ve “davranışlar”dan kaynaklanan geçerli nedenler üzerinde özellikle durulmalıdır²².

İşçinin yeterliliğinden kaynaklanan nedenler işçinin mesleki veya fiziksel yeterliliğine ilişkin olabilir²³. Bu nedenler, “işçinin ilgili işyerinde çalışabilmesi için aranan profile²⁴” veya “donanım²⁵” sahip olup olmadığı, “iş veya görev için gerekli yetenek ve özellikleri²⁶” taşıyıp taşımadığı ile ilgilidir. Aynı şekilde, işverence oluşturulan çalışma ilkeleri dâhilinde verimlilikle ilgili beklentileri karşılayamayan işçinin iş sözleşmesi de geçerli nedenle feshedilebilecektir²⁷.

²¹ Süzek, *İş Hukuku*, s.555; Eda Manav, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s.30; Neziha Binnur Tulukçu, *İş Güvencesi İşe İade*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.99. Fesih türleri için ayrıca bkz. Ercan Akyiğit, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.125; Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.258-259.

²² Önemle belirtilmelidir ki, işçinin davranışları veya yeterliliği mülahazalarının, üst başlık olarak “işçiden kaynaklanan” nedenler altında kategorize edilebilmesi, bir olumsuzluğun bu iki geçerli neden türünden hangisine girdiğini belirlemeyi güçleştirmektedir. Açıklama için bkz. Tankut Centel, *İş Güvencesi*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013, *İş Güvencesi*, s.85. İki fesih sebebi arasındaki sınırın, özellikle iş ilişkisi dışındaki davranışlar (“außerdienstliches Verhalten”) açısından silikleşeceği yönünde bkz. Curt Wolfgang, Hergenröder, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg*, 7. Auflage, C.H.Beck, Band 4, Buch 2, Titel 8, KSchG § 1, 2016., Rn.151.

²³ Süzek, *İş Hukuku*, s.610; Sarper Süzek, “İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih”, A. Can Tunçay'a Armağan, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, *Geçerli Fesih*, s.569; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.988.

²⁴ Hakan Keser, *İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep*, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.157.

²⁵ Centel, *İş Güvencesi*, s.69; Y. 9. HD., 2009/8399 E., 2009/32595 K., 01.12.2009 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

²⁶ Ulaş Baysal, *İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011., s.38; Mustafa Kılıçoğlu / Kemal Şenocak, *İş Güvencesi Hukuku*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, s.333; Manav, s.76-77.

²⁷ Manav, s.76; Murat Şen, “Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde)”, *Sicil İHD*, S.13, 2009, s.106.

O halde, işçinin yeterliliğinden kaynaklanan fesih nedenlerinin ortaya konulmasında, yalnızca işçinin mesleki yetenek veya özelliklere (örneğin bir gerekli bir diplomaya) sahip olup olmadığı değil, aynı zamanda o mesleki yetenek ve özellikleri verimli kullanıp kullanmadığı da değerlendirilecektir²⁸.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte ise işçinin kusurlu davranışları ile iş sözleşmesini ihlal etmesi aranmaktadır²⁹. Unutulmamalıdır ki, işçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde yalnızca asli edim yükümlülükleri değil, dürüstlük kuralından kaynaklanan yan yükümler de dikkate alınması gerekmektedir³⁰. O halde, açıkça iş sözleşmesinde veya işçinin görev tanımında yazmasa dahi, örneğin işçinin işverenin ticari itibarını zedeleyecek davranışları geçerli feshi gündeme getirebilecektir³¹.

b. Temel Haklar Bağlamında Geçerli Neden Kavramına İlişkin Bir Değerlendirme

İşçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesinin feshi, yetersizliğin veya davranışın ancak işin yürütümünü önemli ölçüde olumsuz etkilemesi halinde geçerli sayılacaktır³². Doktrinde de benzer açıklamalar getirilmekle, işçiden kaynaklanan nedenlerle feshin geçerli sayılabilmesi için, davranış veya yetersizliğin “*işyerinde olumsuzluklara yol açması*”³³ gerektiği dile getirilmektedir. İşçinin davranışı veya yetersizliği nedeniyle “*iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği*”³⁴ savunulabiliyorsa fesih geçerli sayılacaktır. O halde geçerli nedenler “*işyerine zarar vermeksizin iş ilişkisine devam etmeyi*

²⁸ Süzek, *Geçerli Fesih*, s.573.

²⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.991. Ayrıca bkz. Mahmut Kabakçı / Ulaş Baysal, “İşçilerin İş Sözleşmeleri Haklarında Çok Sayıda İcra Takibi Bulunması Nedeniyle Feshedilebilir mi? -Bir Kamu İktisadi Teşebbüsünün Konuyla İlgili Genelgesi Üzerine Değerlendirme-”, *Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan*, C.I, Özel Sayı, İÜHFİM, 2016, s.472; Y. 22. HD., 2017/858 E., 2017/1122 K., 06.02.2017 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017).: “*işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebebinden dc bahsedilemez.*”

³⁰ Y. 22. HD., 2017/483 E., 2017/716 K., 23.01.2017 T.; Y. 9. HD., 2016/2277 E., 2017/151 K., 17.01.2017 T.; Y. 7. HD., 2016/12401 E., 2016/17196 K., 24.10.2016 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017). LAG Hamm, Urteil vom 10.10.2012-3 Sa 644/12, § 82, https://openjur.de/u/565291.html (Erişim Tarihi: 21.03.2017)

³¹ Bkz. Y. 9. HD., 2009/13572 E., 2010/1816 K., 01.02.2010 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017) Karara konu olayda, iş aracını kullanan işçinin, trafikte başka bir sürücüyü tartışması neticesinde olay kolluk kuvvetlerine intikal etmiş ve işçinin tartışma yaşadığı diğer sürücü, işçiyi işverene şikayet etmiştir. Yargıtay, sadakat borcunu ve işverenin ticari itibarını nazara alarak işçinin davranışının geçerli nedenle feshe imkân verdiğine hükmetmiştir.

³² Tunçomağ/Centel, s.205; Demircioğlu/Centel, s.174. İşyerindeki olumsuzluğun “*önemsiz*” veya “*ufak çapta*” olmaması; “*feshi meşru kılmaya yetecek ağırlıkta*” olması gerektiği yönünde örnek ve açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, s.335-336; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.984-985.

³³ Bkz. Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s.387; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, s.513; Eyrenci /Taşkent/ Uluçan, s.195; Keser, s.155.

³⁴ Bkz. Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, s.513; Keser, s.155; Fevzi Demir, “Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama”, *Legal İSGHD*, C. III, S.10, 2006, s.470.

*mümkün kılmayacak nitelikte*³⁵” dir. Benzer bir tanımlama, işçiden kaynaklanan geçerli nedenleri, “*işyerinin normal seyrini olumsuz olarak önemli ölçüde etkileyen nedenler*³⁶” olarak ortaya koymaktadır. Bir diğer yazara göre de bu nedenler, “*işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen, iş görme borcunu gerektirdiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen*³⁷” nedenlerdir. İş K. md.18’in gerekçesi incelendiğinde de işçiden kaynaklanan geçerli nedenlerin “*işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen*” ve işçinin “*iş görme borcunu gerektirdiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen*” haller olduğu ifade edilmiştir.

Yargıtay kararları da doktrinde verilen tanımlamalara paralel şekilde, işçinin davranışı taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökertecek ağırlıkta bulunmama; iş ilişkisine devamı tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte, işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve işverenden bu sebeple iş ilişkisini yürütmesi normal olarak beklenemiyorsa geçerli fesih hakkının doğacağı yönündedir³⁸. Öte yandan, Yüksek Mahkeme isabetli şekilde, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışının, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumunun işyerindeki “*üretim ve iş ilişkisi sürecini*” olumsuz etkilememesi halinde geçerli neden sayılmayacağına hükmetmektedir³⁹.

Yüksek Mahkemenin anılan kararında geçen “*işyerindeki üretim süreci*” işçinin mesleki veya fiziki yetersizliğiyle yakından ilgilidir. İşçinin ekonomik olarak yararsız veya daha az yararlı hale gelmesi bu kapsamdadır⁴⁰. Doktrinde, motorlu taşıt şoförü olarak çalışan bir işçinin özel yaşamında alkollü araç kullanması nedeniyle ehliyetine el konulması halinin, iş görme borcunun ifasını engelleyen bir durum olarak İş K. md.18 anlamında yetersizlik nedeniyle birlikte anıldığı görülmektedir⁴¹. Bu halde fesih, işçinin alkol tüketmesinden;

³⁵ Manav, s.69.

³⁶ Senyen Kaplan, s.213; Şakar, s.194.

³⁷ Süzek, *İş Hukuku*, s.610; Süzek, *Geçerli Fesih*, s.569.

³⁸ Y. 7. HD., 2016/11274 E., 2016/15253 K., 29.09.2016 T.; Y. 7. HD., 2016/14417 E., 2016/11604 K., 26.05.2016 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

³⁹ Y. 22. HD., 2016/17863 E., 2016/23266 K., 01.12.2016 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017) Aynı yönde bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.387; Eyrenci /Taşkent/ Ulucan, s.195; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.994.

⁴⁰ Manav, s.76.

⁴¹ Örnek için bkz. Manav, s.77, dn.317; Kılıçoğlu/Şenocak, s.329-330. İşçinin ehliyetine el konulmasının iş ilişkisi üzerindeki etkisine dair geniş bilgi için bkz. Ufuk Aydın, “İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları”, *Sicil İHD*, S.18, 2010, s.232-243. İşçinin ehliyetine el konulmasıyla ilgili Yargıtay uygulaması için bkz. Y. 22. HD., 2012/30430 E., 2013/1629 K., 01.02.2013 T.; Y. 7. HD., 2014/829 E., 2014/1664 K., 10.03.2014 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017) Anılan kararlarda işçinin “satış temsilciliği” işini gereği gibi yapamayacağından ehliyetine el konulması “geçerli neden” kabul edilmiştir. Alkollü araç kullanma nedeniyle ehliyet el konulmasının, “şoför” olarak çalışan işçi açısından “zorlayıcı sebep” kabul edilerek haklı

yani sosyal açıdan uygun görülmebilecek özel yaşamından dolayı değil, alkol nedeniyle ekonomik (mesleki) olarak yetersiz hale gelmesinden; yani “iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen” bir nedenden kaynaklanmaktadır⁴².

Gerek anılan Yargıtay kararında gerekse doktrinde dile getirilen “iş ilişkisi süreci” veya “güven ilişkisi”nin zedelenip zedelenmediği ise işçinin yerliliğinden ziyade çoğu kez işçinin davranışlarının tartışılmasını gerekli kılar. İşçinin davranışı ile temel haklarının korunmasını talep hakkı arasında bir çatışmanın mevcut olması halinde işçinin özel yaşam pratiklerinin korunacağı düşüncesinin meşru bir beklentiye dayanıp dayanmadığı irdelenmelidir⁴³. Aynı şekilde gerek ulusal düzenlemelerde yer bulan dürüstlük kuralı, gerekse AİHS md.17’de işaret edilen hakların kötüye kullanım yasağı da menfaatin tartışılmasında yol gösterici olacaktır.

İşçinin temel haklarının kullanımı ile işverenin menfaati arasındaki çatışmanın “hakkın kötüye kullanılması” ve “meşru beklenti” kriterleri dâhilinde örneklerle somutlaştırılmasında fayda vardır. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, “iş yerinde” ve “ara dinlenmesinde” toplu gösteri yaparak, “biz işçiyiz dilenci değil, yönetim sadaka istemiyoruz, yönetim şaşırma sabrımızı taşırma” şeklinde işvereni protesto eden işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesine karşılık, bu fesih işlemi geçersiz sayan yerel mahkemenin görüşünü isabetli bulmuştur. Somut olayda yerel mahkeme feshin geçersizliği kararına dayanak olarak; işçilerin üretimi aksatmadıklarını, protestonun hakaret teşkil eden bir cümle içermediğini ve protesto eyleminin barışçıl olduğu hususlarını göstermiştir⁴⁴. Kanaatimizce anılan karar, işçilerin üretimi aksatmamaları karşısında temel haklarının gözetileceği yönündeki meşru beklentilerinin korunması açısından isabetlidir.

Aynı Daire, 2015 yılında verdiği ve yukarıda anılan somut olay ile neredeyse birebir aynı vakıaların değerlendirildiği diğer bir kararında ise farklı sonuçlara varmıştır. 2015 yılında verilen karara konu olayda işçiler, “işverenin evinin önünde”, “işçi düşmanı, Tufan Bey bize haktan bahsetme, şaşırma sabrımızı taşırma” şeklinde işvereni protesto etmişlerdir. Yargıtay’a göre; işçile-

fesih nedeni sayıldığı Yargıtay uygulaması için bkz. Y. 22. HD., 2013/20189 E., 2014/30985 K., 11.11.2014 T.; Y. 7. HD., 2013/15701 E., 2014/313 K., 15.01.2014 T.; Y. 9. HD., 2007/13670 E., 2008/14250 K., 05.06.2008 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

⁴² Alkolün işçinin irade ve davranışlarını etkilememesi ve iş ilişkisine yansımaması halinde fesih nedeni olmayacağı yönünde bkz. Hediye Ergin, *İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi*, İstanbul, Beta, 2009, s.113; Ayşen Altıntepe, *Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014, s. 302.

⁴³ Arslan Öncü, s.80 vd.; *Copland v. Birleşik Krallık Davası*, 6217/00, 03.04.2007, § 42, www.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 21.03.2017)

⁴⁴ Y. 7. HD., 2016/17007 E., 2016/13158 K., 13.06.2016 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

rin eylemi niteliği itibariyle demokratik bir eylem olup haklı fesih ağırlığında olmasa da, eylemin işyeri dışında özel yaşamın geçtiği yerde yapılmış olması “maksadı aşmıştır”. Yüksek Mahkeme bu gerekçeyle eylemin çalışma düzenini bozacak nitelikte olduğuna ve iş sözleşmesinin devamının işverenden beklenilemeyeceğine, bu nedenle feshin geçerli nedene dayandığına karar vermiştir⁴⁵. Kanaatimizce karar isabetli olup, temel hakların gerçekleştirilmesinde “*hakkın kötüye kullanılması yasağı*”na (AİHS md.17, TMK md.2) da uygundur⁴⁶.

3. İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

4857 sayılı İş K.’nun 25. maddesi iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilebilme imkânını “*sağlık sebepleri*”, “*ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” ile “*zorlayıcı sebepler*”in varlığına bağlamıştır. Haklı nedenler de geçerli nedenler gibi iş ilişkisini olumsuz yönde etkilemektedir. Ne var ki, her iki fesih türü arasında bir ağırlık farkı bulunmaktadır⁴⁷. İş K. md.18’in gerekçesinde de geçerli nedenlerin İş K.’nun 25. maddesindeki kadar ağır sebepler olmadığı dile getirilmiştir. O halde, geçerli nedenler, iş ilişkisinin devamının işveren açısından “*önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği*” hallerde gündeme gelirken, haklı nedenler iş ilişkisinin devamını “*çekilmez*” kılmaktadır⁴⁸.

Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık veya doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlara dayanan fesih hallerinde, olumsuz davranışın neden olduğu zararın yüksekliği bir ölçüt olarak kabul edilebilecektir⁴⁹. Aynı şekilde, işçinin kusurunun derecesi de geçerli ve haklı neden kavramlarının ayrıştırılmasında dikkate alınmaktadır⁵⁰.

⁴⁵ Y. 7. HD., 2015/34974 E., 2015/21342 K., 04.11.2015 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017) Aynı yönde açıklamalar için bkz. Şükran Ertürk, *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.120: “*Kamuya açıklama yapılması ancak sorunlu durumun işyeri içerisinde giderilmesi[nin] mümkün olmaması halinde mümkün olmalıdır.*”

⁴⁶ Benzer yönde bkz. Öktem Söngü, *İfade Özgürlüğü*, s.636: “*Şerefine ihlaline yönelik olmayan ancak işverenin politik, toplumsal ve çevresel görünümünü zedelemeye neden olabilecek eleştirileri, genel olarak hukuka aykırı saymak gerekecektir.*” Ayrıca, işverenin eleştirilmesinde öncelikle “*işletme içi*” yolların işletilmesinin sadakat borcunun bir gereği olduğu yönünde bkz. Zeki Okur: “*İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*”, *Kamu İş*, C.VIII, S.4, 2006, s.24.

⁴⁷ Fatma Burcu Savaş, *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011 s.36.

⁴⁸ Demir, *Uygulama*, s.475-476.

⁴⁹ Deniz Demir, “*Karar İncelemesi: Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı*”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2007/3, s.16-17.

⁵⁰ Süzek, *Geçerli Fesih*, s.578; Şen, s.108. Aynı yönde bkz. Y. 22. HD., 2017/483 E., 2017/716 K., 23.01.2017 T.; Y. 9. HD., 2016/2277 E., 2017/151 K., 17.01.2017 T.; Y. 7. HD., 2016/12401 E., 2016/17196 K., 24.10.2016 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017) “*Kusurun derecesi, iş sözleşmesinin feshinden sonra iş ilişkisinin arz edileceği olumsuzluklara dair yapılan tahmini teşhislerde ve menfaatlerin tartılıp dengelenmesinde rol oynayacaktır.*”

C. İş Sözleşmesinin İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi

1. İşçinin Sosyalleşme Hakkının İş İlişkisine Etkisi

a. Genel Olarak

Kişi, özel yaşam hakkı çerçevesinde sosyal kimliğini geliştirebilme imkânına sahip olmakla, “*sosyalleşme hakkı*”na set çeken müdahalelere karşı da korunmaya layıktır⁵¹. Anayasa Mahkemesi de, Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel yaşam hakkının kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkına işaret ettiğine dikkat çekmekte ve bu kimliğin çoğu kez mesleki faaliyetler sırasında hayata geçirildiğini nazara alarak kişinin işyerinde sosyalleşme hakkına vurgu yapmaktadır⁵². Öte yandan kişinin özel yaşamının işyeri sınırları içerisinde sosyalleşme hakkını da kapsamı, iş ilişkisinin işverenin subjektif değerleri açısından zedelenmesine sebep olabilmektedir. Gerçekten de işçi ile işverenin menfaatleri arasındaki çatışma, özellikle işyerinde yaşanan gönül ilişkileri bağlamında çarpıcı bir hal almaktadır.

İşçinin temel hak pratiklerinin kural olarak geçerli fesih nedeni sayılması, özel yaşam hakkının bir gereği iken⁵³, gönül ilişkisinin işçinin davranışlarına ve dolayısıyla iş ilişkisine yansması nedeniyle işçiyle işveren arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesi ihtimalleri de gündeme gelmektedir. Bu sebeple, taraf menfaatleri arasındaki çatışmanın ortaya konulması ve bir çözüme kavuşturulması için meselenin yargı kararları üzerinden somutlaştırılmasında fayda vardır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2014 yılında verdiği bir kararında işçinin davranışının ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli neden kapsamında değerlendirilebileceği yönündeki temel ilkeye işaret ettikten sonra, işçinin diğer bir işçiyle gönül ilişkisi yaşıyor olmasını, işyerinde olumsuzluklara yol açmaması halinde fesih açısından geçerli veya haklı neden olarak kabul etmemiştir⁵⁴.

⁵¹ Terminoloji ve geniş bilgi bkz. Arslan Öncü, s.247, 276-277.

⁵² AYM, 2013/4825, 24.03.2016 T. Karar metni için bkz. 29708 sayılı ve 10.05.2016 tarihli R.G.

⁵³ Hergenröder, Rn.234. İşin yürütümünü olumsuz etkilemediği müddetçe işçinin gönül ilişkisine müdahalenin özel yaşam hakkını ihlal ettiği ve ilişki yasaklarının ihlali halinde iş sözleşmesinin feshedileceğine yönelik sözleşmesel kayıtların geçersiz olduğu yönünde bkz. Hediye Ergin “İşyerinde Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi”, *Sicil İHD*, S.35, 2016 s.68. İlgili kayıtların, kişinin manevi varlığını geliştirme hakkını güvence altına alan Alman Anayasası'nın 2. maddesine aykırı olduğu yönünde bkz. LAG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2005 - 10 TaBV 46/05, NZA-RR, Heft 2, 2006, s.81-88. Ayrıca, kanunen “haklı neden” sayılmayan bir olgunun haklı nedenle derhal feshe imkân sağlayacağına da kararlaştırılmayacağı yönünde bkz. NARMANLIOĞLU, İş Güvencesi, s.554. Doktrindeki baskın görüş ile Yargıtay uygulamasının fesih nedenlerinin işçi aleyhine genişletilemeyeceği yönünde olduğunu belirtmesi itibarıyla bkz, Arzu Arslan Ertürk, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.225.

⁵⁴ Y. 22. HD., 2014/3872 E., 2014/3503 K., 24.02.2014 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

İşçiler arasındaki gönül ilişkisi işyeri içinde başlayabileceği gibi, bu ilişkinin işyeri dışında gelişmesi ve zamansal olarak iş ilişkisinin devamında süregelmesi de muhtemeldir. Nitekim işverenin, işyerinde iş ahlakını ve iş disiplini bozduğu gerekçesi ile işçinin iş sözleşmesini feshettiği olayda Yüksek Mahkeme, “*davacı kadın ile aynı işyerinde çalışan diğer bir erkek işçi arasında işyeri dışında gönül ilişkisi meydana geldiği anlaşılmaktadır. Davacının bu eyleminin iş ve işyeri ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır*” şeklinde hüküm kurarak, davacı işçinin kıdem tazminatı talebinin kabulüne karar vermiştir⁵⁵.

Bu noktada kanaatimizce özellikle kaydedilmesi gereken, işverenin, ister çalışma arkadaşı ister üçüncü kişi olsun, işçiyi diğer bir kimseyle ilişki kurmaktan men etme hakkının olmadığıdır⁵⁶. Zira bilindiği üzere işçinin kişilik (ve özel yaşam) hakkı işverenin yönetim hakkının sınırını teşkil edecek⁵⁷, aynı şekilde işçi de kişilik hakkından tümüyle vazgeçemeyecektir. Yine bize göre, işçinin özel yaşamının sınırlandırılmasını haklı gösterecek kadar ağır bir ihlalde bulunmadığı düşüncesi ve kişiliğinin korunacağı (meşru/makul) beklentisi, işverenin iktisadi menfaatleri nedeniyle yapılan ve işçinin özel yaşam tasavvurunu zedeleyen müdahaleleri geçersiz kılacaktır. O halde örneğin, işveren, otorite boşluğu doğacağı düşüncesiyle üstün astıyla gönül ilişkisine girmesini yasaklayamayacak, ancak bu ilişki nedeniyle üstün otoritesini kaybetmesi ve bu olgunun işin yürütümünü olumsuz etkileyen bir hal alması durumunda geçerli fesih hakkının doğduğundan söz edilebilecektir⁵⁸. Gerçekten de kimi olaylarda işçilerin gönül ilişkisinin iş ilişkisini somut olarak zedelemesi ve artık bu ilişkiye devam etmenin işveren açısından makul ölçüler dâhilinde savunulamayacağı ifade edilmelidir. Örneğin üstün, gönül ilişkisi yaşadığı astı kayırması⁵⁹, üstün gönül ilişkisi yaşadığı astıyla ulu orta tartışması nedeniyle diğer işçilere karşı otoritesini yitirmesi⁶⁰, işyerinde gönül ilişkisi yaşayan işçinin eşinin işyerine

⁵⁵ Y. 9. HD., 1997/18665 E., 1997/22471 K., 25.12.1997 T. Aynı yönde bkz. Y. 9. HD., 1998/365 E., 1998/2700 K., 25.02.1998 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017) “*Bu ilişki işyeri çalışmalarını aksatmadığı ve çalışma düzenini bozmadığı sürece, işverene 1475 sayılı İş Yasası'nın 17/II. maddesi gereğince fesih hakkı vermez.*”

⁵⁶ Bu yönde açıklamalar için bkz. Sevimli, *İşçinin Kişiliğinin Korunması*, s.241.

⁵⁷ Bkz. Y. 7. HD., 2016/11080 E., 2016/13906 K., 29.06.2016 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017) Ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.232-233; Süzek, *İş Hukuku*, s.94; Altıntepe, s.302; Ugan Çatalkaya, s.745; Renate, Dendorfer-Ditges, *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, hrsg. Wilhelm Moll, 4. Auflage, C.H.Beck, 2017, Teil G, § 35, Rn.39

⁵⁸ Örnek için bkz. Sevimli, *Müdahalenin Sınırları*, s.241.

⁵⁹ Y. 22. HD., 2015/16785 E., 2015/21346 K., 22.06.2015 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

⁶⁰ Wilfried, Berkowsky, “Verhaltensbedingte Kündigung”, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, hrsg. Reinhard Richardi/Hellmut Wißmann/Otfried Wlotzke/Hartmut Oetker, C.H.Beck, 2009, § 114, Rn.25.

şikâyete gelmesi⁶¹, işçinin müşterilere sürekli arkadaşlık teklifinde bulunması nedeniyle müşterilerden şikâyet gelmesi⁶², işçiler arasındaki gönül ilişkisinin iş yerinde dedikodu boyutuna ulaşması ve işçilerin iş saatleri içinde kucak kucağa yakalanmaları⁶³ veya işçinin işyerine hayat kadını çağırılmasını organize etmesi⁶⁴ gibi haller özel yaşam pratiklerinin ve sosyalleşme hakkının iş ilişkisine yansıdığı ve işyerinde olumsuzluk yarattığı durumlara örnek gösterilebilir.

b. İşçinin Sosyalleşme Hakkının Ahlaka Uygun Bir İşyeri Düzeni Çerçevesinde Değerlendirilmesi

İşçiler arasındaki gönül ilişkisinin kendiliğinden İş K. md.18 anlamında geçerli neden sayılmayacağı ifade edilmeliyse de, mesele girift sorunlara gebedir. Gönül ilişkisi yaşayan işçilerin başka kimselerle evli olması veya bu çalışma arkadaşları arasında ast-üst ilişkisinin olması ihtimalleri, işçinin temel haklarının karşısına “iş ahlakı”, “iş disiplini” veya “işçi ile işveren arasındaki güven ilişkisi” gibi mülahazaların devreye sokulması “sakıncasını” yaratmaktadır. Nitekim TBK’nın 417. maddesinde işverenin işyerinde “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiş, madde gerekçesinde ise işverenin “işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleşmesini sağlama yükümlülüğü” vurgulanmıştır. Doktrinde Centel de “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” ile “ahlaka uygun bir düzen”e işaret edildiğini ifade etmektedir⁶⁵.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de, yukarıda zikredilen kararlarından farklı olarak ast-üst ilişkisinin bulunduğu bir olayda, işçilerin gönül ilişkisine girmesini iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden kabul etmiştir. Somut olayda; feshite itiraz eden “davacı ile aynı şubede talimatı altında çalışan şahsın özel ilişki yaşadıkları, bu durum hakkında davalı bankaca bilgi istenilmesine rağmen reddedildiği” tespitinde bulunulmuş ve bu durum nedeniyle işverenin bu davranışı yapan işçi ile iş ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceğine karar verilmişti⁶⁶. Aynı şekilde, Yüksek Mahkeme, gönül ilişkisi yaşayan işçilerin hem başkalarıyla evli hem de aralarında ast-üst ilişkisinin olduğu başka bir olayda da işverence gönül ilişkisi sebebiyle gerçekleştirilen feshi, kanaatimizce isabetsiz şekilde geçerli kabul etmiştir⁶⁷.

⁶¹ Y. 9. HD., 2009/37801 E., 2010/36261 K., 06.12.2010 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

⁶² Y. 7. HD., 2014/5561 E., 2014/14474 K., 26.06.2014 T., emsal.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

⁶³ Ergin, *Gönül İlişkisi*, s.73.

⁶⁴ Y. 9. HD., 1996/2720 E., 1996/11934 K., 28.05.1996 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

⁶⁵ Centel, *İşçinin Kişiliğinin Korunması*, s.14. Dürüstlük ilkelerine uygun düzen ile ahlaka uygun düzeni bir arada değerlendirerek açıklamalarda bulunan Tuncay Kaplan, s.45.

⁶⁶ Y. 22. HD., 2014/29183 E., 2014/33702 K., 27.11.2014 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

⁶⁷ Y. 22. HD., 2014/35211 E., 2015/79 K., 19.01.2015 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

Yukarıda anılan her iki olayda da Yüksek Mahkeme açıkça TBK md.417 hükmüne dayanmamış olmakla birlikte, irdelenmeye imkân verecek hukuki bir gerekçelendirmeye dayanmaksızın, taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelendiğine karar vermiştir. Yargıtay'ın bu başlık altında anılan iki kararı da, kanaatimizce TBK md.417 kapsamında “ahlaka uygun bir düzen” ifadesinin işçinin davranışlarına yüklenecek anlama etkisinin ve işçinin sadakat borcunun sınırlarının tartışılmasını zaruri kılmaktadır.

“*Ahlaka uygun düzen*” ifadesi, ilk tahlilde, aralarında ast-üst ilişkisi bulunan veya başkasıyla evli işçilerin gönül ilişkisi yaşamasının kendiliğinden iş ilişkisini zedeleyici bir nitelikte olduğu izlenimini yaratmaktadır. Ne var ki, TBK md.417 işverene, işyerine mensup kimselerin ahlaklı bireylere dönüştürülmesi borcunu yüklememektedir. Aynı şekilde gerekçede işaret edilen ahlak kavramı işverenin subjektif değerlerini referans alan bir kavram da değildir⁶⁸. Doktrinde de ifade edildiği üzere TBK md.417 işverene onurlu bir çalışma düzeni oluşturma borcu yüklemektedir⁶⁹. Nitekim *Aydınlı* da kanaatimizce de isabetli şekilde ahlaka uygun düzen ile “*işçilerin rahat ve huzurlu bir ortamda çalışabilmeleri*”nin amaçlandığını ifade etmektedir⁷⁰. Yine *Tuncay Kaplan* tarafından formüle edildiği şekliyle ahlaka uygun düzen, işçilerin diğer kimselerin ahlaka aykırı davranışlarına karşı korunmasını ve “*rahatsız edilmelerini önleyici tedbirler*” alınmasını gerektirir⁷¹. Bize göre de TBK md.417, işçinin davranışlarının, *diğer işçilerin rahatsız edilmedikleri bir işyeri* tasavvurundan bağımsız olarak; ideal bir ahlak düşüncesiyle ele alınmayacağını açıklığa kavuşturmuştur. Aralarında ast-üst ilişkisi olsa veya işçiler başkalarıyla evli olsalar dahi, gönül ilişkisi yaşayan işçilerin davranışları aile bağlarını ilgilendirmekle, ancak yakınları tarafından ileri sürülebilecek giderim araçlarına konu edilebilecektir. Bu ilişkinin işveren ile ilgisi bulunmadığından İş K. md.18 anlamında da geçerli neden teşkil etmesi tek başına mümkün görülmemelidir.

c. İşçinin Sosyalleşme Hakkının İtaat ve Sadakat Borcu Çerçevesinde Değerlendirilmesi

İş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında kişisel temaslar dâhilinde süreklilik arz etmesi, iş ilişkisinin karşılıklı güvene dayanmasını da gerekli kılmak-

⁶⁸ Sevimli, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.120. Benzer yönde açıklamalar için bkz. Berkowsky, Verhaltensbedingte Kündigung, § 114, Rn.2. Yazar, işçinin davranışlarından kaynaklanan feshin olgusunun, işçinin davranışına karşılık öngörülmüş bir “*yaptırım*” olmadığını; fesihe amaçlananın yaptırımdan ziyade zedelene iş ilişkisindeki ihlalin sona erdirilmesi olduğunu, bu sebeple de işverenin kişisel dünya görüşünün dikkate alınmayacağını ifade etmektedir.

⁶⁹ Bu yönde bkz. Sevimli, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.121; Dilek Dulay, “İşverenin Gözetim Borcunun Kapsamına İşçinin Ahlaki Değerlerinin Korunmasının Gireceğini Öngören Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2016/1, s.268.

⁷⁰ Aydınlı, s.46.

⁷¹ Tuncay Kaplan, s.45; Süzek, *İş Hukuku*, s.94.

tadır. Bu sözleşmenin taraflar arasında kişisel bir ilişki kurması, “bağımlılık” unsurunu, iş sözleşmesinin iş görme borcu doğuran diğer sözleşmelerden ayırt edilmesinde de temel ve belirleyici bir ölçüt haline getirmektedir.

Bağımlılık unsuru, işçinin işverenin emir ve talimatları altında iş görmesi ve gerektiğinde işverenin denetimine katılma borcu şeklinde kendini gösterir⁷². Özellikle, işverenin, işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimat verme yetkisi ve işçinin de bu talimatlara kural olarak itaat etme borcu, iş sözleşmesindeki güven ilişkisinin kişisel bağımlılık cephesini oluşturur⁷³. Öte yandan işçinin kişiliği ve işverene olan bağlılığı, işverenin emir ve talimat verme şeklinde somutlaşan yönetim hakkının sınırlarını da tartışmaya açmaktadır. Yukarıda da vurgulandığı üzere işçinin özel yaşamı işverenin yönetim hakkının sınırını teşkil etmekle işçi, kişilik hakkına aykırı talimatlara uymama ihtiyarına sahiptir. Ne var ki, işçinin özel yaşam pratiklerinin işverene önemli ölçüde zarar verme tehlikesi olması halinde hukuki sorunun çözümü aynı kolaylıkla sağlanamamaktadır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, işçinin özel yaşam pratiklerine ilişkin talimatlara uyma yükümü ancak işe veya işin yapılması üzerinde zararlı bir etkiye yol açacak ise gündeme gelmektedir. Bu görüşe göre işverenin yönetim hakkı işçinin özel yaşam alanına doğru genişleyebilmektedir⁷⁴. Diğer bir görüş uyarınca ise işverenin yönetim hakkı ile işçinin itaat borcu mutlak olmayıp ancak işle ilgili ve iş saatleri sayılan haller için geçerli olmalıdır⁷⁵.

Kanaatimizce yukarıda anılan hukuki sorunun, iş saatleri ve işyeri sınırları dışına taşması halinde işçinin itaat borcundan ziyade, sadakat borcunu eksen alan açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira sadakat borcu, işin fiilen görüldüğü müddeti ve somut talimatları aşan, işverenin menfaatlerini daha geniş bir çerçevede gözetme ihtiyacı yükleyen bir borç yaratmaktadır⁷⁶. Doktrinde de paralel şekilde, meselenin yönetim hakkı ve itaat borcu çerçevesinde değil, sadakat borcu bağlamında tartışılması gerek-

⁷² Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, S.118; Senyen Kaplan, S.54; Demircioğlu / Centel, S.67; Arslan Ertürk, S.91.

⁷³ Süzek, *İş Hukuku*, s.250.

⁷⁴ Bu görüşte Tunçomağ/Centel, s.101. İşverenin talimatlarının kural olarak işçinin işyerindeki davranışlarını düzenleyebileceğini ancak istisnai durumlarda işçinin özel yaşamına ilişkin de olabileceğini belirtmesi açısından bkz. Ertürk, *Temel Haklar*, s.127.

⁷⁵ Bu görüşte Eyrenci /Taşkent/ Ulucan, s.60; Roland Reinfeld, *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, hrsg. Wilhelm Moll, 4. Auflage, C.H.Beck, 2017 Teil G, § 33, Rn.71. Bu görüşün doktrinde ağırlıklı olarak kabul gördüğü yönünde bkz. ALTINTEPE, s.301. Ayrıca bkz. Sevimli, *Müdahalenin Sınırları*, s.240-241. Sevimli, örnek olarak, işverenin rakip işletmenin işçileriyle duygusal ilişkiye girilmesini yasaklayamayacağını, bu talimatın özel yaşamın ihlali şeklinde değerlendirileceğini ifade etmektedir. Şen, s.113. Şen'e göre de işverenin, işçinin maaşı üzerindeki hacizleri kaldırması yönünde talimat vermesi halinde, bu talimatın "işe yönelik" kabul edilemeyeceğinden, bu talimata uyulmaması itaatsizlik olarak yorumlanamayacaktır.

⁷⁶ Arslan Ertürk, s.146, 179.

tiğine ilişkin açıklamalar getirildiği gözlemlenmektedir. Buna göre; “işverenin yönetim hakkının hizmet dışı alanı da kapsayabileceğini kabul etmek yerine, işçinin bu gibi davranışlarının sadakat borcunun ihlalini oluşturduğunu ve buna ilişkin yaptırımlara tabi olacağını kabul etmek daha uygun olur⁷⁷.”

Sadakat borcu, işçinin işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında olumlu davranışlarda bulunma yükümü şeklinde görünebileceği gibi, işçiye, karşılıklı güveni sarsmak dâhil olumsuz davranışlardan kaçınma şeklinde negatif edim yükümlülüğü de yüklemektedir⁷⁸. Keza TBK md.396 uyarınca da “işçi [...] işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.” Ne var ki, sadakat borcu sınırsız olmayıp, işçinin temel hakları bu borcun sınırını teşkil etmektedir. Doktrinde Arslan Ertürk tarafından da isabetle formüle edildiği üzere; “bunun aksini düşünmek, işçinin anayasal temel haklarını soyut ve belirsiz bir borç olan sadakat borcu karşısında güçsüz kılar ki böyle bir durum anayasal düzenle uyum göstermeyecektir⁷⁹.” Yazarın anayasal düzlemi esas alan ifadeleri kanaatimizce ulusalüstü insan hakları hukukundaki özel yaşam hakkının sınırlandırılması rejimi itibarıyla de pekiştirilebilir. Bilindiği üzere, AİHS md.8/2 uyarınca özel yaşam hakkına yapılacak müdahale ancak kanunilik ilkesine uygun olarak meşruiyet kazanacaktır. Aynı şekilde, yasal bir düzenlemenin mevcut olması tek başına yeterli olmayacak, ilgili düzenlemenin “bireylerin davranışlarını ayarlamalarına imkân verecek yeterlilikte kesin bir formülasyona sahip olması” da gerekecektir⁸⁰.

2. İşçinin İletişim Özgürlüğünün İş İlişkisine Etkisi

“İletişim” kavramı duygu, düşünce veya bilgilerin akla gelebilecek her türlü yolla başkalarına aktarılmasını ifade eder⁸¹. Bu çalışmada tercih edilen

⁷⁷ Süzek, *İş Hukuku*, s.94.

⁷⁸ Berkowsky, *Verhaltensbedingte Kündigung*, § 114, Rn.23; Ertürk, *Temel Haklar*, s.113; Akyiğit, *İş Güvencesi*, s.109. Ayrıca bkz. Y. 22. HD., 2017/633 E., 2017/775 K., 23.01.2017 T.; Y. 7. HD., 2016/9553 E., 2016/16565 K., 13.10.2016 T., Y. 22. HD., 2016/6670 E., 2016/9639 K., 04.04.2016 T.; Y. 7. HD., 2016/11043 E., 2016/16888 K., 19.10.2016 T., Y. 9. HD., 2008/14806 E., 2010/1477 K., 28.01.2010 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

⁷⁹ Arslan Ertürk, s.240.

⁸⁰ Açıklama ve AİHS md.8 kapsamında sınırlandırma rejimi hakkında geniş bilgi için bkz. Arslan Öncü, s.366-367. Öte yandan, sadakat borcunun işçinin davranışlarını ayarlamasına imkân verecek yeterlilikte kesin bir yazılı bir formülasyona sahip olmaması, işçinin özel yaşam pratiklerini görgü kurallarının sınırlarını zorlayacak şekilde hayata geçirmesine izin vermemektedir. Örneğin işçinin “ara dinlenmesinde yemekhane masasının üstünde sitriptiz yapması” böyledir. Örnek ve açıklama için bkz. Berkowsky, *Verhaltensbedingte Kündigung*, § 114, Rn.27. Ayrıca bkz. Y. 7. HD., 2014/13113 E., 2014/23193 K., 24.12.2014 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017) Yargıtay iş saatleri içinde ve işyerinde cinsel ilişkiye giren işçilerin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceğine karar vermiştir. Öte yandan karş. Y. 9. HD., 2008/36337 E., 2009/6945 K., 16.03.2009 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017). Yüksek Mahkeme 2009 tarihli kararında, işyerinde müşteri bulunmadığı sırada gerçekleşen öpüşmenin anlık oluşunu da dikkate alarak geçerli nedenle feshi imkân sağlamayacağı yönünde görüş bildirmiştir.

⁸¹ <http://www.tdk.gov.tr>.

“iletişim özgürlüğü” terimi ise, hem haberleşmeye saygı hakkını hem de düşünceyi açıklama özgürlüğünü kapsayan terminolojik bir şemsiye sunmaktadır.

a. Haberleşmeye Saygı Hakkının İş Hukukundaki Çeşitli Görünümleri ve İş İlişisine Etkisi

Kişinin haberleşme özgürlüğüne saygı gösterilmesini talep hakkı özel yaşam hakkının özel bir görünümüdür⁸². Haberleşmeye saygı hakkı, iş ilişkileri açısından da önem arz eden iki alt kategori hukuksal çıkarı bünyesinde barındırmaktadır. Buna göre, “iletişim olanaklarına müdahale olmaksızın erişim hakkı” ve “haberleşmenin gizliliğine saygı gösterilmesini talep hakkı”, özel olarak haberleşmeye saygı hakkının, genel olarak ise özel yaşam hakkının alt kategorileri şeklinde işlerlik kazanmaktadır⁸³.

Ulusal ve ulusüstü düzenlemeler haberleşmeye imkân sağlayan vasıtaların kapsamına ilişkin bir çerçeve getirmemiş olmakla birlikte, bu yaklaşım günümüz teknolojisinin hızlı gelişimi karşısında isabetli olmuştur. Örneğin Anayasanın 22. maddesi de herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğunu ve haberleşmenin gizliliğinin esas alınacağını düzenleyerek genel ifadelerle yetinmiştir. Ne var ki, “haberleşme” şeklindeki terminolojik tercih, hukuksal düzenlemelerin günün koşullarına uyum sağlamasına imkân sağlayacak dinamik bir düşünceye imkan sağlamaktadır⁸⁴. Aynı şekilde, AİHS’in 8. maddesinin İngilizce metninde geçen “correspondence” kelimesinin “yazışma”ya işaret etmesi, fakat yazışmanın türünün belirtilmemiş olması karşısında, kural olarak kişiler arasındaki her türlü araç ile gerçekleştirilen iletişimin haberleşme hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir⁸⁵. Günümüzde, iletişimin büyük ölçüde internet üzerinden sağlandığı ve haberleşmeye saygı hakkının, kategorik olarak haberleşmenin gizliliği ile iletişim vasıtalarına erişim imkânının sağlanması yükümlülüklerini de beraberinde getirdiği nazara alındığında, özellikle iş ilişkilerinde sıklıkla karşılaşılan “işyerinde özel amaçlı

⁸² Arslan Öncü, s.200; Şeref Gözübüyük, / Kemal Gözler, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.341.

⁸³ Haberleşmeye saygı hakkının haberleşme araçlarını ve yöntemlerini de koruduğu yönünde bkz. Ursula Kilkelly, “The Right to Respect for Private and Family Life-A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Handbooks*, No.1, 2003, s.20; Sevimli, *Müdahalenin Sınırları*, s.199; Arslan Öncü, s.201.

⁸⁴ Adem Sözüer, “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, *İÜHFİM*, C. LV, S.3, 1997, s.72.

⁸⁵ Gözübüyük/Gözler, s.341. Öte yandan yazarlar, “kitle haberleşmesi”nin AİHS md.8 kapsamında değil, AİHS md.10 çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini kaydetmektedir. Kanaatimizce AB Temel Haklar Şartı da özel yaşamı düzenleyen 7. maddesi ile “correspondence” yerine, “communication”ı koruma altına almakla yukarıda anılan yorum tarzını pekiştirir niteliktedir. Ayrıca bkz. Kilkelly, s.20. Yazara göre AİHS md.8’in kapsamının teknolojik gelişmeler ışığında değerlendirilmesi gerekmele birlikte, haberleşmenin ilgili madde kapsamına girip girmediği iletişim aracının türüne göre değişkenlik gösterebilir.

internet kullanımı”nın ve “elektronik posta”ların iş ilişkisi üzerindeki etkisi bir hayli önem kazanmaktadır⁸⁶.

i. İşyerinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş İlişkisine Etkisi

İşveren, internetin pornografik veya suç unsuru taşıyan veri iletimine imkân sağlaması, gizli kalması gereken bilgilerin sızdırılması, dijital virüsler ya da telif hakkı ihlalleri gibi tekensiz ihtimalleri barındırması nedeniyle maruz kalabileceği maddi zararlardan veya cezai yaptırımlardan kaçınmak amacıyla işçinin interneti kullanırken tabi olacağı kuralları belirleyebilir⁸⁷. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre de işveren, işyerindeki internetin özel amaçlarla kullanılmasını kural olarak yasaklayabilecektir⁸⁸.

Özel amaçlı kullanımdan kasıt; işçinin işgörme borcunun ifası dışındaki veya işgörme borcuyla bağlantılı olmayan tüm internet kullanımlarıdır⁸⁹. İşgörme borcuyla bağlantının tespitinde işçinin niyeti önem taşır. İşçinin borcunu ifa ederken istemeden bir internet sitesini açması özel amaçla kullanım olarak değerlendirilmez⁹⁰. Şahlanan’ın da isabetle formüle ettiği üzere “burada ölçü; kullanımın amacı ve kullanımın iş ilişkisi üzerinde olumsuz bir etki yapıp yapmadığıdır⁹¹.”

Doktrinde ileri sürülen bir görüş uyarınca, internetin, işverenin belirlediği kurallara aykırı olacak şekilde özel amaçla kullanılması, zaman ve verimlilik kaybına yol açacak denli yoğun olmasa dahi yasaktır⁹². Buna karşılık diğer bir yazar ise kanaatimizce de isabetli olarak, işverenin işçiyi gözetme borcu ve dürüstlük kuralından hareketle, işçinin manevi varlığını sebepsiz yere sınırlandırmanın mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadır⁹³.

⁸⁶ Ayrıca bkz. AYM 2013/4825, 24.03.2016 T., § 43: “Anayasa’nın 20. ve 22. maddelerinde yer alan güvencelerin amacı gözetildiğinde somut olayda olduğu gibi iş yerlerinden gerçekleştirilen kişisel telefon görüşmelerinin ve internet kullanımının izlenmesiyle elde edilmiş veriler de benzer şekilde bu hak kapsamında incelenmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Barbulescu/Romanya, B. No: 61496/08, 12/1/2016, §36).” Karar metni için bkz. 29708 sayılı ve 10.05.2016 tarihli R.G.

⁸⁷ Dendorfer-Ditges, Teil G, § 35, Rn.196; Artür Karademir, “İşyerinde İnternetin Özel Amaçla Kullanımı ve İşverence Gözetilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. X, S.112, s.57.

⁸⁸ Zeki Okur, “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”, *Kamu İş*, C.VIII, S.2, 2005, Özel Amaçlı Kullanım, s.54; Zeki Okur, “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, *Çimento İşveren Dergisi*, C.XX, S.3, 2006, s.4; Martin Pröpper / Martin Römerman, “Nutzung von Internet und E-Mail am Arbeitsplatz (Mustervereinbarung)”, *MMR*, Heft 8, 2008, s.514; Öktem Songu, *Değerlendirme*, s.1060. İşçinin her türlü iletişim imkânından yoksun bırakılmasının özel yaşam hakkına saldırı teşkil edeceğini ancak somut olayın özellikleri gereği (başka haberleşme türlerine imkân verildiği sürece) bazı iletişim formlarının yasaklanabileceği yönünde açıklamalar için bkz. Sevimli, *Müdahalenin Sınırları*, s.197-198. İnternetin özel amaçlı kullanımının yasaklanmasına cevaz verilip verilemeyeceğinin Fransız Hukukunda tartışmalı olduğu yönünde bkz. Özdemir, *İnternet ve İş Sözleşmesi*, s.19.

⁸⁹ Öktem Songu, *Değerlendirme*, s.1060; Şahlanan, s.3.

⁹⁰ Okur, *Özel Amaçlı Kullanım*, s.51; Okur, *Yeni Teknoloji*, s.6.

⁹¹ Şahlanan, s.3.

⁹² Öktem Songu, *Değerlendirme*, s.1075; Centel, *İş Güvencesi*, s.98.

⁹³ Zeki Okur, *İş Hukukunda Elektronik Gözetleme*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011, s.152.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise özel amaçla kullanımın yasaklanmış olması halinde, aksi davranışın işveren nezdinde somut bir zarar doğurmasa dahi işgörme borcuna aykırılık teşkil edeceğine ve haklı nedenle feshe imkân sağlayacağına karar vermiştir⁹⁴. Yine Yüksek Mahkeme, bir diğer kararında ise, bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde ya da iç yönetmeliklerde özel amaçla kullanım konusunda herhangi bir düzenleme bulunmasa dahi, sadakat borcunun bir gereği olarak işverence tahsis edilmiş teknolojik imkânların özel amaçla kullanımının yasak olduğunu ortaya koymaktadır⁹⁵. Anlaşılacağı üzere, Yargıtay uygulamasındaki eğilim, işyerinde internetin ve genel olarak iletişim özgürlüğünün işverence belli kurallara bağlanabileceği ve herhangi bir sınırmanın bulunmaması halinde dahi, işçinin teknolojik imkânları özel amaçları için kullanamayacağı, aksi uygulamanın iş sözleşmesinin geçerli veya haklı nedenle feshine sebep olabileceği yönündedir.

ii. İşyerinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş İlişkisine Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme

Kanaatimizce işçinin temel haklarını ilgilendiren hukuki sorunların çözümünde işçi aleyhine sonuç doğuracak çıkarımların her halde geçerli olacak şekilde ilkeleştirilmesi isabetli bir yaklaşım değildir⁹⁶. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyinin 27.06.2016 tarihli ve A/HRC/32/L.20 sayılı tavsiye kararında da vurgulandığı üzere, internet erişimine ilişkin değerlendirmeler, temel insan haklarını dayanak alan bir yaklaşımla çözümlenmelidir⁹⁷. O halde, işçinin, haberleşme, bilgi alma ve sosyal kimliğini geliştirebilme hakkıyla birebir ilintili olan internete erişim imkânı ile işverenin menfaatleri arasındaki çatışmada, “*adil denge*”nin hedef tutulması gerekmektedir⁹⁸. Buna göre,

⁹⁴ Y. 9. HD. 2008/36305 E., 2009/12393 K., 04.05.2009 T.; Y. 9. HD. 2004/25130 E., 2005/15369 K., 02.05.2005 T.; Y. 9. HD. 2000/2465 E., 2000/4716 K., 04.04.2000 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

⁹⁵ Y. 9. HD. 2007/27583 E., 2008/5294 K., 17.3.2008 T., www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 11.03.2017) Kararda özel amaçlı kullanımın yasak olmasına karşın, bu yasağın işçiye önceden bildirilmesi ve ihtarda bulunulması gerekliliği vurgulanmaktadır. Aynı yönde bkz. Matthias Dann / Roland Gastell, “Geheime Mitarbeiterkontrollen: Straf- und arbeitsrechtliche Risiken bei unternehmensinterner Aufklärung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 41, 2008, s.2948; Okur, *Özel Amaçlı Kullanım*, s.53; Rolf, Wank, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, hrsg. Reinhard Richardi/Hellmut Wilßmann/Otfried Wlotzke/Hartmut Oetker, 3. Auflage, C.H.Beck, 2009 § 98, Rn.89.

⁹⁶ Özel hukuk uyuşmazlıklarında, devletin temel haklara vaki müdahaleye karşı bireylere ne tür bir koruma imkânı sunması gerektiği ve hangi çerçevede yükümlülükler taşıdığı hususunda her olayın kendine özgü koşullarına göre değerlendirmelerde bulunulacağı yönünde açıklamalar için bkz. AYM, 2013/4825, 24.03.2016 T., § 45. Karar metni için bkz. 29708 sayılı ve 10.05.2016 tarihli R.G.

⁹⁷ Birleşmiş Milletler’in A/HRC/32/L.20 sayılı tavsiye kararı için bkz. <http://www.ohchr.org/EN/Pages/Home.aspx>. Ayrıca, bilgi alma hakkının da kişilik hakkına dâhil olduğu yönünde bkz. Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul, Beta, 2001, s.77-78.

⁹⁸ İki bireysel menfaatin çatışması halinde AIHM’in “*adil denge*” nosyonunu işlettiği yönünde bkz. Arslan Öncü, s.376 vd.

özel amaçlı internet kullanımının iş sözleşmesine veya sadakat borcuna aykırılık teşkil edip etmediği ve akabinde iş sözleşmesinin feshine imkân sağlayıp sağlamayacağı hususlarının, işin ve işyerinin niteliğine göre ayırım güdülerek incelenmesinde fayda vardır. Kanaatimizce işverene normal şartlar altında zarar verme tehlikesi bulunmayan işyerleri açısından, zaman veya verimlilik kaybına neden olmayan kullanımdan dolayı internetteki her temasın iz bırakacağı ve işverenin şöhretini zedeleyebileceği gibi soyut ve uzak ihtimaller tek başına sadakat borcuna aykırılık teşkil etmemeli, aynı şekilde bu sebeple feshin geçerlilik kazanacağı savunulamamalıdır⁹⁹.

Öte yandan somut olayın özelliği gereği, internet kullanımının geçerli veya haklı fesih nedeni sayılmasını gerektiren hallerin de gündeme gelebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Doğaldır ki, siber güvenliğinin en üst seviyede korunması ihtiyacı olan banka gibi güven kurumlarında çalışan işçilerin interneti özel amaçları için kullanmaları işverene önemli ölçüde zarar verme tehlikesi içerebilir. Ancak bu halde dahi, *verim veya zaman kaybına yol açmayan* internet kullanımını nedeniyle işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebilmesi, internet kullanımına ilişkin açık ve işçilerin önceden bilgilendirildikleri bir yasağın bulunması haline özgü olmalıdır. Zira işçinin bilgi edinme hakkı gibi temel haklarıyla birlikte anılması gereken ve zaman veya verim kaybına yol açmayan internet kullanımını nedeniyle iş sözleşmesine aykırı davranmadığı ve iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği yönünde meşru bir beklentisinin olduğu kabul edilmelidir. Bu meşru beklenti, ancak açık bir yasağın bulunması ve işçilerin önceden bilgilendirilmiş olmaları halinde bertaraf edilebilir¹⁰⁰.

Yine, işçinin yalnızca bilgilendirilmiş olması yetmemelidir. İşverenin menfaatleri ile işçinin temel hakları arasındaki çatışmadan kaynaklanabilecek muhtemel bir fesih, işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışlarının her somut olay özelinde ve özellikle “ölçülülük” denetimi ile “*ihbar*” mekanizmalarının

⁹⁹ Benzer yönde bkz Erdem Özdemir, “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisi Etkileri Üzerine”, *Sicil İHD*, S.10, 2008, s.19: “*İnternetin üretim ve verimliliğe zarar vermeyecek biçimde, mantıklı, ağı yavaştırmayacak şekilde kullanımı uygun karşılanmalıdır.*” Özdemir Fransız hukukundan örnekler vermekle, Versailles İstinaf Mahkemesi’nin 18.03.2003 tarihli kararının da aynı yönde olduğunu vurgulamaktadır. Aksi yönde bkz. Centel, *İş Güvencesi*, s.98. Ayrıca bkz. Gaye Burcu Yıldız, “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi”, *Sicil İHD*, S.16, 2009, s.115: “*zararın doğmadığından bahisle işçinin iş görme borcuna aykırı davranmadığı ileri sürülemez.*” Ayrıca bkz. Okur, *Yeni Teknoloji*, s.15-16. Okur özel amaçlı internet kullanımının geçerli feshine imkân sağlayabileceğini ifade etmektedir. Ne var ki, yazarın bu sonucun gerçekleşebileceği ihtimallere ilişkin verdiği örnekler, bizatihi internetin özel amaçla kullanılmasına ilişkin değil, internet kullanımının işçinin yeterliliğine etki etmesi veya internet kullanımını nedeniyle işverene zarar verilmesi yahut zararın tekrarı tedirginliği yaratılmasına ilişkindir.

¹⁰⁰ İşçilerin önceden bilgilendirilmelerine, aksi halde özel yaşamlarının korunacağı yönündeki meşru beklentilerinin işlerlik kazanacağına dair aynı yönde ilkesel bir yaklaşım için bkz. AYM, 2013/4825, 24.03.2016 T., § 51, § 54. Karar metni için bkz. 29708 sayılı ve 10.05.2016 tarihli R.G.

işletilebilme imkânıyla birlikte düşünülmesi gereksinimini de beraberinde getirir¹⁰¹. Geniş anlamda ölçülülükten kasıt, fesih işleminin gerekli ve orantılı olmasıdır¹⁰². O halde, feshin geçerli olup olmadığı kararlaştırılırken, feshinden daha hafif bir çarenin olup olmadığı tartışılacak¹⁰³ ve işverenin iş sözleşmesinin feshindeki menfaati ile işçinin iş sözleşmesinin devamındaki menfaatlerinin tartılarak; güdülen amaçla kullanılan araç arasında adaletsiz bir denge bulunması halinde fesih geçersiz sayılacaktır¹⁰⁴.

İş K. md.18 ve md.19'da ihtar mekanizmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, doktrinde ve Yargıtay uygulamasında iş sözleşmesinin geçerli feshinden bahsedilebilmesi için işçinin (olumsuz davranışının ileride giderilebilme imkânı var ise) uyarılmış olması ve bu ihtarın olumsuz davranışın tekrarlanmaması arzusunun içermesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁵. Kanaatimizce de işçinin interneti özel amaçlı kullanmış olması, *kural olarak* tek başına fesih nedeni yapılamamalıdır¹⁰⁶. İş sözleşmesinin sürekliliğini sağlamayı hedef tutan bir iş hukuku rejimi, işverenin fırsat kollayarak iş sözleşmesini feshetmesine imkân verecek yorumların yadsınmasını gerektirir¹⁰⁷.

Netice itibarıyla, “*adil denge*”, “*ölçülülük*” ve “*ihtar*”, ışığında kanaatimizce işverene normal şartlar altında zarar verme tehlikesi bulunmayan işyerleri ile diğer işyerleri arasında farklı muamelenin tatbiki menfaatler dengesinin bir ge-

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. Okur, *Yeni Teknoloji*, s.15. Yazar, işin izinsiz veya verilen izni aşar şekilde internet kullanımı dolayısıyla bir defalık aksatılmasının haklı feshe yol açmayacağını, hatırlatılmasına rağmen, iş görme borcunun ısrarla yerine getirilmemesi koşulunun aranması gerektiğini dile getirmektedir.

¹⁰² Geniş anlamda ölçülülük denetimine ilişkin açıklamalar için bkz. Manav, s.132-133.

¹⁰³ Keser, s.202.

¹⁰⁴ Süzek, *İş Hukuku*, s.620.

¹⁰⁵ Berkowsky, *Verhaltensbedingte Kündigung*, § 114, Rn.11-12; Şen, s.111; Keser, s.100 vd.; Kabakçı/Baysal, s.469-470. İşçinin hem davranışlarından hem de yeterliliğinden kaynaklanan nedenlerin varlığı halinde işçiye davranışlarını düzeltmesi veya verimini artırması yönünde ihtarla bulunulması gerektiği yönünde bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.403-404; Süzek, *İş Hukuku*, s.644-645. İhtar şartının işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihlerde aranacağı, işçinin yeterliliğine dayalı fesihlerde bu şartın aranmayacağı yönünde bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, s.387. İşçinin uyarılmasına ilişkin yasal bir zorunluluk olmadığı düşüncesinden hareketle ileri sürülen bir diğer görüş için bkz. Manav, s.247. Yargıtay uygulaması için bkz. Y. 7. HD., 2016/11080 E., 2016/13906 K., 29.06.2016 T.; Y. 9. HD., 2015/20106 E., 2015/31315 K., 05.11.2015 T.; Y. 9. HD. 2007/27583 E., 2008/5294 K., 17.3.2008 T. (Çevirimiçi) www.kazanci.com, 11.03.2017.

¹⁰⁶ Karş. Bag, *Urteil vom 7.7.2005 - 2 AZR 581/04*, § 38-40, NJW, 2006, Heft 8, s.540-543. Yüksek Mahkeme, açıkça yasaklanmamış olsa dahi, özel amaçlı internet kullanımının sözleşme ihlali teşkil edeceğini belirtmekle, internetin aşırı şekilde veya pornografik amaçlarla kullanılmasını ihtarla gerek olmaksızın haklı nedenle feshe imkân sağlayacağı sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca bkz. Okur, *Yeni Teknoloji*, s.16. Yazara göre, özel amaçlı internet kullanımının açıkça yasaklanması ve internet kullanımına ilişkin özel bir şifrelemenin varlığı halinde, bu şifreyi hileli yollarla aşan işçinin iş sözleşmesi, işverenin güveninin kötüye kullanılmasından ötürü haklı nedenle feshedilebilecektir. Öte yandan yazar, işverene ait bilgisayarlarda pornografik içeriklerle işgal etmesinin tek başına haklı fesih nedeni olmayacağını, pornografik dahi olsa, işçinin yeterliliğine etki etmeyen veya işverene somut olarak zarar vermeyen internet kullanımının haklı nedenle feshe imkân vermeyeceğini ileri sürmektedir.

¹⁰⁷ Bkz. Demir, *Uygulama*, s.484.

reğidir. Bize göre, işverene normal şartlar altında zarar verme tehlikesi bulunmayan işyerlerinde çalışan işçilerin zaman veya verim kaybına yol açmayan internet kullanımları sadakat borcunun ihlali dahi teşkil etmemelidir¹⁰⁸. Şayet internet, işverene normal şartlar altında bile zarar verme tehlikesi olan bir işyerinde özel amaçla kullanılıyorsa, bu kullanım sadakat borcuna aykırılık teşkil edecek ancak yine, tek başına fesih için yeterli olmayacaktır. Feshin, bilgilendirme, ölçülülük ve ihtar mekanizmalarıyla birlikte düşünülmesi gerekmektedir.

iii. Elektronik Posta İçeriklerinin İşverence Gözetlenmesi

İşveren, internet kullanımına ilişkin koyduğu kurallara riayet edilip edilmediğini denetlemek için elektronik gözetleme uygulamalarına başvurabilmektedir. Ne var ki, işverenin elektronik gözetleme uygulamalarına başvurma ihtiyacı, gözetlemenin hiçbir kurala tabi olmayacağını da sonuçlamamaktadır. İşyerinde elektronik gözetim uygulamaları, haberleşmeye saygı hakkının elektronik posta özelinde “haberleşmenin gizliliği” cephesini teşkil etmekle, iş sözleşmesinin işçinin bilgisi dışında depolanan elektronik postalara dayanılarak feshedilmesi, feshin geçersizliğini gündeme getirebilecektir¹⁰⁹.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, işveren tarafından sağlanan kurumsal elektronik posta hesaplarından yapılan yazışmalar, adeta fiziki bir işyeri yazışması gibi değerlendirilecek ve işveren, içeriği de dâhil olmak üzere bu yazışmaları gözetleyebilecektir¹¹⁰. Bu noktada kanaatimizce meselenin, “işe özgülenen” elektronik posta hesabı (info@işyeri.com) ile “işe özgülenen ve özel olarak işçiye tahsis edilen” elektronik posta hesabı (işçi@işyeri.com) şeklinde ikili bir ayırım dâhilinde çözümlenmesinde fayda vardır¹¹¹. Buna göre, işe özgülenmekle birlikte işçinin özel kullanımına tahsis edilen elektronik posta hesapları üzerinden gerçekleştirilen yazışmalar gizlice gözetlenemez¹¹². Nitekim Avrupa Birliğinin 95/46 EC sayılı direktifinin 29. ve

¹⁰⁸ Aksı yönde bkz. Bag, *Urteil vom 7.7.2005 - 2 AZR 581/04*, § 38-40, NJW, 2006, Heft 8, s.540-543; Yıldız, s.115; Wank, § 98, Rn.89. Wank, işverenin zarar görme tehlikesi karşısında, kısa süreli ve ara dinlenmesinde dahi olsa işyerine ait interneti özel amaçla kullanmanın sadakat borcu ihlali teşkil edeceğini ileri sürmektedir.

¹⁰⁹ Keser, s.357.

¹¹⁰ Bkz. Dendorfer-Ditges, *Teil G*, § 35, Rn.201. Ayrıca bkz. Özdemir, *İşçinin Kişilik Haklarının Korunması*, s.236. Özdemir, özel veya kurumsal elektronik posta hesabı ayırımı yapmaksızın işverenin, yazışmanın işle ilgili olduğu kanaatine varması halinde içerik gözetimi yapabileceğini ileri sürmektedir.

¹¹¹ Aynı yönde bkz. Stefan Ernst, “Der Arbeitgeber, die E-Mail und das Internet”, *NZA, Heft 11*, 2002, s.585-591, s.589-590. Ernst’e göre, kurumsal elektronik posta hesabının türüne göre ayırım güdülmesi gerekmektedir. Buna göre, örneğin “işyeri@işyeri.com” hesabı üzerinde işverenin doğrudan erişim yetkisi olmakla birlikte, “işçi@işyeri.com” hesabına yönelik gözetleme uygulamaları işçinin haberleşme (özel yaşam) hakkıyla birlikte ele alınmalıdır.

¹¹² Aynı yönde açıklamalar için bkz. Sevimli, *Müdahalenin Sınırları*, s.202 vd.; Halford v. Birleşik Krallık Davası, 20605/92, 25.06.1997, § 44-45; Barbulescu v. Romanya, 61496/08, 12.01.2016, § 36 vd., Copland v. Birleşik Krallık Davası, 6217/00, 03.04.2007, § 42, www.echr.coe.int, (Erişim Tarihi: 21.03.2017)

30. maddelerine dayanılarak oluşturulan Çalışma Grubunun hazırladığı “İş-
yerinde Elektronik İletişimin Gözetlenmesi” konulu çalışma raporu uyarınca
da, işe özgülenen elektronik posta hesapları açısından işverence ihdas edi-
lecek kurallar, hiçbir şekilde haberleşmeye saygı hakkını tamamen ortadan
kaldıracak şekilde yorumlanamayacaktır¹¹³. O halde işe özgülenmiş ve işçiye
özel olarak tahsis edilmiş elektronik posta hesabı üzerinden gerçekleştirilen
yazışmaların gözetlenebilmesi için öncelikle işçinin rızasının alınması ve bil-
gilendirilmesi gerektiği savunulmalıdır. Bu yapılırken de gözetlemenin süresi,
yöntemi ve kapsamı hakkında bilgi verilmelidir¹¹⁴. Gizli gözetleme yasaktır¹¹⁵.
İnternetin özel amaçla kullanımının yasak olması, işçinin elektronik posta
içeriğinin gözetlenmesi uygulamasından haberdar edilmesi gerekliliğini ber-
taraf etmemelidir¹¹⁶.

Yargıtay ise işverene ait bilgisayar ve elektronik posta hesaplarının iş-
verence her zaman denetlenebileceğine ve işverenin bu iletişim araçlarında
yer alan elektronik verilere delil olarak dayanabileceğine hükmetmektedir¹¹⁷.
Buna karşılık Yargıtay’ın, işçinin temel hakları ile işverenin menfaatleri arasın-
da adil bir dengenin kurulmasına veya işçinin bilgilendirilmesine yönelik ay-
rıntılı gerekçelere yer vermediği de kaydedilmelidir. Anayasa Mahkemesi ise
2016 yılında verdiği bir kararında, kurumsal elektronik posta hesaplarından
yapılan yazışmaların da haberleşmeye saygı hakkı bağlamında düşünülmesi
gerektiğini açıklığa kavuşturmuş, bu yazışmaların işverence gözetlenebilmesi
ve işe iade davasında delil olarak kullanılabilmesine ilişkin ilkesel açıklamala-
ra yer vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre işçinin haberleşmeye saygı hakkı
ile işverenin menfaatlerinin karşı karşıya gelmesi halinde adil dengenin araştı-
rılmasında izlenecek yöntem, işverence gerçekleştirilen müdahalenin meşru
bir amacı hedef tutup tutmadığı ve ölçülü olup olmadığıdır. Ancak daha da
önemlisi, Yüksek Mahkeme, somut olayda pek çok defa işçinin gözetleme
uygulamasına rıza verdiğinin altını çizmiş, işçinin temel hakkına yapılacak
müdahale konusunda önceden bilgilendirilip bilgilendirilmediğine vurgu yap-
mıştır. Bu tutum, çalışmamızın genelinde vurgulanan “meşru beklenti” nosyo-
nuyla da uyum arz etmektedir. Karar uyarınca; “Bilgilendirmelerin ve gerekli

¹¹³ Çalışma Grubu, “İşyerinde Elektronik İletişim Gözetlenmesi”, 5401/01/EN/Final, s.20.

¹¹⁴ Öktem Songu, *Değerlendirme*, s.1068.

¹¹⁵ Öktem Songu, *Değerlendirme*, s.1076.

¹¹⁶ Ernst, s.588. Öte yandan, işverence açıkça izin verilmediği sürece, teknolojik iletişim araçlarının özel amaçla kullanılıp kullanılmadığının denetlenebilmesi için, elektronik postaları “trafik verileri” ile sınırlı olarak gözetleme yetkisinin işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğu yönünde bkz. Dann/Gastell, s.2947. Aynı şekilde, özel amaçlı internet kullanımının yasaklanmış olması halinde de işçinin internet kullanımının elektronik olarak denetlenmesine zımnen rıza gösterdiğinin kabul edilebileceği yönünde bkz. Okur, *Yeni Teknoloji*, s.7-8.

¹¹⁷ Y. 22. HD., 2016/6321 E., 2016/13143 K., 03.05.2016 T.; Y. 9. HD., 2009/447 E., 2010/37516 K., 13.12.2010 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

uyarılardan yapılmadığı durumlarda çalışanlar, temel hak ve özgürlüklerine keyfî bir müdahalede bulunulmayacağı hususunda makul bir beklenti içinde olacaklarından sözleşme şartlarını genellikle belirleyici konumda olan işverenler tarafından çalışanlara yönelecek bu tür müdahalelerin kabul görmesi söz konusu olmayacaktır¹¹⁸.”

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin ilkesel yaklaşımı, yalnızca haberleşmeye saygı hakkı açısından değil, işçinin iş ilişkisine yansıyan özel yaşam pratikleri açısından da yol gösterici olmalıdır. Çalışmamız genelinde, iş ilişkisinin devamının hedef tutulduğu bir fesih rejiminde “ihtar”ın fonksiyonuna ilişkin yaptığımız açıklamalar, bize göre Yüksek Mahkemenin kararıyla bir adım öteye taşınmıştır. O halde; (mümkün ise) olumsuz davranışın gerçekleştirilmesinden sonra işçinin uyarılması gerekliliği, özel yaşam hakkının gündeme geldiği ve tereddüt uyandıran sınır durumlarında “önceden uyarı” veya “bilgilendirme” şeklinde de karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan, kimi olayda, işverenin işçinin davranışlarını önceden yönlendirebilmesi için yeterli zamanın varlığından bahsedilememektedir. Gerçekten de, işçinin özel yaşam alanında gerçekleştirdiği sözlü veya eylemli dışavurumlar çoğu kez “anlık” etki doğurmakta, iş ilişkisine devam etmek işveren açısından imkânsız veya makul ölçüler içerisinde beklenemez hale gelmektedir. İşte, aşağıda “sosyal medya kullanımı” olarak değerlendirdiğimiz olumsuz davranışlar, işçinin iş ilişkisini olumsuz etkileyen özel yaşam pratikleri açısından çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir.

b. Sosyal Medya Kullanımının İş İlişkisine Etkisi

Duygusal, düşünsel veya siyasi pratiklerin sosyal medya platformları üzerinden “anında” ve “düşünmeksizin” iletilebilmesi imkânı, normal koşullar altında kişinin başkasıyla paylaşması mutad olmayan yaşam pratiklerini kendisinin kontrol alanından çıkarmaktadır¹¹⁹. Hal böyle olunca, işçilerin sosyal medya üzerinden birbirlerine “sataşma”sı da kolaylaşmaktadır. Örneğin, bir işçinin, işverenin diğer bir işçisini sosyal medya üzerinden tehdit etmesi halinde işçi, bu davranışı nedeniyle sözleşmesinin feshi sonucuyla karşı karşıya kalacağını yasal düzenlemelerin içerikleri itibarıyla öngörebilir durumdadır. Zira gerek TBK md.417, gerekse İş K. md.25 düzenlemeleri “sataşma”ya

¹¹⁸ AYM, 2013/4825, 24.03.2016 T., § 54. Karar metni için bkz. Karar metni için bkz. 29708 sayılı ve 10.05.2016 tarihli R.G.

¹¹⁹ Sosyal medya kullanımının iş hukukuna yansıdığı çarpıcı bir örnek olarak bkz. Y. 7. HD., 2015/46017 E., 2016/11591 K., 26.05.2016 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017) Somut olayda, bir hemşire, sosyal medya hesabından, işyeri olan hastanede, çalışma arkadaşlarıyla birlikte hasta yatağı üzerinde fotoğraf çekmiş, fotoğrafı, “hasta gelmesin diye dua ederken biz, ... hastanesi: oops.” başlığıyla sosyal medya hesabından servis etmiş, fotoğraf 1285 beğeni almıştır. Hemşirenin iş sözleşmesinin feshi üzerine, Yüksek Mahkeme, feshin geçerli nedene dayandığına ve işe iade davasının reddine karar vermiştir.

karşı güvence temin eden hükümler içermektedir¹²⁰. Öte yandan hem kendisi hem de müşteri çevresi muhafazakâr bir işverenin işçisinin, sosyal medya üzerinden sol tandanslı bir siyasi görüşün propagandasını yapması halinde, kendisinin temel hakları ile işverenin iktisadi menfaati arasındaki teraziye işverenin menfaatinin daha ağır basıp basmayacağını öngörebilir durumda değildir. Bir yanda İş K. md.18/3-d bendi uyarınca işçinin iş sözleşmesinin siyasi görüşleri nedeniyle feshedilemeyeceği düzenlemesi, diğer yanda sadakat borcunun dayanılmaz hafifliği, işçinin davranışlarını yönlendirmesinde ve maruz kalacağı olumsuz sonuçların tespitinde kolaylıkla uyumlaştırılmayacak bir rejim sunmaktadır.

Öncelikle belirtilmesi gereken, sosyal medya üzerinden paylaşılan iletilerin başkalarını tahkir etmek için bir fırsat şeklinde düşünülemeyeceğidir¹²¹. Aynı şekilde başkalarını kin ve nefrete tahrik eden açıklamalar da temel hak korumasından yararlanamayacaktır¹²². Ceza hukukunda yer bulan ölçütlerin yanı sıra, işçinin sadakat borcu da ilgili temel hakkın sınırlandırılmasında ölçüt olarak kabul edilmektedir¹²³. Hangi dışavurumların sadakat borcunu ihlal ettiği ise her somut olayın özelliğine göre taraf menfaatlerinin tartılmasını şart koşmaktadır¹²⁴. Doktrinde işçinin sadakat borcunun anayasaya uygun şekilde yorumlanması ve tereddüt halinde işçinin temel haklarından yana bir tutum sergilenmesi gerektiği savunulmaktadır¹²⁵. Ancak, işçi ve işverenin haklı menfaatleri arasındaki çatışmanın adil bir dengeyle sonuçlandırılması noktasında, işçinin ve işyerinin niteliklerinin göz ardı edilmemesi gerektiği unutulmamalıdır. İşçi ve işveren arasındaki ilişki ne kadar sıkı olur ve işçinin işyerindeki pozisyonu ne kadar önem arz ederse, sadakat borcunun kapsamı da o oranda genişleyecek ve işçinin sosyal kimliğine getirilen kısıtlamalar da daha makul karşılanabilecektir¹²⁶. Aynı şekilde, işve-

¹²⁰ Ayrıca bkz. Ertürk, *Temel Haklar*, s.117: "bir işçinin bir iş arkadaşına yönelik davranışı iş saatleri dışında gerçekleşmiş olsa bile, bu davranışı işverene karşı sadakat borcunun ihlali anlamına gelebilir." Aynı yönde bkz. Akyiğit, *İş Güvencesi*, s.125; Ergin, *Sataşma*, s.75-76. Akyiğit ve Ergin de sataşmanın sözle veya davranışla gerçekleşebileceğini, iş saatleri ve işyeri dışında gerçekleşen sataşmanın da işyeri düzenini olumsuz etkilemesi halinde feshe imkan sağlayacağını vurgulamaktadır. Ayrıca, işçinin işverenin temasta bulunduğu üçüncü kişilere karşı vaki sataşmalarının da geçerli fesih nedeni teşkil edeceği yönünde bkz. Okur, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*, s.21; Akyiğit, *İş Güvencesi*, s.303.

¹²¹ Berkowsky, *Verhaltensbedingte Kündigung*, § 114, Rn.55.

¹²² Ingrid, Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, hrsg. Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, 17. Auflage, C.H.Beck, 2017 Art.5, Rn.31.

¹²³ Bert, Howald, "Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis", *ArbR*, Heft 8, 2013, s.195; Günther, Wiese, "Internet und Meinungsfreiheit des Arbeitgebers, Arbeitnehmers und Betriebsrats", *NZA*, Heft 1, 2012, s.1, 4.

¹²⁴ Wiese, s.3; Arslan Ertürk, s.243; Fuhlrott/Oltmanns, s.786.

¹²⁵ Ertürk, *Temel Haklar*, s.116.

¹²⁶ Ertürk, *Temel Haklar*, s.115; Arslan Ertürk, s.244; Michael Fuhlrott / Sönke Oltmanns, "Social Media im Arbeitsverhältnis - Der schmale Grad zwischen Meinungsfreiheit und Pflichtverletzung", *NZA*, Heft 13, 2016, s.789.

renin temsilcisi konumundaki işçilerin de diğer işçilere nazaran daha yoğun bir sadakat borcu altında oldukları ifade edilmelidir¹²⁷. İşyerinin niteliğinin sadakat borcunun kapsamını genişlettiği hallere ise “*eğilimli işyerleri*”¹²⁸nde çalışıp bu eğilimi taşıyan işçilerin durumu örnek gösterilebilir. Zira bu halde işçiyle işin bütünleştiği kabul edilebilir.

İşçinin veya işyerinin niteliği nasıl değerlendirilirse değerlendirilsin esas olan eleştiri sınırları dâhilindeki dışavurumların temel hak korumasından yararlanacağıdır¹²⁹. Ne var ki, meselenin kamusallaşan eleştiriler açısından daha ayrıntılı incelenmesinde fayda vardır. Kamuya yayılan genel eleştiriler nedeniyle işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığı savunulamayacak iken, yine kamuya yayılan ve işverenin varlığını hedef alan açıklamalar borç ihlali teşkil edecektir¹³⁰. Örneğin kendisi de alt işveren nezdinde iş gören bir işçinin, bu şekilde istihdam edilen işçilerin haklarının ödenmediğini sert bir dille dışavurması işçi ile işveren arasındaki menfaatler dengesinin işçi aleyhine ağır basması sonucunu doğurmayacak iken, işçinin işvereni kastederek sosyal medya hesabı üzerinden açıkça “sömürüldüğünü” ifade etmesi fesih sebebi teşkil edecektir¹³¹.

Sosyal medya yalnızca yazılı metin veya görsellerin dışavurulmasını değil, aynı zamanda iletilerin “beğen”ilmesi ve “paylaş”ılması imkânını da sunmak-

¹²⁷ Ertürk, *Temel Haklar*, s.122; Arslan Ertürk, s.244; Schmidt, *Meinungsfreiheit*, Rn.8; Sevimli, *Müdahalenin Sınırları*, s.243.

¹²⁸ Alman doktrininde, bu işyerlerinin siyasi partiler, kiliseler, eğitimci, sanatsal veya dini vb. yayın yapan medya kuruluşları olabileceği, bu işyerlerinde (“*Tendenzbetrieb*”) çalışan ve bu eğilimi taşıyan işçilerin (“*Tendenzträger*”) “*artırılmış sadakat borcu*”na ilişkin açıklamalar için bkz. Schmidt, *Meinungsfreiheit*, Rn.8; Howald, s.196; Hergenröder, Rn.236; Baysal, s.112 vd.; Akyiğit, *İş Güvencesi*, s.110.

¹²⁹ Arslan Ertürk, s.241; Öktem Songu, *İfade Özgürlüğü*, s.636; Y., 22. HD., 2016/16290 E., 2016/17802 K., 14.06.2016 T.; Y. 22. HD., 2015/8023 E., 2016/13598 K., 05.05.2016 T.; Y. 22. HD., 2011/472 E., 2011/1038 K., 22.09.2011 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

¹³⁰ Ertürk, *Temel Haklar*, s.120; Öktem Songu, *İfade Özgürlüğü*, s.629-630.

¹³¹ Bkz. LAG Hamm, Urteil vom 10.10.2012-3 Sa 644/12, § 94, § 123. <https://openjur.de/u/565291.html>, (Erişim Tarihi: 21.03.2017) Somut olayda işçi, sosyal medya üzerinden işvereni kastederek “sömürücü” ifadesini kullanmıştır. Yüksek Mahkeme, internet üzerinden yapılan açıklamaların sözle dışavurumlardan bir farkı olmadığı ve hatta muhatabına savunma imkânı vermediğinden ötürü bu dışavurumların “daha ağır” sonuçları olduğu yönünde görüş bildirmiştir. İşçinin işvereni eleştiri hakkına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için ayrıca bkz. AYM, 2013/6829, 14.04.2016 T. Karar metni için bkz. 29742 sayılı ve 14.06.2016 tarihli R.G. AYM kararında: “*Şikâyet dilekçesinin işveren üzerindeki etkilerinin hafifliği ile başvuruçunun iş akdinin haklı fesih hükümlerince sona erdirilmesi şeklindeki yaptırımın başvuruçunun üzerindeki olumsuz etkisi karşılaştırıldığında haklı fesih hükümlerinin uygulanmasının gerekliliği hususu da gerekçede tartışılmamıştır. Dolayısıyla başvuruçunun iş akdinin haklı fesih hükümlerince sonlandırılması ile ilgili olarak karar gerekçesinde başvuruçunun ifade hürriyeti ile işverenin itibarı ve iş ilişkilerinde huzurun temini menfaatleri arasında adil bir dengeleme hususunda ilgili ve yeterli gerekçe sunulmadığı değerlendirilmiştir.*” Muhatap kitlesinin yoğunluğunun vurgulandığı diğer bir karar için bkz. Y. 22. HD., 2015/8023 E., 2016/13598 K., 05.05.2016 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

tadır. Yukarıda ortaya konulan ilkeler kanaatimizce beğenme veya paylaşma açısından da geçerlilik kazanacaktır¹³².

Sosyal medya kullanımı yalnızca düşüncüyü açıklama özgürlüğüne değil, işçinin sosyalleşme hakkına ilişkin mülhazaları da beraberinde getirmektedir. Sosyal medya üzerinden, kişinin yediği yemekten dünya görüşüne kadar pek çok kişisel bilgiyi paylaştığı veya çevresindekilerin görebileceği şekilde sosyal/siyasal platformlara üye olabildiği nazara alındığında, bu özel yaşam pratiklerinden işverenin haberdar olma ihtimali de giderek artmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki, işçinin siyasi veya dünya görüşü kural olarak ne geçerli ne de haklı sebeple feshetme imkân sağlayacaktır. Hatta işçinin aşırı sağcı veya aşırı solcu olması da kural olarak işverence katlanılması gereken bir temel hak şeklinde tezahür etmektedir¹³³. Zira özel yaşam pratiklerinin geçerli veya haklı neden sayılabilmesi, ancak iş ilişkisinde somut bir zarara sebep olması halinde kabul edilebilir¹³⁴. Doktrinde de isabetle formüle edildiği üzere, temel hakka yapılacak müdahalenin üretim sürecini veya işyeri barışını “muhtemelen” tehlikeye sokacak olması değil, somut dayanakları haiz bir olumsuzluğun esas alınması gerekmektedir¹³⁵. Bu yorum tarzı, çalışmamız genelinde değinilen “ölçülülük” ilkesiyle de uyum arz etmektedir.

3. Özel Yaşam Pratiklerinin Sağlık Sebepleri Özelinde İş İlişkisine Etkisi

a. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesinin, işçinin özel yaşam pratiklerinden kaynaklanan sağlık sebeplerine bağlı olarak feshedilebilmesine ilişkin 25. maddesinde özel hükümler vaz etmiştir. Buna göre, iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilebilmesi için işçinin “*kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden*” dolayı bir “*hastalığa veya sakatlığa uğraması*” ve bu sebeple devamsızlık yapması gerekmektedir¹³⁶. Yine, her ne kadar haklı sebep mertebesine erişmese dahi, çeşitli

¹³² Aynı yönde bkz. Fuhrrott/Oltmanns, s.787. Ayrıca bkz. Y. 9. HD., 2015/18603 E., 2015/26061 K., 17.09.2015 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017): “*halen çalışmakta olan davacının ... ürünlerinin tüketilmemesi yönünde çağrıyla ilgili ilan [facebook sayfasında] beğenmesi sadakat borcunun ihlali niteliğindedir. Davacının bu davranışı haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve işveren açısından iş ilişkisinin devamı beklenmez bir hal almıştır. Bu feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.*”

¹³³ Schmidt, *Meinungsfreiheit*, Rn.7.

¹³⁴ Bkz. Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, s.514: “*İşçinin davranışı ve yetersizliğinden ileri gelen sebepler işyerinde olumsuzluklara yol açtıkları zaman geçerli sebep teşkil ederler.*”

¹³⁵ Hergenröder, Rn.234; Berkowsky, *Verhaltensbedingte Kündigung*, § 114, Rn.13; Kılıçoğlu/Şenocak, s.335. Ayrıca bkz. Keser, s. 317. “*İşverenin yalnızca kuşkuları ve subjektif görüşü iş sözleşmesinin feshi için geçerli sebep olamayacaktır.*”

¹³⁶ Bkz. Y. 7. HD., 2014/19392 E., 2015/13320 K., 30.06.2015 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017): “*İşçinin derli toplu olmayan yaşantısı ile içkiye düşkünlüğü de başlı başına fesih nedeni olmayıp, bu durumların, işçiyi hastalığa veya sakatlığa yöneltmesi gerekir. İşçinin sözü*

hastalık hallerinin iş ilişkisindeki olumsuz etkileri yadsınamaz. Bu hallerde de haklı değil, geçerli nedenle fesih gündeme gelecektir. Gerekçede yer alan ve doktrinde de sıklıkla verilen örnek, işçinin “sık sık hastalanma”sının İş K. md.25’te düzenlenen devamsızlık sürelerine erişmese dahi geçerli fesih nedeni teşkil edeceğidir¹³⁷.

Gerçekten, kişinin zamanının önemli bir bölümünü mesleki faaliyet içerisinde geçirmesi, işçinin sağlık durumu ile özel yaşam hakkı arasında doğrudan bir bağlantı kurulması gerekliliğini beraberinde getirmektedir¹³⁸. Sağlık sebeplerine dayalı fesih rejiminin, işçinin özel yaşamını da yakından ilgilendirmesi itibarıyla özellikle “alkol” ve “aids” özelinde değerlendirilmesinde fayda vardır.

b. Alkol Kullanımının İş İlişkisine Etkisi

İşçinin özel yaşamında alkol kullanması tek başına geçerli fesih nedeni teşkil etmez¹³⁹. Aksinin kabulü işçinin özel yaşam hakkının ihlali anlamına gelecektir¹⁴⁰. Öte yandan işçinin işyerinde alkol kullanması veya işyerine “sarhoş” gelmesi İş K. md.25/II-d uyarınca başlı başına fesih nedeni sayılmıştır¹⁴¹.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre ise; işçi tubben hastalık sayılacak şekilde alkol bağımlılığında muzdarip ise, işçinin işyerinde alkol kullanması veya işyerine sarhoş gelmesi haklı nedenle fesih rejiminin değil, işçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli fesih rejiminin işletilmesini gerektirmektedir¹⁴². Aynı şekilde Yargıtaya göre de “İşçinin iş sözleşmesinden doğan yüküm-

edilen nedenlere dayanan “hastalık ya da sakatlığının, ardı ardına üç gün ya da bir ay içinde beş iş günü aşması halinde işverenin derhal fesih hakkı doğar. Maddede geçen “bir ay” takvim ayı olmayıp, işçinin kusura dayanan hastalık veya sakatlık ya da derli toplu olmayan yaşantısı sebebiyle işe gidemediği ilk günün takip eden bir aylık süredir.”

¹³⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.389; Kılıçoğlu/Şenocak, s.355 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, s.611; Ertürk, *Hastalık*, s.15. Sık sık hastalanma olgusunun ne zamandan itibaren işyerinde olumsuzluğa yol açmış sayılacağı yönünde bir değerlendirme için bkz. Centel, *İş Güvencesi*, s.71 vd.

¹³⁸ İşçinin sağlık durumunun özel yaşam hakkı kapsamında olduğu yönünde bkz. AYM, 2014/19081, 01.02.2017 T., § 61-63. Karar metni için bkz. 30003 sayılı ve 10.03.2017 tarihli R.G.

¹³⁹ Altıntepe, s.302; Ergin, *Sağlık*, s.113.

¹⁴⁰ Kılıçoğlu/Şenocak, s.425; Ergin, *Sağlık*, s.113.

¹⁴¹ Araçların da işyeri organizasyonuna dahil olduğu unutulmamalıdır. Bu açıdan bkz. Y. 7. HD., 2014/829 E., 2014/1664 K., 10.03.2014 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017): “İş Kanununda işverenin aracını alkollü kullanmak haklı fesih nedeni oluşturmaktadır.”

¹⁴² Kılıçoğlu/Şenocak, s.425; Keser, s.285-286. Keser’e göre, bu ihtimalde işçinin alkol kullanımı keyfiyete dayanmadığından, işçinin isteyerek alkol kullanması ile aynı ağırlıkta değerlendirilmesi doğru olmaz. Aynı yönde bkz. Baysal, s.72. Baysal’a göre, ilk tahlilde alkol bağımlılığının “içkiye düşkünlük” kapsamında telakki edilerek, devamsızlık hallerinin haklı nedenle feshe olanak sağlayabileceği düşünülebilirse de, İş K. md.25/I-a’da işaret edilen içkiye düşkünlük hali, “alkol zehirlenmesi”, “karaciğer rahatsızlığı” gibi aşırı alkol kullanımına bağlı rahatsızlıklardır. Alkol bağımlılığı ise kişinin fizyolojisine ve psikolojisine hâkim olamadığı, istese bile alkol kullanmayı bırakmadığı bir hastalık şeklinde değerlendirilmelidir. Karş. Nürşen Caniklioğlu, *Hastalık ve Sakatlığın İş Akdine Etkisi*, İstanbul, Beta, 2002, s.242-243.

lülüğününün alkol kullanımı nedeniyle ihlali, alkol bağımlılığına dayanmıyorsa, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebebi söz konusu olur. [...] İşçinin tıbbi anlamda hastalık olarak nitelendirilebilecek alkol bağımlılığı varsa, hastalığa dayalı işçinin yetersizliğinden kaynaklanan feshin ilkeleri uygulanmalıdır¹⁴³."

İşverenin işçinin özel yaşamında alkol kullanmaması yönünde talimat verme yetkisinin bulunup bulunmadığı veya iş sözleşmesine konulacak bir yasağın geçerli olup olmayacağı ise ayrıca değerlendirilmelidir. Bu çalışma kapsamında işverenin yönetim hakkı ve işçinin itaat borcunun işle ilgili ve iş saatleri içerisinde geçerlilik taşıyacağı şeklinde anlaşılması gerektiği vurgulanmakla birlikte, meselenin sadakat borcu çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği açıklanmış idi. Doktrinde de işverenin işçinin özel yaşam alanına ilişkin talimatlarının işverenin yönetim hakkının kullanımı şeklinde bir "talimat" değil, işçiye yapılmış bir "uyarı" biçiminde değerlendirilmesi gerektiği dile getirilmektedir¹⁴⁴. Buna göre işverenin, işçiyi özel yaşamında alkol kullanmaktan men etmesi mümkün değildir. Ancak çalışmamızın genelinde de çeşitli vesilelerle dile getirildiği üzere, işçinin görevi veya işin niteliği gereği sadakat borcunun sınırları genişleyebilmektedir. Doktrinde Ertürk'ün de ifade ettiği üzere; "*işçinin kişiliğini ilgilendiren alanlarda ve işçi açısından aşırı olarak değerlendirilebilecek sözleşme hükümlerinin değerlendirilmesi durumunda, bunların geçersiz olacakları söylenebilecektir [...] bu tür bir sınırlama iş sözleşmesinin gereklerinden kaynaklanmadığı sürece geçersiz kabul edilmelidir¹⁴⁵."* O halde, alkol kullanımının yasaklanmasına ilişkin bir sözleşmesel kaydın geçerliliğinin tespitinde örneğin Kur'an kursu eğitici olarak görev yapan bir işçiyle bir banka çalışanı arasında farklılık gözetilmesi gereği de açıktır¹⁴⁶. Ancak eğilimli işyerlerinde çalışıp, bu eğilimi taşıyan işçiler dışında, kanaatimizce gerek sadakat borcunun etkisine gerekse sözleşmesel kayıtların geçerliliğine şüpheyle yaklaşılması yerinde olur. Zira aksinin kabulü, her motorlu taşıt şoförünün taşıt kullanırken, her öğretmenin öğrencilerinin önünde, her cerrahın ameliyattan önce alkol kullanacağı varsayımını normlar

¹⁴³ Y. 9. HD., 2009/30667 E., 2010/29160 K., 15.10.2010 T. Aynı yönde bkz. Y. 9. HD., 2007/39450 E., 2008/15720 K., 16.06.2008 T., Y. 9. HD., 2007/31257 E., 2008/9580 K., 21.04.2008 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

¹⁴⁴ Altintepe, s.303; Sevimli, *Müdahalenin Sınırları*, s.240-241.

¹⁴⁵ Ertürk, *Temel Haklar*, s.116.

¹⁴⁶ Örnek için bkz. Altintepe, s.303. Büyük bir şirketin halka ilişkiler müdürü ile temizlik işçisi arasındaki bir karşılaştırma için bkz. Sevimli, *Müdahalenin Sınırları*, s. 243. Benzer şekilde, alkol ile mücadele eden bir kuruluşun müdürü olarak görev yapan bir işçinin alkolü öven açıklamalarda bulunmasının sadakat borcunun ihlali teşkil edeceği yönünde açıklamalar için bkz. Öktem Songu, *İfade Özgürlüğü*, s. 630; Okur, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*, s. 17. İşçi niteliğindeki bir imamın sarhoşluk yaratmayacak düzeyde olsa da namaza dışarıdan alkol alarak gelmesi ve bu durumun kokudan anlaşılması halinin de geçerli feshe imkân sağlayacağı yönünde bkz. Akyiğit, *İş Güvençesi*, s.125; Akyiğit, *İş Hukuku*, s.305.

hiyerarşinin tepesine çıkartmak anlamına gelecektir. Bu sebeple, “yüksek derecede sık sık alkol almak, mesleki güvenilirlik açısından ve mesleği sürücü olan işçinin işe uygunluğuna olumsuz etkide bulunabilir. Böyle bir durum geçerli fesih nedeni sayılmalıdır¹⁴⁷” şeklindeki önermelere, -işçinin içkiye düşkünlüğü nedeniyle hastalık/devamsızlık halleri saklı kalmak üzere- şüpheyle yaklaşılması kanaatimizce isabetli olacaktır. Zira işçinin özel yaşamında alkol kullanması, işyerinde de kullanacağı veya alkol kullanımının işyerine yansıyacağı yönünde mutlak bir öngörüye sebep olamaz¹⁴⁸.

c. Aids

Anayasa Mahkemesi, 2017 yılında verdiği bir kararında, aids hastalarının toplumda yanlış ve önyargılı kanaatler dolayısıyla ayrımcılığa maruz kaldığını, devletin, aids hastalarının özel kişiler arasında da ayrımcılığa uğramalarını ve manevi varlıklarını geliştirme haklarına müdahale edilmesini önleyecek pozitif yükümlülükler üstlendiğini vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme, kararın devamında, iş sözleşmesinin aids hastalığı nedeniyle feshedilmesinin de zikredilen pozitif yükümlülükler kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini açıklığa kavuşturmuştur¹⁴⁹. Somut olayda Anayasa Mahkemesi, işverenin, kesici aletlerle çalışılan işyeri bölümünde, düşük de olsa aids hastalığının bulaşma ihtimaline karşı önlem almak istemesinin “meşru amaç” teşkil ettiğini tespit etmiştir¹⁵⁰. Öte yandan kararda, işçinin iş hukukunda öngörüldüğü şekilde fesih nedeni teşkil etmeyen bir davranış veya yetersizliğinin olmadığı müddetçe sözleşmesinin feshedilmeyeceği yönünde “meşru beklenti” si olduğu sonucuna varılmıştır¹⁵¹. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, işverenin aids hastası işçinin diğer işçiler açısından risk teşkil etmeyecek bir pozisyonda görevlendirilmesinin mümkün olup olmadığının derece mahkemelerince irdelenmemesi nedeniyle taraf menfaatleri arasında “adil denge”nin gözetilmediğine dikkat çekmiş ve neticeten işçinin özel yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁵².

¹⁴⁷ Kılıçoğlu/Şenocak, s.427.

¹⁴⁸ Benzer yönde açıklamalar için bkz. Sevimli, *Müdahalenin Sınırları*, s.156. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, 335: “İşçinin yetersizliği veya davranışlarının işyeri üzerine somut etkisinin tespit edilebilir olması gerekir. Sırf somut veya soyut tehlike durumu yeterli değildir. Daha açık anlatımla, İş Kanunu'nun 18'inci maddesi anlamında geçerli nedenin varlığının kabulü için, işçinin yetersizliği veya davranışının, işyerinin normal işleyişinin ve yürüyüşünün somut olarak bozulması tehlikesini doğurması değil; fiilen işyerinin normal yürüyüşü ve işleyişi ile ilgili aksaklıkların gerçekleşmiş olması gerekir.” Vurgu yazarlara aittir.

¹⁴⁹ AYM, 2014/19081, 01.02.2017 T., § 75-76, 80. Karar metni için bkz. 30003 sayılı ve 10.03.2017 tarihli R.G.

¹⁵⁰ AYM, 2014/19081, 01.02.2017 T., § 96. Karar metni için bkz. 30003 sayılı ve 10.03.2017 tarihli R.G.

¹⁵¹ AYM, 2014/19081, 01.02.2017 T., § 93. Karar metni için bkz. 30003 sayılı ve 10.03.2017 tarihli R.G.

¹⁵² AYM, 2014/19081, 01.02.2017 T., § 99-101. Karar metni için bkz. 30003 sayılı ve 10.03.2017 tarihli R.G.

Anayasa Mahkemesinin anılan kararında ortaya konulan ilkeler, kendine iş hukuku doktrininde de yer bulmuştur. Buna göre, aids hastalığının İş K. md.18 anlamında işçinin yeterliliğine veya davranışlarına etkisinin bulunmaması halinde yahut yine bu hastalığın İş K. md.25 çerçevesinde işçinin çalışma süresine göre hesaplanacak bildirim sürelerini altı hafta aşmasından önce tek başına geçerli veya haklı fesih sebebi teşkil edeceğinden bahsedilememelidir¹⁵³. O halde aids hastalığının da diğer sağlık sebepleri gibi yeterlilik veya işçinin devamsızlığı perspektifinden ele alınması gerekmektedir¹⁵⁴.

Öte yandan, aids hastalığının diğer işçilere bulaşabilme ihtimali nedeniyle, işverenin diğer işçileri gözetme borcundan hareketle hasta işçinin iş sözleşmesini feshedebilir feshedemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu noktada gerek Alman doktrininde ileri sürülen görüşler gerekse yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konulan ilkeler doğrultusunda ikili bir ayrıma gidilmesinde fayda vardır. Şayet normal işyeri koşulları içinde aids hastalığının bulaşma yollarının mevcut olmadığı söylenebiliyorsa fesih geçersiz olacak, ancak işyerinde yürütülen işin (kana teması başta olmak üzere) aids hastalığının bulaşma ihtimalini gündeme getirecek mahiyette olması halinde ise işverence son çare ilkesine uyulup uyulmadığının denetlenmesi gerekecektir¹⁵⁵.

Aids hastalığı açısından gündeme gelmesi pek muhtemel olan diğer bir tartışma konusu ise bu hastalığın işçinin “*derli toplu olmayan yaşayışından*” kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Doktrinde derli toplu olmayan yaşayışın, “*derbeder hayat, normal olmayan derecede safahate düşkünlük*¹⁵⁶”, “*aşırı derecede cinsi ilişkide bulunma ya da aşırı derecede alkol veya uyuşturucu madde kullanma*¹⁵⁷”, “*dinlenmeye fırsat vermeyecek derecede kumar alışkanlığı ve çalışmayı arzulamayacak derecede yorgun olma sonucunu doğuran bir yaşayış biçimi*¹⁵⁸” şeklinde formüle edildiği gözlemlenmektedir. İşçinin gerekli sağlık önlemlerini almaksızın hayat kadınlarıyla ilişki kurması, aids hastası olan bir uyuşturucu bağımlısının kullandığı şırıngayla uyuşturucu alması ve benzeri ihtimaller derli toplu olmayan yaşayış hallerine örnek gös-

¹⁵³ Ertürk, *Hastalık*, s.19 vd; Ergin, *Sağlık*, s.227. Reinhard Vossen, *Kündigungrecht*, hrsg. Reiner Ascheid/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, 5. Auflage, C.H.Beck, 2017, § 1, Rn.224; Hartmut Oetker, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, hrsg. Rudi Müller Glöge / Ulrich Preis / Ingrid Schmidt, 17. Auflage, C.H.Beck, 2017. § 1, Rn.152.

¹⁵⁴ Achim Lepke, “AIDS als Grund für eine Kündigung des Arbeitgebers”, *RdA*, Heft 2, 2000, s.89; Berkowsky, *Personenbedingte Kündigung*, s.403.

¹⁵⁵ Oetker, *KSChG* § 1, Rn.152; Lepke, s.91-92; Berkowsky, *Personenbedingte Kündigung*, s.403-404; Kılıçoğlu/Şenocak, s.368-369.

¹⁵⁶ Narmanlıoğlu, *İş Hukuku*, s.437.

¹⁵⁷ Sözer, s.115.

¹⁵⁸ Caniklioğlu, *Hastalık*, s.240-241.

terilebilir¹⁵⁹. Kanaatimizce özellikle işçinin temel haklarına müdahale teşkil edebilecek hükümlerin dar yorumlanması ve anılan örneklerdeki gibi istisnai vakıalara özgü anlaşılması isabetli olur¹⁶⁰.

4. Özel Yaşam Pratiklerinin Geçim Sıkıntısı Özelinde İş İlişisine Etkisi

a. Genel Olarak

İşçinin ücreti çoğunlukla hem kendisi hem de ailesinin tek geçim kaynağıdır. Hayat pahalılığının ve geçim sıkıntısının ülkemizin bir gerçeğine dönüştüğü nazara alındığında, ücretiyle yetinen işçinin üçüncü kişilere borçlanması giderek muhtemel hale gelmektedir. Unutulmamalıdır ki borçlanma, işçinin özel yaşam alanına dâhil olup, kural olarak tek başına geçerli fesih nedeni teşkil etmemektedir¹⁶¹. Ne var ki, işçinin geçim sıkıntısının iş ilişkisine yansıtacağı çeşitli ihtimallerin gündeme gelmesi de muhtemeldir. Gerçekten de, gerek İş K. md.18'in gerekçesi, gerekse yargı uygulaması incelendiğinde, işçinin çalışma arkadaşlarından veya üçüncü kişilerden borç istemesi, aşırı borçlanması ve ücretinin sık sık haczedilmesi gibi olgular, geçerli nedenle fesih rejiminin geçim sıkıntısı özelinde tartışılması gerekliliğini beraberinde getirmektedir.

b. İşçinin İşyerinde Rahatsızlık Yaratacak Şekilde Çalışma Arkadaşlarından Borç Para İstemesi

İş K. md.18'in gerekçesi incelendiğinde, “*işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek*”, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Dikkat edilecek olursa, gerekçede verilen örnek, işçinin borç “alması”na özgülenmemiş, borç “isteme” de işyerinde rahatsızlık mertebesine erişecek yoğunlukta ise geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmiştir¹⁶². Yine, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli feshin vukuu, tek başına “borç isteme” olgusuna da değil, bu olgunun işyerinde olumsuzluğa neden olması haline bağlanmaktadır¹⁶³.

Yargıtay uygulaması incelendiğinde de borç veren işçinin, borç alan işçiyi işverene şikâyet etmesi¹⁶⁴, alınan borcun iadesi hususunda işçiler arasında kavga çıkması¹⁶⁵, alınan borç karşılığında verilen senedin icra takibine konu

¹⁵⁹ Örnekler için bkz. Ertürk, *Hastalık*, s.20-21.

¹⁶⁰ Doktrinde “*derli toplu olmayan yaşayış*”a ilişkin düzenleme eleştiri konusu edilmekte ve ispat güclüğü karşısında, ilgili nedenin İş K. md.25 metninden çıkartılması gerektiği de ileri sürülmektedir. Eleştiriler için bkz. Ergin, *Sağlık*, s.110; Savaş, s.52.

¹⁶¹ Kabakcı/Baysal, s.469; Baysal, s.124; Vossen, KSchG § 1, Rn.334-335; BAG Urteil vom 15.10.1992 - 2 AZR 188/92, BeckRS 1992, 30742857.

¹⁶² Centel, *İş Güvencesi*, s.87; Keser, s.384.

¹⁶³ Centel, *İş Güvencesi*, s.87; Keser, s.384.

¹⁶⁴ Y. 9. HD., 2007/42720 E., 2008/20166 K., 14.07.2008 T.; Y. 9. HD., 2008/11046 E., 2009/1031 K., 02.02.2009 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

¹⁶⁵ Y. 9. HD., 2007/27707 E., 2008/7806 K., 08.04.2008 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

edilmesi ve işçilerin birbirleri aleyhine senetle ilintili olarak cezai takibat yoluna başvurmaları¹⁶⁶ gibi durumlar işyerinde olumsuzluğa sebep olan ve işçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih nedeni teşkil eden hallere örnek gösterilebilir.

c. İşçinin Ücretinin Haczedilmesi

İşçinin ücretinin haczedilmesi tek başına geçerli fesih nedeni teşkil etmez¹⁶⁷. Ne var ki, işçinin ücretinin *sık sık* haczedilmesi işyerinde olumsuzluklara sebep olabilir ve iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshine imkân sağlayabilir. Yargıtay uygulaması incelendiğinde de, icra işlemlerinin işyerinin muhasebe ve hukuk servislerinde ekstra iş yükü ve zaman kaybı yarattığı hallerde işçinin ücretinin sık sık haczedilmesinin geçerli fesih nedeni teşkil edeceği yönünde bir kanaatin hâkim olduğu görülecektir¹⁶⁸.

Yargıtay uygulaması, işçinin ücretinin sık sık haczedilmesi olgusunun işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedeni teşkil ettiği yönündedir. Bilindiği üzere, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerin varlığı, işçinin kusurunun bulunmasını şart koşturmakla, ihmali davranışlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁶⁹. Yüksek Mahkeme uygulamasından anlaşılan, işçinin ücretine sık sık haciz konulması, işçinin aşırı borçlanması veya borçlarını ödemesi şeklinde tezahür eden bir ihmale işaret etmektedir¹⁷⁰. Doktrinde, bu yorum tarzı kanaatimizce de isabetli şekilde eleştiri konusu edilmektedir. Buna göre; işçinin aşırı borçlanması yahut ücretinin sık sık haczedilmesi özel yaşam alanını ilgilendirmekte ve iş sözleşmesinin işçinin kusuru ile ihlal edilmesi gündeme gelmemektedir¹⁷¹. Yine, işverenin, işçinin ücreti üzerindeki hacizlerin kaldırılmasına ilişkin bir talimat verebileceği düşüncesi de kabul görmemeli, işle ilgili olmayan bu talimatın gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle de işçiye kusur izafesi mümkün olmamalıdır¹⁷². Ayrıca, işçinin ücretinin sık sık haczedilmesinin her halde muhasebe veya hukuk servislerinde ekstra bir zaman kaybı yarattığı da savunulamamalıdır. Zira, bu servislerin görevlerinden biri de ilgili kesinti veya yazışmaların yapılmasıdır. O halde, ispat yükü işverende

¹⁶⁶ Y. 9. HD., 2009/34443 E., 2010/34035 K., 22.11.2010 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

¹⁶⁷ Centel, İş Güvencesi, s.99-100; Kabakçı/Baysal, s.477; Y. 9. HD., 2015/30854 E., 2015/31326 K., 05.11.2015 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

¹⁶⁸ Bu yönde bkz. Y. 7. HD., 2014/21727 E., 2015/4223 K., 11.03.2015 T.; Y. 22. HD., 2012/1166 E., 2012/4296 K., 15.03.2012 T.; Y. 9. HD., 2008/9800 E., 2009/1012 K., 02.02.2009 T.; Y. 9. HD., 2008/3737 E., 2008/27673 K., 20.10.2008 T.; Y. 9. HD., 2008/13259 E., 2008/9242 K., 21.04.2008 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

¹⁶⁹ Artür Karademir/ Hakan Ekinci, *İşçilik Alacakları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.283.

¹⁷⁰ Şen, s.113.

¹⁷¹ Kabakçı/Baysal, s.469; Hergenröder, Rn.262.

¹⁷² Şen, s.113.

olmak üzere, ilgili iş yükü artışına yönelik iddianın somut verilerle ortaya konulması gerekmektedir¹⁷³. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2015 tarihli kararına konu olan ve işçinin ücretinin sık sık haczedilmesi nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiği olayda Yüksek Mahkeme işçi lehine hüküm kurmuştur¹⁷⁴. Somut olayda, davalı işveren, işçinin ücretine konulan hacizler nedeniyle işyeri organizasyonunun olumsuz etkilendiğini ileri sürmüştü, yerel mahkeme ise, bu bahiste değinilen Yargıtay uygulamasını zikrederek, işçinin işe iade talebinin reddine karar vermiştir. Yerel mahkemeye göre davalı işverenin muhasebe servisinde görevli çalışan, mesaisini davacının borçları ve hakkındaki icra işlemleri nedeni ile bu işlemlere harcamış, davacı işçinin borçlarını ödeyememesi işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisinin işveren açısından önemli ölçüde sürdürülme olanağı kalmamıştır. Yargıtay ise, doktrinde getirilen eleştirilere paralel olduğunu düşündüğümüz bir karara imza atmış, davacı işçinin davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı somut bir biçimde ispatlanması gerektiğini beyanla, yerel mahkeme kararını bozmuştur.

IV. SONUÇ

İş güvencesi kapsamındaki işçinin iş sözleşmesinin feshi geçerli nedenlerin varlığına bağlanmıştır. İşçinin özel yaşamının iş ilişkisine etkisi ise geçerli nedenler arasında sayılan işçinin “yeterliliği” ile “davranışları”nın tartışılmasını gerekli kılmaktadır. İşçinin yetersiz kabul edilmesi veya davranışlarının işin yürütümünü olumsuz etkilemesi halinde iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilecektir.

İş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi, işin yürütümünü etkileyen olumsuzlukların yanı sıra, bu olumsuzluğun fesihden daha hafif tedbirlerle giderilebilme imkânının olup olmadığı denetimini de zaruri kılmaktadır. Bu açıdan mümkün ise öncelikle ihtarda bulunulması ölçülülük ilkesinin de bir gereğidir. Aynı şekilde, işçinin temel haklarını ilgilendiren uyumsuzluğun taraf menfaatlerinin dengelenmesi suretiyle çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Yine, iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamayı hedef tutan bir hukuk rejiminde işçiden kaynaklanan nedenlerin fesih için adeta bir fırsat şeklinde değerlendirilmemesi; işverenin fesih işlemi ile meşru bir amaç takip etmesi gerekmektedir. Bu açıdan, işçinin sosyal açıdan uygun karşılanmayacak bir davranışı özel hayatını ilgilendirmekte ise iş sözleşmesinin salt bu davranış nedeniyle feshi, feshin geçerliliğini sonuçlamayacak iken, ilgili davranışın işin yürütümünü olumsuz etkilemesi halinde gerçekleştirilen feshin meşru bir amacı takip ettiği savunulabilecektir.

¹⁷³ Kabakçı/Baysal, s.476-477.

¹⁷⁴ Bkz. Y. 9. HD., 2015/30854 E., 2015/31326 K., 05.11.2015 T., www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 11.03.2017)

“Ölçülülük”, “ihtar”, “adil denge” ve “meşru amaç” kriterlerinin yanında “meşru beklenti” nosyonu da iş sözleşmesinin işçinin özel yaşamından kaynaklanan nedenlerle feshinde özel bir yer tutmaktadır. Bilindiği üzere, özel yaşam alanı bireyin mahremiyet alanıyla sınırlı bir çerçeveye hasredilemeyecek kadar görelî bir perspektiften incelenmektedir. Hal böyle olunca, özel yaşam kavramı, işçinin yalnızca konutunda gerçekleştirdiği yaşam pratiklerini içermemekte, iş yaşamına doğru genişlemektedir. Ancak, işçinin işyerinde özel yaşamına saygı gösterilmesini talep hakkının varlığı, bu hakkın korunacağına yönelik meşru bir beklentisinin bulunmasına bağlıdır.

Meşru beklenti nosyonu mevzuatta veya yüksek yargı uygulamasında tanımlanmamıştır. İlgili nosyon, bu çalışma itibarıyla, işçinin dürüstlük kuralı uyarınca özel yaşamının sınırlandırılmasını haklı gösterecek kadar ağır bir ihlalde bulunmadığı düşüncesine değer atfedilmesi gerekliliği ile birlikte kullanılmıştır. Gerçekten de mesele, işçinin sosyalleşme hakkı bağlamında çarpıcı bir hal almaktadır. Buna göre; işçinin çalışma arkadaşlarıyla veya astı yahut üstüyle yaşadığı gönül ilişkisinin, kayırma, otorite boşluğu ve benzeri olumsuzluklara sebep olmaması tek başına fesih sebebi kabul edilmemelidir.

Yukarıda anılan yorum tarzı işçinin iletişim özgürlüğü açısından da gündeme gelmektedir. Yargıtay uygulaması ile doktrinel açıklamalar, işçinin işyerindeki interneti özel amaçlarla kullanamayacağı, aksi halde geçerli fesih rejiminin işletilebileceği yönündedir. Bu çalışmada, anılan görüşün isabet kesbetmediği kanaatine varılmıştır. Buna göre; iş sözleşmesinin feshinde bizatihi özel amaçla internet kullanımının değil, işin ve işyerinin niteliği ile internet kullanımı nedeniyle zaman veya verim kaybının dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu yapılırken de internete erişimin temel haklarla birlikte anılması gereğinden ve Anayasa Mahkemesinin meşru beklenti nosyonunu zikrettiği uygulamasından yararlanılmıştır.

İşçinin özel yaşamı ile işverenin menfaatleri arasındaki çatışmanın fesih özelinde değerlendirilmesi, işçinin sadakat borcunun sınırlarını da tartışmaya açmaktadır. İşçinin işyerindeki konumu sadakat borcunun sınırlarını genişletebilmektedir. Öte yandan, bu çalışma itibarıyla tereddüt halinde işçinin temel haklarından yana bir tutum sergilenmesine yönelik doktrinel açıklamalar zikredilmiş ve bu düşünceden hareketle sınır durumlarında işçinin meşru beklentisini bertaraf edecek bir rıza veya bilgilendirmenin bulunmaması halinde, feshin geçersizlikle sonuçlanacağı savunulmuştur.

İşçinin özel yaşam alanına dâhil olan sağlık durumunun, özellikle hastalık nedeniyle devamsızlık veya alkol kullanımı açısından yasal düzenlemelerde yer bulması, bu iki başlığın da iş ilişkisine etkisini özel olarak değerlendirme gereksinimini beraberinde getirmiştir. Hastalığın bizatihi geçerli fesih nedeni

teşkil etmeyeceği, meselenin kanunda belirlenen hastalık nedenleri ile hastalığa bağlı devamsızlık sürelerinin ve hastalığın iş görme borcuna etkisi üzerinden tartışılması gerektiği tespitinde bulunulmuştur. Bu açıdan, özellikle “*derli toplu olmayan yaşayış*” irdelenmiş ve bu kavramın dar yorumlanması ve istisnai vakıalara özgü olması gerektiği savunulmuştur.

Bu çalışma kapsamında son olarak işçinin maddi gücü ile iş ilişkisi arasındaki ilişki incelenmiştir. Bu kapsamda, işçinin ücretinin sık sık haczedilmesi veya işçinin çalışma arkadaşlarından rahatsızlık yaratacak derecede borç istemesi olguları değerlendirilmiştir. Bir kısım Yargıtay kararı, haciz işlemlerinin işyerindeki muhasebe veya hukuk servislerine ek külfet getireceği, dolayısıyla işverenin iş ilişkisine devam etmesinin beklenemeyeceği yönündedir. Bu uygulama, doktrinde bizim de katıldığımız şekilde eleştiri konusu edilmektedir. Buna göre, haciz işlemlerinin işveren açısından her halde ek bir külfet yaratacağı görüşü kabul görmemelidir. Yine, Yargıtay uygulamasının aksine bu çalışmada, geçim sıkıntısı özelinde borçlanmanın işçinin kusuruna dayanmamasından ötürü davranıştan kaynaklanan fesih sebebi sayılmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

- Achim LEPKE, "AIDS als Grund für eine Kündigung des Arbeitgebers", *RdA*, Heft 2, 2000, s.87-94.
- Adem SÖZÜER, "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", *İÜHFİM*, C. LV, S.3, 1997, s.65-110.
- Ahmet KILIÇOĞLU, *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- Ahmet SEVİMLİ, "Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2013/1, s.107-147, (İşçinin Kişiliğinin Korunması).
- Ahmet SEVİMLİ, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, (Müdahalenin Sınırları).
- Ali Nazım SÖZER, *Hasta İşçinin İş İlişkisi*, Ege Üniversitesi, İktisat Fakültesi Sosyal Politika ve Çalışma Yönetimi Bölümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1981, <http://asozer.yasar.edu.tr/MAKALELER/HASTA%20ISCININ%20IS%20ILISKISI%20DOKTORA%20TEZ.DOC>
- Artür KARADEMİR / Hakan EKİNCİ, *İşçilik Alacakları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Artür KARADEMİR, "İşyerinde İnternetin Özel Amaçla Kullanımı ve İşverence Gözetlenmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. X, S.112, s.56-64.
- Arzu ARSLAN ERTÜRK, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Ayşen ALTINTEPE, *Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014.
- Bert HOWALD, "Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis", *ArbR*, Heft 8, 2013, s.195-198.
- Bilge ÖZTAN, *Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar*, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1999.
- Curt Wolfgang HERGENRÖDER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 7. Auflage, C.H.Beck, Band 4, Buch 2, Titel 8, KSchG § 1, 2016.
- Deniz DEMİR, "Karar İncelemesi: Haklı Neden-Geçerli Neden Ayrımı", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2007/3, s.15-32, (Karar İncelemesi).
- Deniz UGAN ÇATALKAYA, "Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence Ulaşılabilir Olmama Hakkı", *Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan*, C. II, Özel Sayı, İÜFM, 2016, s.737-755.
- Dilek DULAY, "İşverenin Gözetim Borcunun Kapsamına İşçinin Ahlaki Değerlerinin Korunmasının Gireceğini Öngören Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2016/1, s.263-274.

- Eda MANAV, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.
- Emine TUNCAY KAPLAN, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, *Sicil İHD*, S.24, 2011, s.40-53.
- Emine Tuncay SENYEN KAPLAN, *Bireysel İş Hukuku*, 7. Bası, Ankara, Gazi Kitabevi, 2015.
- Ercan AKYİĞİT, *İş Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ercan AKYİĞİT, *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, (İş Güvencesi).
- Erdem ÖZDEMİR, “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisi Etkileri Üzerine”, *Sicil İHD*, S.10, 2008, s.13-24, (İnternet ve İş Sözleşmesi).
- Fatma Burcu SAVAŞ, *İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011.
- Fevzi ŞAHLANAN, “İşyerinde İşverence Sağlanan Bilgisayarı İşle İlgisi Olmayacak Şekilde Kullanma-Haklı Fesih”, *Tekstil İşveren Dergisi*, S.383, 2012, s.2-4.
- Fevzi, DEMİR, “Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama”, *Legal İSGHD*, C. III, S.10, 2006, s.470-498, (Uygulama).
- Gaye Burcu YILDIZ, “İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi”, *Sicil İHD*, S.16, 2009, s.110-119.
- Gülây ARSLAN ÖNCÜ, *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul, Beta, 2011.
- Günther WIESE, “Internet und Meinungsfreiheit des Arbeitgebers, Arbeitnehmers und Betriebsrats”, *NZA*, Heft 1, 2012, s.1-8.
- Hakan KESER, *İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep*, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Haluk TANDOĞAN, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, *AÜHFD*, 1963, C. XX, S.1-4, s.1-36.
- Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU / Muhittin ASTARLI / Ulaş BAYSAL, *İş Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Hartmut OETKER, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, hrsg. Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, 17. Auflage, C.H.Beck, 2017.
- Hayrunnisa ÖZDEMİR, “İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, *EÜHFD*, C. XIV, S.1-2, 2010, s.231-270, (İşçinin Kişilik Haklarının Korunması).
- Hediye ERGİN “İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, *Sicil İHD*, S.34, 2015, s.71-87, (Sataşma).

- Hediye ERGİN, “İşyerinde Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi”, *Sicil İHD*, S.35, 2016, s.67-81, (Gönül İlişkisi).
- Hediye ERGİN, *İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi*, İstanbul, Beta, 2009, (Sağlık).
- Ingrid SCHMIDT, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, hrsg. Rudi Müller-Glöge/ Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, 17. Auflage, C.H.Beck, 2017, (ErfK GG Art.5).
- İbrahim AYDINLI, “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, *TÜHİS*, C. IXX, S.6, 2005, s.21-42.
- Jean-François AKANDJİ-KOMBE, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2008.
- Kenan TUNÇOMAĞ / Tankut CENTEL, *İş Hukukunun Esasları*, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2015.
- Kristina SCHMIDT, *Personalbuch 2016*, 23. Auflage, bgr. Wolfdieter Küttner, C.H.Beck, 2016, (Meinungsfreiheit).
- Mahmut KABAKCI / Ulaş BAYSAL, “İşçilerin İş Sözleşmeleri Haklarında Çok Sayıda İcra Takibi Bulunması Nedeniyle Feshedilebilir mi? - Bir Kamu İktisadi Teşebbüsünün Konuyla İlgili Genelgesi Üzerine Değerlendirme-“, *Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan*, C. I, Özel Sayı, *İÜHFİM*, 2016, s.465-479.
- Martin PRÖPPER / Martin RÖMERMANN, “Nutzung von Internet und E-Mail am Arbeitsplatz (Mustervereinbarung)”, *MMR*, Heft 8, 2008, s.514-518.
- Matthias DANN / Roland GASTELL, “Geheime Mitarbeiterkontrollen: Straf- und arbeitsrechtliche Risiken bei unternehmensinterner Aufklärung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 41, 2008, s.2945-2949.
- Mehmet Beşir ACABEY, “Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı”, *Journal of Yaşar University*, C. VIII, Özel Sayı, 2014, s.1-54.
- Mehmet Semih GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisi-ne Giriş*, 6. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007.
- Micheal FUHLROTT / Sönke OLTMANN, “Social Media im Arbeitsverhältnis - Der schmale Grad zwischen Meinungsfreiheit und Pflichtverletzung”, *NZA*, Heft 13, 2016, s.758-791.
- Mine KAYA, “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010/4, s.279-334.
- Murat DEMİRCİOĞLU / Tankut CENTEL, *İş Hukuku*, 19. Bası, İstanbul, Beta, 2016.
- Murat ŞEN, “Geçerli Fesih Nedeni Olarak Ücrete Sık Sık Haciz Konulması (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde)”, *Sicil İHD*, S.13, 2009, s.101-116.
- Mustafa DURAL / Tufan ÖĞÜZ, *Türk Özel Hukuku C. II: Kişiler Hukuku*, 17. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

- Mustafa KILIÇOĞLU / Kemal ŞENOCAK, *İş Güvencesi Hukuku*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007.
- Müjdat ŞAKAR, *İş Hukuku Uygulaması*, 11. Bası, İstanbul, Beta, 2016.
- Nezihe Binnur TULUKÇU, *İş Güvencesi İşe İade*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Nuri ÇELİK / Nurşen CANIKLIOĞLU / Talat CANBOLAT, *İş Hukuku Dersleri*, 29. Bası, İstanbul, Beta, 2016.
- Nurşen CANIKLIOĞLU, *Hastalık ve Sakatlığın İş Akdine Etkisi*, İstanbul, Beta, 2002, (Hastalık).
- Orin S. KERR, "Katz Has Only One Step: The Irrelevance of Subjective Expectations", *The University of Chicago Law Review*, volume 82/113, s.113-134.
- Ozan ERGÜL, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, C. I, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013, s.433-487.
- Öner EYRENCİ / Savaş TAŞKENT / Devrim ULUCAN, *Bireysel İş Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, Beta, 2016.
- Polat SOYER, "Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi", *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları*, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s.165-203.
- Reinhard VOSSSEN, *Kündigungrecht*, hrsg. Reiner Ascheid/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt, 5. Auflage, C.H.Beck, 2017.
- Renate DENDORFER-DITGES, *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, hrsg. Wilhelm Moll, 4. Auflage, C.H.Beck, 2017.
- Reyhan SUNAY, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S.1, 2015, s.9-52.
- Roland REINFELD, *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, hrsg. Wilhelm Moll, 4. Auflage, C.H.Beck, 2017.
- Rolf WANK, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, hrsg. Reinhard Richardi/Hellmut Wißmann/Otfried Wlotzke/Hartmut Oetker, 3. Auflage, C.H.Beck, 2009.
- Rona SEROZAN, *Medeni Hukuk*, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Sarper SÜZEK, "İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih", *A. Can Tuncay'a Armağan*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s.565-586, (Geçerli Fesih).
- Sarper SÜZEK, *İş Hukuku*, 12. Bası, İstanbul, Beta, 2016, (İş Hukuku).
- Serap HELVACI / Fulya ERLÜLE, *Medeni Hukuk*, 4. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.
- Serap HELVACI, *Gerçek Kişiler*, 7. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, (Gerçek Kişiler).
- Serap HELVACI, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul, Beta, 2001, (Koruyucu Davalar).

- Sezgi ÖKTEM SONGU, “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, *DEÜHFD*, C.15, Özel Sayı, 2013, s.609-650, (İfade Özgürlüğü).
- Sezgi ÖKTEM SONGU, “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, C. I, İstanbul, Beta, 2011, 1057-1098, (Değerlendirme).
- Stefan ERNST, “Der Arbeitgeber, die E-Mail und das Internet”, *NZA*, Heft 11, 2002, s.585-591.
- Steven PENNEY, “Reasonable Expectations of Privacy Novel Search Technologies: An Economic Approach”, *Journal of Criminal Law and Crimonology*, Northwestern University, volume 97/2, 2007, s.477-529.
- Şeref GÖZÜBÜYÜK / Kemal, GÖZLER, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- Şükran ERTÜRK, “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV, S.2, 2002, s.1-25, (Hastalık).
- Şükran ERTÜRK, *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, (Temel Haklar).
- Tankut CENTEL, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, *Sicil İHD*, S.24, 2011, s.13-18, (İşçinin Kişiliğinin Korunması).
- Tankut CENTEL, *İş Güvencesi*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013, (İş Güvencesi).
- Timothy CASEY, “Electronic Surveillance and the Right to be Secure”, *University of California Davis Law Review*, Volume 41, 2008, s.977-1033.
- Ufuk AYDIN, “İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları”, *Sicil İHD*, S.18, 2010, s.232-243.
- Ulaş BAYSAL, *İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011.
- Ursula KILKELLY, *The Right to Respect for Private and Family Life-A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Handbooks*, No.1, 2003.
- Ünal NARMANLIOĞLU, “Kanuna Aykırı Olarak Yapılmış Bildirimsiz Feshin İş Güvencesi Prosedürü İçinde Kanuna Uygun Fesih Bildirimine Dönüşmesi (Kanuna Aykırı Olduğu Anlaşılan Bir Feshin Mahkeme Kararıyla Kanuna Uygun Sayılması)”, *Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan*, Özel Sayı, C. I, İÜHFM, 2016, s.551-569, (İş Güvencesi).
- Ünal NARMANLIOĞLU, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Bası, İstanbul, Beta, 2014, (İş Hukuku).
- Wilfried, BERKOWSKY, “Die Personenbedingte Kündigung”, *NZA-RR*, Heft 9, 2001, s.449-461, (Personenbedingte Kündigung).

Wilfried, BERKOWSKY, “Verhaltensbedingte Kündigung”, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. Reinhard Richardi/Hellmut Wißmann/Otfried Wlotzke/Hartmut Oetker, C.H.Beck, 2009, (Verhaltensbedingte Kündigung).

Zahit İMRE, Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1980.

Zeki OKUR, “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Kamu İş, C. VIII, S.4, 2006, s.1-47, (Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü).

Zeki OKUR, “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişisine Etkisi”, Kamu İş, C. VIII, S.2, 2005, s.47-75, (Özel Amaçlı Kullanım).

Zeki OKUR, “Yeni Teknoloji ve İş Hukuku”, Çimento İşveren Dergisi, C. XX, S.3, 2006, s.4-19, (Yeni Teknoloji).

Zeki OKUR, İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011, (Elektronik Gözetleme).

Cinsel Yönelime İlişkin Yaşam Tarzına Müdahalenin TCK Bakımından Değerlendirilmesi^(*)

The Assessment of Intervention to Lifestyle Related to Sexual Orientation According to TPC

*Arş. Gör. Ezgi CANKURT^(**)*

Özet

Mevzuatımızda cinsel kimlik yahut cinsel yönelime yönelik nefret saikiyle gerçekleştirilen şiddet fiillerine yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak cinsel kimlik yahut cinsel yönelime yönelik nefret saikiyle gerçekleştirilen şiddet davranışları - madde metninde nefret saikiyle bu suçun işlenmesi aranmadığını da belirterek- TCK m.115/3 kapsamında cezalandırılabilir. Hiç kimse kendi ahlaki anlayışını ve hayat görüşünü bir başkasına zorla dayatma hakkına sahip değildir. Herkesin anayasada yer alan temel hakları ve yükümlülükleri vardır. Bireyler, doğumdaki cinsiyetlerine uygun yaşamak zorunda değildir ve benimsediği cinsiyetini, dış görünüş ve yaşam tarzı çerçevesinde yaşaması, bu bireylerin anayasal hakkıdır. Kaldı ki; Türk Ceza Kanunu (TCK) m.115/3 kapsamında düzenlenen suç tipi ile bireyin kendi kaderini tayin hakkı kapsamında yaşamını şekillendirebilme hakkı ve insan onuru da korunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Yaşam Tarzına Müdahale Suçu, Cinsel Kimlik, Cinsel Yönelim, Kişinin Kendi Kaderini Tayin Hakkı, İnsan Onuru.

Abstract

In our legislation, there is no specific regulation regarding acts of violence carried out with hate motives according to sexual identity or sexual orientation. However, violent behaviors with hate motives for sexual identity or sexual orientation - look at the fact that this crime is not demanded with hate motive in the text of the article - punishable under article 115 / 3 of Turkish Penal Code (TPC). No one has the right to impose his own moral understanding and life on another person by force. Everyone has fundamental rights and obligations in the Constitution. Individuals do not have to live up to the genders of birth. Living their adopted genders within the framework of appearance and lifestyle, is the constitutional right of these individuals. Moreover; in the type of offense Article 115/3 of TPC, the right of the individual to shape his / her life within the right to self-determination and the human dignity are also protected.

Keywords

Lifestyle Intervention Crime, Sexual Identity, Sexual Orientation, The Right to Self-Determination, Human Dignity.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

^(**) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ezgicankurt@beykent.edu.tr

GİRİŞ

İnsan hakları kişinin gerçekte olduğu gibi yaşayabilme, bu şekilde hayatını şekillendirebilme hakkını da kapsamaktadır¹. Açık yahut örtülü ekonomik anlamda da dahil olmak üzere herhangi bir baskı görmeksizin kişinin kendi kaderini tayin hakkı ve insan onuru ile direkt bağlantılı olan cinsel yönelime ilişkin yaşam tarzı, devletler tarafından da uluslararası sözleşmeler kapsamında güvence altına alınmıştır. Bu nedenle kişilerin cinsel kimliklerini dilediği gibi açıklayabilme ve bunları yaşayabilme haklarının herhangi bir engelleme-ye tabi tutulması eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

LGBTİ² kişilere karşı işlenen suçlar *“Homofobi ve transfobi tarafından motive edilen şiddet çoğu zaman özellikle acımasızdır ve bazı durumlarda nefret suçlarının ötesinde bir zulüm derecesi ile karakterizedir.”* Birleşmiş Milletler; dünyanın her yerinden, LGBTİ olarak algılanan bireylere karşı işlenen fiziksel ve psikolojik kötü muamaleye dair raporlar almaya devam et-

¹ Yazarın cinsel kimlik çeşitliliklerinden kastettiği “normdan sapma gösteren” pedofili ve zoofiliyi kapsamadığını da açıkça belirtmemiz gerekmektedir. Ayrıca açıklamalar için bkz. Vanessa BAIRD, *Cinsel Çeşitlilik, Yönelimler, Politikalar, Haklar ve İhlaller*, 2.Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2017, s.17.

² LGBTİ fahiş bir kavramdır. Açılımı **lezbiyen**, **gay**, **biseksüel** ve **transeksüel** kelimelerinin baş harflerinden oluşmaktadır. <http://www.haberturk.com/yasam/haber/1254046-lgbt-nedir-acilimi> (Erişim Tarihi: 28.02.2018). Sözlükte gey *“Eş cinsel erkek”* olarak; lezbiyen *“Kendi cinsinden kimseyle cinsel ilişkide bulunan kadın”* yani eş cinsel kadın olarak tanımlandığını görmekteyiz. Bkz. Türk Dil Kurumu http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_content&view=frontpage&Itemid=1 (Erişim Tarihi: 28.02.2018). İnterseks durumu, *“cinsiyet özellikleri açısından çeşitlilikler”i içine alan bir kavram* olarak tanımlanmaktadır. Bkz. *İçişleri Bakanlığı için LGBT Hakları El Kitabı*, http://www.kaosgildernegei.org/resim/yayin/dl/icisleri_bakanligi_icin_lgbt_haklari_el_kitabi.pdf (Erişim tarihi: 10.02.2018), s.14. Tıp Sözlüğünde ise interseksin *“Her iki cinsiyette anatomik özelliklere sahip olan veya dış genitalleri normal erkek veya kadın için belirsiz veya uygunsuz olan herhangi bir kişi”* olarak tanımlandığını da görmekteyiz. Mosby's Medical Dictionary, 9th edition. © 2009, Elsevier. <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/intersex> (Erişim Tarihi: 06.03.2018). Ancak interseks için daha geniş bir tanım şöyle de ifade edilmektedir: *“İnterseks, bir kişinin üreme veya cinsel anatomisiyle doğduğu, kadın veya erkeğin tipik tanımlarına uymadığı çeşitli koşullar için kullanılan genel bir terimdir. Örneğin, bir kişi dışarıdan kadın gibi doğmuş olabilir, ancak içeride çoğunlukla erkek tipi anatomiyi sahiptir. Veya bir kişi her zamanki erkek ve dişi tip arasında bulunan gibi görünen cinsel organlarla doğabilir”*. http://www.isna.org/faq/what_is_intersex (Erişim Tarihi: 07.03.2018). Öte yandan Alman Anayasa Mahkemesinin bebeklerin doğum belgelerine ilişkin olarak verdiği bir kararda ebeveynlerin interseks çocuklarını üçüncü cinsiyet olarak yazdırmalarına izin vermiştir. <http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41923916> (Erişim Tarihi: 01.12.2017). Transgender ise *“her hangi bir cerrahi müdahale geçirmiş yada geçirmemiş kadın veya erkeklerden biyolojik cinsiyetine ve görünümüne bir şekilde müdahale edenlerin tamamını kapsayacak şekilde, İngilizce bir tanımlama olup Türkçe'deki travesti ve transeksüel tanımlamalarının ikisini de kapsar. İngilizcede LGBT kısaltmasındaki T'dir.”* Bkz. <http://www.kaosgildernegei.org/belge.php?id=sozluk> (Erişim Tarihi: 28.02.2018). Queer terimi tam olarak LGBTİ karşılığı olarak kullanılmamaktadır. Queer esasında politik bir kavramı temsil eder. Toplumsal cinsiyet kalıplarının dışına çıkan cinsel kimlikleri queer olarak nitelendirenler de bulunmaktadır. Bkz. İlkay ÖZKÜRALPLI, *“Queer Teori”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları*, Hz. Feryal Saygılıgil, 1. Baskı, Dip Not Yayınları, Ankara, 2016, s.224. Genellikle queer teori, karşıtıdan tanımlanabilir. Daha detaylı açıklamalar için bkz. Sibel YARDIMCI/Özlem GÜÇLÜ, *“Giriş: Queer Tahayyül”, Queer Tahayyül*, Ed. Sibel YARDIMCI/Özlem GÜÇLÜ, 2. Baskı, Sel Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.18.

mektedir. LGBTİ bireyler şiddetin hedefi olma ve aynı zamanda aileleri ve toplum tarafından dışlanma riski taşımaktadır³. Bu nedenlerle LGBTİ topluluğunun, toplum içerisinde homofobik şiddete maruz kalmasının önlenmesi ve buna yönelik soruşturmaların etkin bir şekilde yapılması da devletin yükümlülükleri arasındadır⁴. Hatta 2001 yılında Birleşmiş Milletler uzmanları tarafından yayımlanan bildiri ile LGBTİ topluluklarına insan hakları ihlallerini BM'e bildirebileceklerine ilişkin çağrı yapılmıştır. Bu bildiriden sonra BM tarafından cinsel kimlik/cinsiyet kimliği⁵ haklarına gösterilen ilgi daha da artmıştır⁶. Hatta 7 Mart 2012 tarihinde BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon, İnsan Hakları Konseyi'ne yönelik yaptığı açıklamada "*Bazıları cinsel yönelimin ve cinsel kimliğin hassas konular olduğunu söylüyor. Anlıyorum. Benim kuşağımın çoğunda olduğu gibi, bu konular hakkında konuşmaya da başladım. Ancak konuşmayı öğrendim, çünkü hayatlar tehlikeye girdi, ve her yerde herkesin haklarını korumak Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi altındaki görevimizdir*" cinsel kimlik haklarının öneme vurgu yapmıştır⁷.

Eşcinsellik, daha doğru bir ifadeyle yetişkinler arası rızaya dayalı heteroseksüel olmayan cinsel yönelimler hukukumuzda suç olarak tanımlanmamaktadır. Hukuken geçerli rızaya dayalı yetişkinler arası cinsel ilişkiler herhangi bir cinsel kimlik tanımı yapılmaksızın hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu nedenle homofobik, transfobik yaklaşımlar ile gerçekleştirilen nefret saikli farklı cinsel yönelime sahip bireylere yönelik şiddet fiilleri haksız tahrik kapsamında değerlendirilemez.

LGBTİ bireylere yönelik nefret saikli hukuka aykırı fiillerin ayrıca mevzuatımızda düzenlenmesi de önerilebilir. Günümüzde uluslararası sözleşme ve uluslararası örgütlerin tavsiye kararlarında Cinsel Yönelim Ayrımcılığı artık yaygın biçimde ele alınmaktadır. İmzacı olduğumuz uluslararası sözleşmeler uyarınca ve üye olduğumuz uluslararası örgütler tarafından özellikle Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi tarafından da alınmış tavsiye kararları bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'nin Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı şiddet ve ayrımcılığa karşı koruma hakkındaki 30 Haziran

³ <https://journalistsresource.org/studies/international/human-rights/global-discrimination-against-lgbt-persons-2015-united-nations-report> (Erişim tarihi: 10.02.2018).

⁴ BAIRD, s.138.

⁵ Cinsel kimlik terimini tercih edilmesinin de esasında queer teoriye tamamen zıt olduğunu ve insan hakları noktasında cinsel kimlik olarak kategoriler yaratılmasının da özünde ayrımcılık olup olmadığını ele almak gerekmektedir. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi için özellikle queer teori içerisinde yer alan terimlere değinmediğimi, en azından yazının ana konusunun ceza hukuku kapsamında kalınması gerektiğini düşündüğüm için girmediğimi belirtmek isterim. Konuya ilişkin olarak eleştiriler için Aaron Swartz'in açıklamalarını aktaran ÖZKÜRALPLİ, s.226-227.

⁶ BAIRD, s.21.

⁷ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx> (Erişim tarihi: 16.02.2018).

2016 tarihli A/HRC/RES/32/2 sayılı, - İnsan hakları, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği hakkındaki 17 Haziran 2011 tarihli A / HRC / RES / 17/19 sayılı ve İnsan hakları, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği hakkındaki 26 Eylül 2014 tarihli - A / HRC / RES / 27/32 kararları bu bakımdan önemlidir⁸. “*BM Genel Kurulu da 2017 yılında bağımsız uzmanın hazırladığı cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı şiddet ve ayrımcılığa karşı korumayla ilgili raporunda herkesin bir tür cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliğinin olduğunu hatırlatarak, gerçek veya algılanan cinsel yönelimi ve/veya cinsiyet kimliği belirli bir toplumsal normdan farklı olan insanların dünyanın birçok yerinde şiddet ve ayrımcılığın hedefi olmasının vicdana aykırı olduğunu kabul etmiştir. Rapor, eşcinselliğin hastalık olarak görülmemesine (depathologization) bağlı olarak damgalamadan vazgeçilmesi (destigmatization) gerektiğine de vurgu yapmıştır.*”⁹

Öncelikle cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim temelli nefret ve ayrımcılık İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3. Maddesi ile Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6. ve 9. Maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir¹⁰. Ayrıca halihazırda imzacı olduğumuz İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İstanbul Sözleşmesi kapsamında da cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli nefret ve ayrımcılık bakımından düzenlemeler bulunmaktadır. İlk kez Türkiye tarafından imzalanan İstanbul Sözleşmesi cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim temelli ayrımcılığı yasaklayarak kadınlara yönelik toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden kaynaklanan tüm şiddet fiillerini yasaklamaktadır¹¹. Halihazırda İHAS m.14 kapsamında cinsiyet de dahil olmak üzere her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır. Örneğin *Dudgeon v. Birleşik Krallık* (AİHM Kararı-Başvuru No: 7525/76- 2 Ekim 1981-Strasbourg) davasında eşcinsel ilişkileri yasaklayan kanunu İHAS m.8/1 kapsamında özel hayata saygı gösterilmesi hakkına aykırı bulmuştur¹².

Öte yandan üye olduğumuz uluslararası örgütler bünyesinde farklı cinsel yönelimlere yönelik nefret saikli şiddeti önlemek, ayrımcılığı ortadan kaldırmak için henüz imzalamadığımız yahut onaylamadığımız uluslar arası metinler de bulunmaktadır. Örneğin Yogya Karta İlkelerinden Kişinin güvenlik hakkına yönelik 5. İlkesi uyarınca “*Cinsel yönelimine veya cinsiyet kimliğine bakılmaksızın herkesin güvenlik hakkı mevcuttur ve ister hükümet yetkililerinden ister bir kişi veya gruptan kaynaklansın herkes şiddete veya fiziksel*

⁸ Kararların orijinal metinleri için bkz <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTUNResolutions.aspx> (Erişim tarihi: 07.03.2018).

⁹ Anayasa Mahkemesinin 29/11/2017 Tarihli ve E: 2015/68, K: 2017/166 Sayılı Kararı ve karşı oy için bkz R.G. Tarih - Sayı 20.2.2018 - 30338 <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/02/20180220-5.pdf> (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

¹⁰ HERKES ÖZGÜR VE EŞİT DOĞAR, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği*, 2013, Birleşmiş Milletler, s.14, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqual_Turkish.pdf (Erişim Tarihi: 10.02.2018).

¹¹ İçişleri Bakanlığı için *LGBT Hakları El Kitabı*, s.28-29.

¹² İçişleri Bakanlığı için *LGBT Hakları El Kitabı*, s.30-31.

yararlanmalara karşı Devlet'in koruması altındadır."¹³ Yogya Karta İlkeleri ile "... herkesin cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği esaslı ayrımcılığa tabi olmaksızın tüm insan haklarından yararlanma hakkının mevcut olduğu, kanunların cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği ayrımcılığını yasaklayacağı ve bu tür ayrımcılığa karşı herkesi eşit şekilde koruyacağı belirtilmiştir."¹⁴

İHAS Ek 12 No.lu Protokol ile gerçekleştirildiği iddia edilen herhangi bir ayrımcılığı, İHAS ile korunan bir hakkı ihlal edip etmediğine bakılmaksızın İHAM'a taşıma hakkı vermektedir¹⁵. Bu da cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim hakları bakımından önemli bir gelişmedir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temellerinde Ayrımcılıkla Mücadeleye Dair Önlemler ile ilgili CM/Rec(2010)5 sayılı ve 31 Mart 2010 tarihli Tavsiye Kararı'nda da "Nefret suçları" ve diğer nefret saikli olaylar kapsamında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli nefrete ilişkin şiddet fiilleri bakımından etkin soruşturma yapılmasının üye devletlerin sorumluluğu olduğuna vurgu yaparak; bunlara ilişkin Üye devletler yaptırımları belirlerken, Cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği ile ilgili saiki, ağırlaştırıcı bir durum olarak dikkate alınmasını tavsiye etmektedir¹⁶.

Görülmektedir ki; LGBTİ kişilerin insan haklarını korumak için Devletlerin temel yasal yükümlülükleri; bireyleri homofobik ve transfobik şiddetten korumak, işkence ve zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyi önlemek, eşcinsellik ve transseksüelliği suç haline getiren yasaları kaldırmak, cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılığı yasaklamak ve son olarak tüm LGBTİ bireyler için ifade özgürlüğünün ve barışçıl toplantının korunması olarak sayılabilir¹⁷. Çünkü bireylerin cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim hakları da onların vazgeçilmez insan haklarından. Ancak cinsel yönelim temelli ayrımcılık, dışlama ve şiddet; gelişmiş ülkeler de dahil olmak üzere yaygın bir şekilde görülmektedir¹⁸. Bireylerin insan hakkına

¹³ "Yogyakarta İlkeleri İşigında Türkiye'de Mevzuat ve Ayrımcılık" http://www.kaosgldernegi.org/resim/yayin/dl/de_mevzuat_ve_ayrimcilik.pdf (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

¹⁴ Anayasa Mahkemesinin 29/11/2017 Tarihli ve E: 2015/68, K: 2017/166 Sayılı Kararı ve karşı oy için bkz R.G. Tarih - Sayı 20.2.2018 - 30338 <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/02/20180220-5.pdf> (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

¹⁵ *İçişleri Bakanlığı için LGBT Hakları El Kitabı*, s.26-28.

¹⁶ Recommendation CM / Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec\(2010\)5&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec(2010)5&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true) (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

¹⁷ Combatting discrimination based on sexual orientation and gender identity <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx> (Erişim tarihi: 16.02.2018).

¹⁸ Lotta Samalius / Erik Wagberg, *A Study of Policy and Administration Sexual Orientation and Gender Identity Issues in Development*, SIDA, 2005, https://www.sida.se/contentassets/77a0ee7f307a4ff49fa0514d080748dc/sexual-orientation-and-gender-identity-issues-in-development_718.pdf (Erişim tarihi: 10.02.2018), s.16-17.

yönelik her bir ihlal, hakları ihlal edilen bireyin insani değerlerden yoksun olduğunu kabul etmek veya onu “insandan daha az değerli”¹⁹ addetmek anlamına gelecektir.

Uzman raporlarına göre homofobik nefret suçları ve olayları çoğu zaman yüksek derecede bir zulüm ve acımasızlığa işaret etmektedir ve ölümle sonuçlanma ihtimalleri de yüksektir²⁰. Trans kadınların fiziksel şiddete maruz kalma oranı, diğer kadınlara göre 1.6 kat daha fazla olduğu belirtilmektedir²¹. Human Rights Campaign’e göre ABD’de 2017 tarihinde 25 transseksüel öldürülmüştür²². Türkiye’de ise Ocak 2010 - Haziran 2014 tarihleri arasında LGBTİ bireylere yönelik 41 nefret cinayeti rapor edilmiştir²³.

1. KAVRAMLAR

Cinsiyet kimliği, bir kişinin bireyin cinsiyetine ilişkin içsel bir bakış açısını²⁴, “erkek ya da kadın olmaya ilişkin psikolojik duyum”u ifade etmektedir ve kişi dış görünüşü, bedensel ifadeleriyle yahut cerrahi yöntemler ile bunu yeniden şekillendirebilir²⁵. Esasında cinsiyet kimliğinin sadece kadın veya erkek olarak değil, LGBTİ bireylerin de haklarını kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerekir²⁶. “Belli bir cinsiyetteki bireylere

¹⁹ “To violate someone’s human rights is to treat that person as less than a human being.” Bkz. Samalius / Wagberg, s.14.

²⁰ Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe https://www.coe.int/t/commissioner/source/lgbt/lgbtstudy2011_en.pdf (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

²¹ https://www.amnestyusa.org/pdfs/toolkit_transviolence.pdf (Erişim tarihi: 15.02.2018).

²² <https://www.nytimes.com/2017/11/09/us/transgender-women-killed.html> (Erişim tarihi: 15.02.2018).

²³ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi’ne, Evrensel Periyodik İnceleme Çalışma Grubunun 21. oturumu kapsamında Kaos GL Derneği, LGBTI News Turkey ve Uluslararası Gey ve Lezbiyen İnsan Hakları Komisyonu (IGLHRC) (Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi [ECOSOC] üyesi) tarafından ortak olarak sunulan rapor için bkz. <https://lgbtinewsturkey.files.wordpress.com/2014/11/epi-lgbt.pdf> (Erişim tarihi: 14.02.2018); SPoD 2012 Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İhlalleri İzleme Raporuna göre; “2012 yılı boyunca; 6 trans, 5 gey nefret cinayeti, 10 nefret saldırısı (6 ayrı olayda bıçak, satır gibi kesici alet kullanılarak), 3 linç tehdidi, 3 işkence ve kötü muamele, 1 aile içi şiddet, 1 tecavüz ve 1 internet üzerinden saldırı vakası medyaya yansımıştır” bkz. 2012 Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İhlalleri İzleme Raporu, SPoD Hukuk ve Adalet (Erişim Kitaplığı 2, İstanbul, 2013, http://www.spod.org.tr/docs/hak_ihlal-son-1.pdf (Erişim Tarihi: 26.02.2018).

²⁴ <https://www.justice.gov/sites/default/files/ovw/legacy/2014/06/20/faqs-ngc-vawa.pdf> (Erişim Tarihi: 15.02.2018).

²⁵ İçişleri Bakanlığı için LGBT Hakları El Kitabı, s.11-12; “Cinsiyet kimliği, her bireyin, doğuştan gelen cinsiyetine uygun düşün düşmesin, dış görünüşün veya bedensel işlevlerin tıbbi, cerrahi veya başka yöntemlerle iradi değişikliklerini de içerebilecek bedensel bilinç, giyim kuşam, söz ve davranışlar da dahil olmak üzere, özel ve kişisel cinsiyetini duyumsama ve yaşama olarak anlaşılmalıdır.” S.3 dip not 2 http://www.rightsagenda.org/attachments/479_Yogyakarta%20%C4%B0lkeleri.pdf (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

²⁶ Samalius / Wagberg, s.12.

karşı süregelen derin duygusal, romantik ve cinsel çekim" ise Cinsel Yönelim²⁷ olarak ifade edilir ve eşcinsellik, heteroseksüellik ve biseksüellik olarak gruplandırılır²⁸. Transeksüel ise, cinsiyet kimliği doğumda kişinin atandığı cinsiyetinden farklı bir kişiyi tanımlamak için kullanılabileceği de anlaşılmaktadır²⁹.

Esasında Cinsiyet, kişinin biyolojik yapısına daha doğru bir ifade ile bedenine ilişkin bir kavram iken (Örneğin kadın, erkek, interseks); toplumsal cinsiyet, açıkça toplumda kişinin ne olarak görüldüğüne ilişkin bir kavramdır (Örneğin kadın, erkek, transgendered)³⁰. Toplumsal cinsiyet esasında fiziksel niteliklere göre değil, toplumun oluşturduğu normlara göre kişileri kategorize eder. Esasında erkek ve kadınlara yönelik toplum tarafından oluşturulan görevlere göre ayırım yapmaktadır³¹.

Toplumsal cinsiyet ilişkilerinin, sosyal sistemlerden ayrı tutmak mümkün olmadığı doktrinde savunulmaktadır³². Heteroseksüel normların dışına çıkmak yahut "*sapmak*" genellikle tehdit olarak algılanmaktadır. Bunun nedeni de cinsel kimliklere yönelik geleneksel algıların oluşturduğu kalıplaşmış normlara bir başkaldırı olarak görülmesidir. Bu nokta homofobik yaklaşımların toplumsal cinsiyet ile bağlantısı olduğunu da gözler önüne sermektedir³³. Öte yandan cinsiyetçi kalıplara yönelik tepkiler, eşcinseller arasında daha fazla olduğu da gözlemlenmiştir³⁴. Esasında eşcinsellik başlı başına toplumsal düzen için tehdit oluşturmaz. Çünkü birçok sosyal düzende gizli eşcinsellik görmezden gelinir. Ancak cinsiyet kimliği için birliktelik oluşturan oluşumlar, artık sosyal veya sınıfsal bir düzleme ulaşırsa gerçek anlamda tehdit olarak hissedilmektedir. Çünkü insanlar cinsel çoğulculuğu desteklediklerinde, örtük olarak toplumsal ve siyasi çoğulculuğu da desteklemiş" olacaktırlar³⁵.

²⁷ "Cinsel yönelim, bireyin, kendi cinsine, karşı cinse veya birden fazla cinse karşı derin duygusal, romantik ve cinsel eğilim duyma ve bu cinsten bireylerle mahrem ilişkilerde ve cinsel ilişkide bulunma yeteneği olarak anlaşılmaktadır." S.3 dip not 1 http://www.rightsagenda.org/attachments/479_Yogyakarta%20%C4%B0lkeleri.pdf (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

²⁸ "Kişinin kendi cinsiyetinden birine yönelmesi eşcinsellik, kişinin karşı cinsiyetten birine yönelmesi heteroseksüellik, kişinin her iki cinsiyete de yönelmesi biseksüellik olarak ifade edilir." Bkz. *İçişleri Bakanlığı için LGBT Hakları El Kitabı*, s.11

²⁹ <https://www.justice.gov/sites/default/files/ovw/legacy/2014/06/20/faqs-ngc-vawa.pdf> (Erişim Tarihi: 15.02.2018).

³⁰ Baird, s.18.

³¹ Aysel Günindi Ersöz, *Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi*, 1. Baskı, Anı Yayıncılık, Ankara, 2016, s.21.

³² Hale Bolak Boratav / Güler Okman Fişek / Hande Eslen Ziya, *Erkekliğin Türkiye Halleri*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s.42.

³³ Baird, s.87.

³⁴ Boratav/Fişek/Ziya, S.43.

³⁵ Jeffrey Weeks'in görüşünü aktaran Baird, s.89.

2. TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ YASAL DÜZENLEME

Gerçek ya da algılanan cinsel yönelimi ve/veya cinsiyet kimliğine yönelik düzenlemeler uluslararası alanda da yer almaya başlamıştır. Türkiye'nin ilk imzacı olduğu İstanbul Sözleşmesi "*cinsel yönelim*", "*cinsiyet kimliği*" ibarelerini sözleşme metninin içinde kullanan ilk uluslararası sözleşme olarak nitelendirilmektedir³⁶. Öte yandan ülkemiz açısından yasalarımızda "*cinsel yönelim*", "*cinsiyet temelli ayrımcılık*" yahut "*cinsel kimlik*" vurguları bulunmamaktadır. Ancak LGBTİ bireylerin cinsel kimlikleri temelli yaşam tarzı, mevzuatımızda "*açıkça*" ahlaka aykırı olarak da nitelendirilmemiş ve suç olarak da kabul edilmemiştir. Bu nedenle LGBTİ bireylerin mevzuatta yer almayan uygulamalara tabi tutulması da açıkça eşitlik ilkesine aykırıdır.

Örneğin ABD'de Matthew Shepard ve James Byrd, Jr, 2009 tarihli Nefret Suçları Önleme Yasasının³⁷ 249. Maddesi, gerçek veya algılanan cinsel kimliğe yönelik nefret suçlarını önlemeyi hedeflemektedir. Ancak madde geçen algılanan cinsel kimlik terimi oldukça önemlidir. Böylelikle bireyin kendisini tanımladığı biçimde yaşaması korunmaya sağlanmaktadır³⁸. VAWA³⁹, "cinsiyet" tanımını James Byrd Jr. Nefret Suçları Önleme Yasası 18 U.S.C. § 249 (c) (4)'dan almaktadır⁴⁰. VAWA'ya göre de; "Cinsiyet kimliği" "gerçek veya algılanan cinsiyete ilişkin özellikler" anlamına gelmektedir⁴¹. VAWA'nın yeniden yetkilendirilmesi, LGBTİ mağdurların uzun zamandır ihtiyaç duyduğu ve hak ettiği hizmetleri tanımaktadır⁴². Özellikle aile içi şiddet kapsamında, mağdurun toplumsal cinsiyetçi bakış açısından uzaklaşarak değerlendirilmesi gerekir⁴³. Gerçekte yeniden değerlendirme yasası olmasaydı

³⁶ İçişleri Bakanlığı için LGBT Hakları El Kitabı, s.10.

³⁷ Basında ilk büyük federal eşcinsel hakları düzenlemesi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. <http://edition.cnn.com/2009/POLITICS/10/28/hate.crimes/> (Erişim tarihi: 15.02.2018).

³⁸ Söz konusu düzenleme 2009 tarihli olup yalnızca yangın, ateşli silahlar, patlayıcı ve yangın söndürme cihazları veya diğer tehlikeli silahların kullanılması yoluyla bedensel yaralanma veya bedensel yaralanmaya neden olan şiddet fiillerini cezalandırmakla birlikte, şiddet tehditlerini bu düzenleme kapsamında değildir. Bkz. www.justice.gov/crt/matthew-shepard-and-james-byrd-jr-hate-crimes-prevention-act-2009-0 (Erişim Tarihi: 15.02.2018).

³⁹ 2013 Kadınlara Yönelik Şiddet Yasasını (Violence Against Women Reauthorization Act of 2013-VAWA 2013)

⁴⁰ <https://www.justice.gov/sites/default/files/ovw/legacy/2014/06/20/faqs-ngc-vawa.pdf> (Erişim Tarihi: 15.02.2018).; VAWA 2013 m.13'te sivil haklar alt başlığında özellikle buna vurgu yapılmıştır. İngilizce metin için bkz. <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-113publ4/pdf/PLAW-113publ4.pdf> (Erişim Tarihi: 15.02.2018).

⁴¹ <https://www.justice.gov/sites/default/files/ovw/legacy/2014/06/20/faqs-ngc-vawa.pdf> (Erişim Tarihi: 15.02.2018).

⁴² <https://www.justice.gov/archives/ovw/blog/celebrating-reauthorization-violence-against-women-act> (Erişim Tarihi: 15.02.2018).

⁴³ Geleneksel toplumsal normlarda kadının yaşam tarzına erkeğin müdahalesinin varlığı da görülmektedir. Bunun da aslında sebeplerinden biri toplumsal cinsiyetçi bakış açısıdır. Kadının yaşam tarzına müdahale eden yahut değiştirmeye zorlayan erkek bunu "*kadının bir erkeğin korunmasına*

da bu korumanın gerçekleştirilmesi sağlanabilir miydi? Bu sorunun ülkemizin imzaladığı uluslararası sözleşmeler açısından da değerlendirilmesi gerekir.

Öte yandan İngiliz hukukunda da 2003 tarihli Ceza Adaleti Yasası m.146'da cinsel kimlik sebebiyle nefret saikiyle ayrımcılık yapılması daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. 2008 tarihli Ceza Adaleti ve Göç Yasası ile cinsel kimlik sebebiyle nefret saikiyle işlenen fiiller ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. 2012 tarihli Hukuki Yardım, Suçluların Cezalandırılması Yasası ile de alt sınır 30 yıl hapis cezası olarak öngörülmüştür⁴⁴.

Öte yandan 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile değişik TCK m.122'de de "*cinsiyet farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engellemek*" suç olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere TCK m.122'nin madde metninde nefret saikiyle yapılan ayrımcılık açısından cinsel kimlik yahut cinsel yönelim ibareleri bulunmadığı gibi; TCK'da buna benzer bir hüküm de yer almamaktadır. Ülkemizde ceza hukuku mevzuatımızda cinsel kimlik yahut cinsel yönelime yönelik nefret saikiyle gerçekleştirilen şiddet fiillerine yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak cinsel kimlik yahut cinsel yönelime yönelik nefret saikiyle gerçekleştirilen şiddet davranışları - madde metninde nefret saikiyle bu suçun işlenmesi aranmadığını da belirterek- TCK m.115/3 kapsamında cezalandırılabilir. Bireylerin cinsel yönelimlerini kapsayan yaşam tarzlarına ilişkin tercihlerine müdahale etmek veya bunu değiştirmeye zorlamak için cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka davranışların icra edilmesi durumunda bu suç oluşacaktır.

Bireylere cinsel kimliği/cinsel yönelimi gerekçe gösterilerek hukuka aykırı ve suç teşkil eden fiillerin uygulanması durumunda, somut olayda failin saikinin haksız tahrik kapsamında değerlendirilmesi de kanaatimizce yerinde değildir. Bireyin cinsel yönelimleri suç teşkil etmiyor ise, onlara müdahale etmek hukuka aykırılık teşkil edecektir. LGBTİ bireylere yönelik şiddet fiillerine yönelik etkin soruşturma yapılmasının yargının görevleri arasındadır ve devletin uluslararası hukukta kaynaklanan sözleşmelerce de güvence altına alınan temel insan hakları kapsamındadır.

muhtaç bir varlık" olarak algılanmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. ERSÖZ, s.95. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin kötüye yorumlanarak müdahale etme yahut değiştirmeye zorlama fiilleri somut olayın şartlarına göre TCK m.115/3 olarak ele alınabilir.

⁴⁴ Mehmet Zülfü Öner, "İngiltere Hukukunda Nefret Suçları", *TBB Dergisi* 2016 (116), 85-112, s.98-100.

Öte yandan LGBTİ bireylerin yaşam tarzına müdahale etmek yahut değişikliğe zorlamak için hukuka aykırı bir fiilin uygulanması başlı başına “haksız tahrik” indirimini haklı kılmaz, aksine failin yaşam tarzına yönelik müdahaleleri TCK m.115/3 kapsamında suç teşkil edebilir. Çünkü Devlet, insan haklarının hayata geçirme sorumluluğu kapsamında ve kanunların uygulanmasında da vatandaşlara eşit mesafede durmalıdır. Demokratik bir hukuk devletinin gereği de budur.

2.1. TCK m.115/3'te Düzenlenen Yaşam Tarzına İlişkin Tercihlere Müdahale Suçu Bakımından Genel Açıklamalar

Yaşam Tarzına İlişkin Tercihlere Müdahale Suçu; TCK'nın İkinci Kitap İkinci Kısım Yedinci Bölümünde Hürriyete Karşı Suçlar arasında m.115'in 3. Fıkrasında “(Ek: 6529 - 2.3.2014 / m.14) *Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale eden veya bunları değiştirmeye zorlayan kişiye birinci fıkra hükmüne göre ceza verilir.*” olarak düzenlenmiştir.

Aynı maddenin değişik fıkralarda da farklı suç tipleri düzenlenmiştir. TCK m.115/1'de kişinin düşüncelerini açıklamaktan men edilmesi veya değiştirmeye zorlanması, TCK m.115/2'de ise bireysel veya toplu şekilde dini ibadet ve ayinlerin cebir, tehdit veya başka bir hukuka aykırı davranış ile yapılmasını engellemek fiili suç olarak düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta engellemenin gerçekleşmesi ile suçun oluşacağı yönündedir⁴⁵. TCK m.115'te yer alan cebir, tehdit veya başka türlü davranış fiilleri, doktrinde suçun kurucu unsuru olarak kabul edilmektedir⁴⁶. TCK m.115/1 bakımından korunan hukuksal değer düşünce ve kanaat özgürlüğü, TCK m.115/2 bakımından dini ibadetlerini yerine getirebilme yani dinsel özgürlüktür⁴⁷. Ancak TCK m.115/3 ise araç fiilleri bakımından TCK m.115/2'ye benzer ancak iki farklı amaç fiil düzenlenmiştir.

2.2. Korunan Hukuksal Değer

Hiç kimse kendi ahlaki anlayışını ve hayat görüşünü bir başkasına zorla dayatma hakkına sahip değildir. Kişinin özgürlüğü bir başkasının özgürlüğünün sınırlarına girdiği anda sona erer. Birey, kendi ahlak anlayışını bir başka bireyin kabul etmesi ve buna uygun davranması için zorlayıcı fiillerde bulunamaz. Herkesin anayasada yer alan temel hakları ve yükümlülükleri vardır. LGBTİ bireyler, doğumdaki cinsiyetlerine uygun yaşamak zorunda değildir

⁴⁵ Osman Yaşar / Hasan Tahsin Gökcan / Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III Madde 86-146*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 3723.

⁴⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3723.

⁴⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3724.

ve benimsediği cinsiyetini, dış görünüş ve yaşam tarzı çerçevesinde yaşaması, bu bireylerin anayasal hakkıdır.

Düşünce ve kanaat özgürlüğü kişinin kişiliğinin ayrılmaz parçası olup, vazgeçilemez özgürlüklerdendir⁴⁸. Suçla korunan hukuksal değer öncelikle düşünce kanaat özgürlüğüdür. Bununla bağlantılı olarak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü de korunmaktadır⁴⁹. Çünkü ifade özgürlüğünün başka bir boyutu da kişinin fikirlerini açıklayabilmesi ve yaymasıdır⁵⁰. AY m.26'da yer alan ifade özgürlüğü ve AY m.33'te yer alan toplantı ve gösteri yürüyüşü yapabilme haklarının aynı zamanda İHAS m.10, 11 ve 17 kapsamındaki hakların da korunduğunu belirtmemizde fayda vardır. Ancak "giyotin etkisi" olarak nitelendirilen korumanın ancak İHAS'ın sözüne ve ruhuna uygun ifadelerin korunabileceği, buna ters ifadelerin ise koruma kapsamında olmadığını da vurgulamamız gerekmektedir⁵¹.

Ancak İHAM için ifade terimi, hangi türde olursa olsun her türlü düşünce açıklaması olarak ele alınabilir. Aktarılan araç da İHAM bakımından önem taşımamaktadır. Örneğin toplanma özgürlüğü, yazılı basın, televizyon da bu kapsamda ifadeyi açıklayan her türlü araç ile açıklanan görüş ifade olarak kabul edilebilir⁵². Kaldı ki; düşünce özgürlüğü bilgiye erişim hakkını da korumaktadır. Çünkü "*çoğulcu toplumların ana unsuru ve kendisini geliştirme hakkına sahip bireyi kapsayacak şekilde geliştirilmesi kaçınılmazdır.*" Bireyler, bu hakkını ilgi duyduğu alanlarda kullanabilmelidir. Bu nedenle de kanuni sınırlamaların da bilgiye erişim hakkının özünü zedelemeyecek şekilde kısıtlanmaması gerekir⁵³.

Doktrinde ifade özgürlüğünün insan onuru ve kişinin kendi kaderini tayin hakkına ilişkin olduğu da savunulmaktadır⁵⁴. Söz konusu suçla Anayasada teminat altına alınmış özgürlükler korunmak istenmektedir⁵⁵. Ancak gerekcede bu düşünce ve kanaat hürriyetinin Anayasa'da belirlenmiş çerçevede kullanılması gerektiğine vurgu yapılmıştır⁵⁶. Kanaatimizce de TCK m.115/3

⁴⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3723.

⁴⁹ Özbek/Doğan, s. 751.

⁵⁰ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Oğuz Sancakdar / Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.420.

⁵¹ İHAM'ın 11.10.1979 tarihli 8348/78 ve 8406/78 sayılı Glimmerveen ve Hagenbeck v. Hollanda kararı açısından yorumlar için bkz. Ersan Şen / Nilüfer Yenice, *İfade Hürriyetinde Sınırlama ve Güvence Rejimi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.24.

⁵² Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.425.

⁵³ Şen/Yenice, s.140-141.

⁵⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 421.

⁵⁵ Ali Parlar/ Muzaffer Hatipoğlu, *Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 1862; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131- 3. Cilt*, s. 2920.

⁵⁶ 02.03.2014 tarihli 6529 sayılı kanunun gerekçesi için bkz. *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı- Cilt 1 (Kanunlar)*, Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 313.

kapsamında düzenlenen suç tipi ile bireyin kendi kaderini tayin hakkı kapsamında yaşamını şekillendirebilme hakkı ve insan onuru da korunmaktadır. Hukuk devletinde hiç kimse Anayasa'da tanınan hakları, kendisine uygun subjektif gerekçeler ile başka bireylerin elinden alamaz. Kişinin yaşamını dilediği gibi şekillendirme özgürlüğü vardır. Ancak hukuk devletinde bunun sınırı da yine hukuktur.

2.3. Suçun Maddi Unsurları

2.3.1. Fail ve Mağdur

Suçun faili herkes olabileceği gibi, suçun mağduru da herkes olabilecektir. Ancak eğer fiil kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanmak şeklinde gerçekleştirilirse bu durumda TCK m.119/1-e uyarınca nitelikli hal söz konusu olduğu için cezada artırım söz konusu olacaktır⁵⁷. Öte yandan fiilin birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi hali de TCK m.119/1-c'de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Yani söz konusu suç çok failli suç olmayıp, müstakil fail suçun oluşumu için yeterlidir. Faillerin arasında birlikte suçu işleme kararı bulunmuyor ve birbirlerinden haberi olmaksızın fiili gerçekleştirirler ise ortada birlikte işlenen bir fiil bulunmadığından müstakil faillik söz konusu olacaktır.

2.3.2. Konu

Suçun konusu bireylerin "*inanç, düşünce ve kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihleri*"dir. Yaşam tarzı kavramı, TCK m.115/2'ye benzer şekilde geniş ele alınmıştır. Ayrıca kişilerin yaşam tarzına yönelik olarak değerlendirmeler de subjektif niteliktedir. Doktrinde bu kavramın dini inançlardan kaynaklanan gereklilikleri de kapsadığı, bu nedenle 1. Fıkra kapsamında ele alınması yerine, bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi eleştirilmektedir⁵⁸.

2.3.3. Fiil

2.3.3.1 Genel Olarak

Yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Bu nedenle bunlardan birden fazlasının gerçekleştirilmesi durumunda da tek suç oluşacaktır⁵⁹. Araç fiiller cebir ve tehdidin yanı sıra başka hukuka aykırı davranıştır. Amaç fiiller olarak ise müdahale etmek veya değiştirmeye

⁵⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3724.

⁵⁸ Mehmet Emin Artuk /Ahmet Gökçen / Mehmet Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.291.

⁵⁹ Parlar / Hatipoğlu, s.1863; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.207.

zorlamak olarak ele alınabilir⁶⁰. Bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale etmek yahut bunları değiştirmeye zorlamak amaç fiillerinin en az birinin gerçekleştirilmesiyle suç oluşur. Ancak amaç fiillerin gerçekleştirilebilmesi için; cebir, tehdit veya hukuka aykırı davranış uygulanması gerekir. Bu suç kapsamında cebir uygulamak, tehdit etmek veya hukuka aykırı başka bir fiilin gerçekleştirmek araç fiil olarak kabul edilecektir⁶¹. Uygulanan araç fiiller, yaşam tarzına ilişkin tercihlere müdahale etmeye yahut bunları değiştirmeye zorlamaya elverişli olmalıdır. Aksi takdirde işlenemez suçtan söz edilebilecektir.

TCK m.115/3'te düzenlenen suç sırf hareket suçudur⁶². Söz konusu suç bakımından neticenin oluşumu aranmamıştır. Çünkü neticeli suçlarda mutlaka fiilden başka bir neticenin de gerçekleşmiş olması gerekir⁶³. İnceleme konusu suç bakımından müdahale edilme yahut değiştirmeye zorlama ile fiil gerçekleşmiş olacaktır.

Yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale etmek yahut değiştirmeye zorlamak amaç fiilleri; cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranışla gerçekleştirilmelidir. Yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale etmek ani suç olarak ele alınabilir. Bazı suçlar ani suç olmasına karşın müttemadi suç olarak da işlenebilir. Bireyin yaşam tarzına ilişkin tercihlerini değiştirmeye zorlamak suçu da esasında ani suç olmasına karşın müttemadi olarak işlenebilecektir⁶⁴. Değiştirmeye zorlandıktan sonra fiile devam edilmiş ise bu durumda müttemadi suç olarak ele alınabilecektir⁶⁵. Çünkü bireylerin yaşam tarzını değiştirmeye zorlama daha uzun bir sürece de yayılabilecektir. Örneğin bir kişinin LGBTİ olmasından kaynaklanacak şekilde giyim tarzına müdahale edilmesi durumunda suç oluşacaktır. Ancak bu değişikliğe zorlamak için kişiye hakaret edilmesi, kıyafetinin yırtılması gibi durumların devam edilmesi durumunda müttemadi suç olarak değerlendirilebilir⁶⁶.

2.3.3.2. Tehdit

Tehdit, mağdura yöneltilen manevi zorlama ile olabileceği gibi; mağdurun bir yakınına yönelik gerçekleştirilen veya gerçekleştirilecek maddi zorlama

⁶⁰ TCK m.115/1 bakımından Benzer açıklamalar bkz. Özbek/Doğan, s.753.

⁶¹ Parlar / Hatipoğlu, s. 1865.

⁶² Parlar / Hatipoğlu, s.1863; Ersan ŞEN, "Yaşam tarzına müdahale suçu", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2141529-yasam-tarzina-mudahale-sucu> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁶³ Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.128-129.

⁶⁴ Koca / Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.124.

⁶⁵ Benzer bir yorum TCK m.115/2 bakımından da yapılmıştır. Bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, *TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131- 3. Cilt*, s.2921.

⁶⁶ TCK m.115/2 bakımından açıklamalar için bkz. Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, s.289-290.

fiillerinin etkisi ile de gerçekleştirilebilir⁶⁷. Mağdurun irade özgürlüğünü etkileyerek, özgür şekilde hareket etmesini engellemektedir.⁶⁸ Tehdit, mağduru etkileyebilecek nitelikte olmalıdır ancak mutlaka mağdurun bundan dolayı korkmuş olması gerekmemektedir⁶⁹.

Tehdidin konusu olan kötülüğün derhal yerine getirilmesi gerekmektedir. Önemli olan somut olayın şartları doğrultusunda, herhangi bir 3. Kişinin objektif olarak tehditten etkilenebilecek olmasıdır⁷⁰. Eğer mağdur, özel durumları sebebiyle tehdidi algılayamayacak durumdaysa tehdit fiilinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tehdidin yöneldiği kişinin yakınlarının iradesini etkiliyorsa bu durumda tehdit fiilinin gerçekleştiği kabul edilebilir. Diğer görüşe göre ise tehdidi algılamayan kişilere yönelik olarak tehdit suçunun işlenmesi mümkün değildir. Failin yakınlarının iradesini etkilemeye yönelik kastının varlığı durumunda, yakınlarına yönelik olarak tehdit fiilinin oluştuğu kabul edilecektir⁷¹.

2.3.3.3. Cebir

Cebir, mağdurun irade özgürlüğünü etkileyen ve onun direncini kıracak yahut olası bir direnci engelleyebilecek her türlü zorlama içeren fiillerdir⁷². Çünkü mağdurun karar verme ve hareket yeteneğini ortadan kaldırmaktadır. Örneğin kişinin ipnotize edilmesi dahi doktrinde cebir olarak kabul edilmektedir⁷³. Mağdura uygulanan zorlama, mağdurun iradesini ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle uygulanan cebir, mağdurun direncini kırabilecek ağırlıkta olmalıdır⁷⁴. Doktrinde cebrin sadece fiziki zorlama olarak ele alınmaması, manevi bir etkinin de bulunması gerektiği de savunulmaktadır⁷⁵. Öte yandan 5237 sayılı TCK gerekçesi açısından cebir sadece fiziki zorlama yani *vis compulsiva* olarak ele alınmaktadır⁷⁶.

Eşya üzerinde uygulanacak olan cebrin de TCK m.115/3 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de tartışma yaratabilir. Doktrinde TCK m.119/2 düzenlemesinin insana yönelik cebir olarak anlaşılması gerektiği,

⁶⁷ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.272.

⁶⁸ Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.387.

⁶⁹ Soyaslan, s.272.

⁷⁰ Centel / Zafer / Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.388.

⁷¹ Soyaslan, s.273.

⁷² Cebir karinesinin de cebir olarak kabul edilmesi bakımından bkz. Ezgi Cankurt, "Yağma Suçu ve Cebir Karinesi", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 1 S: 2 Aralık 2015, s.110, 118.

⁷³ Soyaslan, s.281.

⁷⁴ Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen/ Ahmet Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 168; Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.389.

⁷⁵ Özgür Küçüktaşdemir, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.58.

⁷⁶ 5237 sayılı TCK madde gerekçesi.

eşya üzerinde uygulanan cebirin ise hukuka aykırı başka davranış olarak ele alınabileceği de savunulmaktadır⁷⁷.

2.3.3.4. Hukuka aykırı başka davranış

Yaşam tarzına müdahale suçunun kanunda cebir veya tehditten başka bir hukuka aykırı davranış ile de gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Hukuka aykırılık, hukuk düzeni ile çatışma halinde olmayı ifade eder⁷⁸. Örneğin Kaneti'ye göre; "*Hukuka Aykırılık, hukuk düzeni işe bağdaşmayan hukuk düzeninin koyduğu yasak ya da emirleri çiğneyen insan fiilleri hakkında yürütülen bir değer yargısıdır*"⁷⁹. Hukuka aykırı davranışlar sadece ceza hukukuna ilişkin değildir. Diğer hukuk dalları bakımından da haksızlık teşkil eden hukuka aykırı davranışlar vardır. Bu nedenle de hukuka aykırı davranışın sadece ceza hukuku bağlamında ele alınmaması gerekir⁸⁰. Kanun koyucunun da bu konuda sınırlamaya gitmediği görülmektedir. Madde metninde yer alan hukuka aykırı başka davranış, hukuk düzenini ihlal eden kanunlara aykırı her türlü fiildir⁸¹.

Örneğin madde metninde geçen hukuka aykırı başka davranış kavramı kapsamında failin, hileli hareketlerle mağdurun yaşam tarzına müdahale etmesi de söz konusu olabilir. Hile kullanılması durumunda, cebir veya tehdit gibi araç fiil gerçekleştirilmiş olacaktır. Çünkü mağdur, aldatılmamış olsaydı yaşam tarzına yönelik değişiklikte bulunmayacak ise bu durumda bu suç gerçekleşmiş olacaktır⁸². Bu nedenle araç fiillerin kullanılması suçun tamamlanması için yeterli değildir, araç fiillerin kullanılması ile müdahale etme yahut değiştirmeye zorlama amaç fiilleri gerçekleştirilmelidir⁸³.

Öte yandan diğer hukuka aykırı davranış kapsamına cinsel şiddet de girer. Hatta fail yaşam tarzına yönelik tercihleri değiştirmeye yönelik fiili, cinsel şiddet kullanarak da gerçekleştirebilir. Cinsel şiddet, özellikle insana karşı suçlarda işkence ve eziyet fiillerinin başka bir işleniş şekli olarak da nitelendirilmiştir. Eğer uygulanan cinsel şiddet maddi ve manevi açıdan mağdurun bireysel varlığını parçalamaya, yok etmeye yönelik ise cinsel te-

⁷⁷ Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.450.

⁷⁸ Kayıhan İçel / Füsün Sokullu-Akıncı / İzzet Özgenç / Adem Sözüer / Fatih Mahmutoğlu / Yener Ünver, *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s.93.

⁷⁹ Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul,, 2007, s.92.

⁸⁰ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.60.

⁸¹ Aynı görüşte Yaşar/Gökcan/Artuç, s.3727.

⁸² Hileli davranış, kişide yanlış bir kanı oluşturmada yahut var olan yanlış kanıyı desteklemektedir. Bu durumda da gerçeğin bilinmesi durumunda mağdurun iradesi fesada uğratılmayacaktır. Bkz. Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.413.

⁸³ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3727.

malar içeren şiddet fiilleri veya buna yönelik tehditler de hukuka aykırı başka davranış olarak nitelendirilebilecektir⁸⁴. Cinsel saldırıda bulunma fiilinin planlı bir şekilde siyasal, felsefi, irki veya dini saiklerle toplumun belirli bir kesimine karşı işlenmesi TCK m.77'de düzenlenen insanlığa karşı suçlar kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Öte yandan farklı cinsel yönelimlere yönelik ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecek eserlerin ve ifadelerin de müstehcenlik suçu kapsamında olmaması gerekmektedir.

2.3.4. Suçun Nitelikli Unsurları

2.3.4.1. Suçun Silahla İşlenmesi

TCK m.119/1- a'daki ortak hükümde ele alınan nitelikli hallerin ilki suçun silahla işlenmesidir. Silah ise TCK m.6/1-f 'de; "1. Ateşli silâhlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler" olarak tanımlanmıştır. Silahın korkutucu etkisinden faydalanılarak mağdurun iradesini etkileyecek şekilde kullanılması, nitelikli halin oluşumu için yeterli kabul edilecektir⁸⁵. Çünkü silah kullanımı mağdurun korkmasını sağlayarak iradesi üzerinde nüfuz edilmesini de sağlar. Böylelikle de kişinin kendini savunması güçleşir⁸⁶.

Silahla işlenmiş kabul edilebilmesi için, öncelikle silahın TCK m.6/1f kapsamında silah sayılması gerekmektedir. Failin, silahı suçun işlenmesini kolaylaştıracak şekilde kullanması durumunda bu nitelikli halin uygulanması gerekir⁸⁷.

Silah, bu suçun işlenmesi esnasında kullanılmalı ve müdahale etme ya da zorlama fiillerinin bu şekilde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir⁸⁸. Silahın dolu olup olmamasının da tehdit unsurunun oluşması bakımından bir önemi bulunmamaktadır⁸⁹. Ancak failin silahı sadece TCK m.115/3'teki suçun işlenmesi için kullanmasının gerekli olduğu, silahla başka bir suçun

⁸⁴ Cinsel şiddetin tanımı için ve özellikle uluslararası ceza yargılamalarında cinsel suçlar için bkz. Ahmet Hamdi Topal, *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.228 vd.; örneğin Delalic Davasında kadınların orantısız şekilde cinsel şiddet fiillerine maruz kalması sebebiyle mahkeme tarafından cinsiyet temelli ayrımcılık olarak nitelendirilmiş olduğunu da yeri gelmişken belirtmemiz gerekmektedir. Bkz. Topal, s. 293.

⁸⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.442.

⁸⁶ Soyaslan, s.290.

⁸⁷ Konuya ilişkin farklı görüşler için bkz. Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.413-414.

⁸⁸ Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.396.

⁸⁹ Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 396.

işlenmesi durumunda bu nitelikli halin uygulanmayacağı eski tarihli Yargıtay kararında belirtilmiştir⁹⁰. Kanaatimizce silahın kullanılarak başka bir suçun işlenmesi durumunda farklı neviden fikri içtima uygulanabileceği de TCK m.44 düzenlemesi uyarınca gözardı edilmemelidir.

2.3.4.2. Suçun Kişinin Kendisini Tanınmayacak Bir Hale Koyarak, İmzasız Mektupla veya Özel İşaretlerle İşlenmesi

TCK m.119/1- b'de Kişinin kendisini tanınmayacak hale getirmesi, görüntüsünün değişmesi ile söz konusu olacaktır. Bu durumda mağdur daha fazla korkarak kişinin kendisini savunma imkânı azaltacak ve failin saptanmasını da zorlaştıracaktır. Fail teşhis edilmesinin yahut yakalanmasının önüne geçmek için yüzünü örtmüş, maske takmış yahut makyajla da tanınmayacak hale gelmiş olabilir⁹¹. Failin örneğin elbise değiştirerek kimliğini gizlemesi sonucunda suçu icra etmesi mağdurun kendini savunmasını güçleştirir⁹². Failin yine de tanınması durumunda dahi bu nitelikli halin uygulanması gerektiği noktasında doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bu nitelikli halin uygulanmasını savunan görüşler olduğu gibi⁹³, fail tanınmış ise uygulanmaması gerektiği de savunulmaktadır⁹⁴.

TCK m.119/1- b'de imzasız mektupla fiilin icrası da düzenlenmiştir. Doktrinde imzasız mektubun muhakkak mektup şeklinde kaleme alınmış olması gerektiği, failin tanınmasını zorlaştıracığı için herhangi bir araçla yazılmış yazıların da bu kapsamda kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁹⁵. İmzasız mektuba ilişkin başka bir hukuki sorun da mağdurun fail her ne kadar kendisini gizleyerek yazıyı kaleme alsada tanınması durumunda bu nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağıdır. İmzasız mektubun, yazan kişinin yahut gönderenin bilinmediği her türlü yazılı bildirim olarak ele alınması gerektiğini savunan görüş uyarınca mağdurun faili tanınması durumunda bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir⁹⁶. Her ne kadar mağdurun faili tanınması durumunda bu nitelikli halin uygulanamayacağı savunulsa da; kanaatimizce mağdurun faili tanıyan olması nitelikli halin uygulanması bakımından önemlidir, kaldı ki madde metninde imzasız mektup ile bu suçun gerçekleşmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

⁹⁰ YCGK, 05.02.1990, 1989/4-368 E-1990/11 Kr sayılı ilamı aktaran Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 442 dipnot 225.

⁹¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 249; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3729.

⁹² Soyaslan, s.290.

⁹³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 442.

⁹⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 249.

⁹⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 250; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3729.

⁹⁶ Mağdurun faille ilişkin tahminlerinin olmasının da faili tanımak anlamına gelmediği, objektif açıdan tanıyan olmanın bu nitelikli halin uygulanmasına engel olacağı görüşü için bkz. Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 364; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3729.

Ancak failin imzasız mektup yerine, e-mail yahut cep telefonu mesajı şeklinde bunu gerçekleştirme durumunda, suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca bu nitelikli halin uygulanmayacağı kanaatindeyiz⁹⁷. Bu anlatımlarımızla sadece imzasız mektubun kullanılarak suçun gerçekleşmesi durumunda, söz konusu nitelikli hal uygulanacaktır. Kanun koyucunun TCK m.119'da düzenlemeye giderek e-mail yahut cep telefonu mesajlarını yahut sosyal medyada yapılan paylaşımları da kapsayacak şekilde düzenleme yapması gerektiği kanaatindeyiz.

Özel işaretler kullanılarak suçun icrası da nitelikli hal kapsamında değerlendirilmektedir. Bu durumda da fail, mağdur üzerinde baskı kuracak ve kişide korku yaratabilecektir. Örneğin kurukafa resmi çizilerek kişinin yaşam tarzına ilişkin tercihlerinin değiştirilmeye zorlanması durumunda, söz konusu nitelikli hal uygulanabilecektir⁹⁸. Failin el işaretiyle kişiye yönelik tehdit araç fiilini gerçekleştirme bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilmeyecektir⁹⁹

2.3.4.3. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

TCK m.119/1- c uyarınca en az iki kişinin icra hareketlerini birlikte gerçekleştirmesi durumunda, fiil birlikte işlenmiş kabul edilecektir¹⁰⁰. Yargıtay da müşterek fail olarak hareket eden iki kişinin birlikte suçu işlenmesini nitelikli halin uygulanması bakımından yeterli kabul etmektedir¹⁰¹. Öte yandan azmettirme yahut yardım etme durumunda; bu nitelikli hal tatbik edilmeyecektir¹⁰². Bu nitelikli halin TCK m.37'de müşterek faillik kapsamında anlaşılması gerektiği müşterek failliği düzenleyen maddenin gerekçesinde de açıkça düzenlenmiştir. Ancak söz konusu nitelikli halin somut olaya göre failin katkılarına ve fiil üzerinde ortak hakimiyetin varlığı değerlendirilerek ele alınmalıdır¹⁰³.

2.3.4.4. Suçun Var Olan veya Var Sayılan Suç Örgütlerinin Oluşturdukları Korkutucu Güçten Yararlanılarak İşlenmesi

TCK m.119/1- d'de madde metninde suç örgütleri ibaresi genel olarak kullanılmıştır. Bu nedenle var olmasa dahi, böyle bir suç örgütü varmışçasına bunun mağdur üzerinde yarattığı etki sebebiyle suç işlenirse bu nitelikli hal uygulanabilir. Öte yandan 765 sayılı TCK düzenlemesinden farklı olarak gizli örgüt olması da aranmamaktadır¹⁰⁴.

⁹⁷ Aksı görüş için bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 250-251; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3729; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.364.

⁹⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 251.

⁹⁹ Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 365.

¹⁰⁰ Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 389.

¹⁰¹ Soyaslan, s. 291.

¹⁰² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.648.

¹⁰³ Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 413-414; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3728.

¹⁰⁴ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.252; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.443; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 366.

2.3.4.5. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

Kamu görevlisinin tanımı TCK m.6/1-c'de yer almaktadır. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için kamu görevlisinin cebir yahut tehdit kullanarak bireyin yaşam tarzına müdahale edebilme yetkisine sahip olması gerektiği konusunda yetkili olmasına gerek bulunmadığı kanaatindeyiz¹⁰⁵. Failin kamu görevinden kaynaklanan gücün etkisiyle bu suçu işlemesi durumunda bu nitelikli hal uygulanabilir. Örneğin kolluk kuvvetlerinin elinde bulundurdukları nüfuzu kötüye kullanarak, hukuka uygun bir gösteri yürüyüşüne cebir kullanarak müdahale etmesi durumunda bu nitelikli hal uygulanabileceğinde şüphe yoktur.

Kişinin mutlaka kamu görevi sıfatına haiz olması gerekir¹⁰⁶. Ayrıca muhakkak kamu görevi esnasında işlenmesi değil, kamu görevi dolayısıyla elde ettiği gücü araç olarak kullanarak gerçekleştirilmiş olması nitelikli halin uygulanması bakımından yeterlidir. Çünkü kullanılan kamu gücünün sağladığı nüfuzun kötüye kullanılarak gerçekleştirilmesi muhakkak kamu görevlisinin mesai saatleri arasında olmasına gerek yoktur¹⁰⁷. Hatta doktrinde görevle bağlantılı olmasa da bu nitelikli halin uygulanabileceği savunulmaktadır¹⁰⁸.

2.3.4.6. Suçun İşlenmesi Sırasında Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Kasten Yaralamanın İşlenmesi

TCK m.119/2'e göre TCK m.115/3 kapsamındaki fiillerin işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Eğer gerçekleştirilen cebir, TCK m.86 sınırlarını aşmış ve somut olayda TCK m.87 kapsamında yer alan kasten yaralama söz konusu ise bu durumda TCK m.119/2 uyarınca ayrıca cezalandırma yoluna gidilecektir¹⁰⁹. TCK m.86/1 kapsamındaki fiiller sebebiyle, bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir¹¹⁰.

2.4. Suçun Manevi Unsuru

TCK m.115/3 maddede düzenlenen suç tipi kasten işlenebilir. Kanunda suçun taksirli şekli düzenlenmediğinden, taksirli fiillerden dolayı cezalandırmaya gidilemeyecektir. Daha önce de belirttiğimiz üzere TCK'da cinsiyet kimliği veya cinsel yönelime ilişkin nefret saikiyle işlenen şiddet fiillerini

¹⁰⁵ TCK m.109 bakımından aksi görüşte bkz. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 91.

¹⁰⁶ Toroslu, s.91.

¹⁰⁷ Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 415.

¹⁰⁸ Soyaslan, s.291.

¹⁰⁹ Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 3724.

¹¹⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 440.

cezalandıran özel düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki, nefret suçlarının “*mağdura ilişkin bir aidiyet olgusundan kaynaklanan olumsuz bir düşünce, önyargı, düşmanlık veya özetle ‘nefret’ saikine sahip olan fail tarafından bu kasıtlı işlenmesi*” gerekmektedir¹¹¹. Öte yandan Nefret suçları¹¹²nin kapsamının, dünya genelinde cinsel yönelimi de kapsayacak şekilde genişlemekte olduğu bir gerçektir¹¹³. Ancak mevcut düzenleme bakımından genel kast yeterlidir, özel saik aranmamaktadır¹¹⁴. Öte yandan doktrinde kişinin yaşam tarzına ilişkin tercihlerini suçu bakımından değiştirme özel kastının olması gerektiği de savunulmaktadır¹¹⁵.

2.5. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Yasal sebeplerinin varlığı durumunda; kişilerin yaşam tarzlarına ilişkin müdahalenin sınırlandırılması mümkündür¹¹⁶. Ancak kanun hükmünün icrası yahut yetkili amirin emri ile cebir kullanılması ile fail yetkilendirilmiş olsa dahi, kişinin görevini ifa edebilmek için ölçülü bir şekilde bu yetkisini kullanması gerekir. Eğer bu zor kullanma yetkisi aşılsa, bu durumda uyguladığı cebirden sorumlu tutulacaktır¹¹⁷.

Meşru savunma yahut kanun hükmünü icra durumunda hukuka uygunluk söz konusu olabilir. Ancak bireysel değerler ve evrensel değerler arasındaki çıkar çatışması iyi dengelenerek müdahalenin yapılması gerektiği de açıktır.

Yaşam tarzı kapsamına bireylerin kendilerini ifade etme araçları da girmektedir. Bu nedenle ifade özgürlüğünün engellenmesi de bir anlamda kişinin yaşam tarzına müdahale sayılabilir. Özellikle LGBTİ PRİDE gibi toplanma özgürlüğü bir anlamda LGBT toplumunun festivali kapsamında ve yaşam tarzlarının bir parçasıdır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düşünce özgürlüğü ile bağlantılı olup, kolektif bir düşünce açıklama türü olarak nitelendirilebilir. İHAS m.11/1 barışçıl toplanma özgürlüğünü koruyan özel bir hükümdür¹¹⁸.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü, hukuk devletinde yaşayan bireylerin demokratik hakkıdır. Hukuka uygun toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kul-

¹¹¹ Öner, s.88.

¹¹² “*Bir kişiye veya gruba karşı ırk, dil, din, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği gibi önyargı doğurabilecek nedenlerden ötürü işlenen, genellikle şiddet içeren suçları ifade eder.*” <http://www.kaosgildernegei.org/belge.php?id=sozluk> (Erişim Tarihi: 28.02.2018).

¹¹³ Öner, s.107.

¹¹⁴ Parlar/Hatipoğlu, s.1865.

¹¹⁵ Şen, “Yaşam tarzına müdahale suçu”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2141529-yasam-tarzina-mudahale-sucu> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

¹¹⁶ Şen/Yenice, s.17.

¹¹⁷ Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.395-396.

¹¹⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.532.

lanan kişilerin, ister kamu görevlisi ister sivil kişi olsun cebir, tehdit yahut başka bir hukuka aykırı davranışla engellenmesi mümkün değildir. Örneğin LGBTİ onur yürüyüşü (LGBTİ PRIDE), LGBTİ toplumunun yaşam tarzı içerisinde değerlendirilmelidir. Kaldı ki, tarihe bakımından da LGBTİ toplumunun adeta festival olarak kutladıkları ve dünyada birçok ülkede yer alan toplantı ve gösteri yürüyüşü türüdür.

Konuyu iç hukuk metnimiz İHAS kapsamında ele alırsak, devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Devlet negatif anlamda müdahale etmeme, pozitif anlamda da gösteriye katılanları koruma yükümlülüğüne de sahiptir¹¹⁹. Toplantı veya gösteri yürüyüşünün hukuka uygun olması için barışçıl ve şiddetsiz olması gerekir.¹²⁰

Alekseyev v. Rusya kararında (4916/07, 25924/08 ve 14599/09 numaralı başvuru no.lu davalar), Moskova’da onur yürüyüşüne karşı gösteri olması gerekçe gösterilerek gösteri yasaklanmıştır¹²¹. Dava, Rus bir eşcinsel hakları aktivistinin Moskova makamlarının onur yürüyüşü ile ilgili geçit töreni düzenlemeleri yönündeki taleplerinin tekrar tekrar reddedilmesine ilişkin şikâyetlerini ele alarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi oybirliği ile 11. maddenin (toplanma ve örgütlenme özgürlüğü); 13. maddenin (etkili başvuru hakkı); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinin (ayrımcılığın yasaklanması) ihlallerine karar vermiştir¹²². İstanbul’da düzenlenen Onur Yürüyüşü’ne olan müdahalenin, Alekseyev v. Rusya kararında bahsedilen kriterler ile benzer olduğuna ve göstericileri tehdit eden kişilere bir müdahalede bulunulmadığı da doktrinde belirtilmektedir. 28 Haziran 2015 tarihinde düzenlenen LGBTİ Onur Yürüyüşü’ne yönelik müdahalenin orantısız olduğu ve İHAS m.3 ve 11 kapsamında ihlal oluşturabileceği de savunulmaktadır¹²³.

Toplantı ve gösteri yürüyüşüne yönelik müdahale şartları İHAS m.11/2 kapsamında mümkündür. Müdahale yasayla düzenlenmiş olmalı ve acil bir toplumsal gereksinim söz konusu olmalıdır¹²⁴.

TCK m.225’te düzenlenen alenen hayasızca hareketler suçu bakımından cezalandırılmaya layık fiillerin “alenen cinsel ilişkide bulunmak” ve “alenen

¹¹⁹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.533.

¹²⁰ ERSAN ŞEN, “Polisin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerine Müdahalesi” <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1026141-polisin-toplanti-ve-gosteri-yuruyuslerine-mudahalesi> (Erişim tarihi: 21.02.2018).

¹²¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.536.

¹²² <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22fulltext%22:%5B%22alekseyev%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

¹²³ İdil Işıl Gül, “İstanbul - Moskova - Onur Yürüyüşleri - Müdahaleler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Alekseyev Kararı”, 2015 LGBTİ’LERİN HUKUK VE ADALETE ERİŞİMİ, SpD Hukuk ve Adalet (Erişim Kitaplığı 4, İstanbul, 2016, s. 108-114 <http://www.spod.org.tr/docs/SPoD-Igbtilerin-hukuk-ve-adalete-erisimi-2015.pdf> (Erişim Tarihi: 07.03.2018).

¹²⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s.537-538.

teşhircilik” olarak belirtildiği görülmektedir. Cinsel ilişkide bulunmak kapsamında her türlü cinsel davranışın anlaşılması gerektiği madde gerekçesinde yer almaktadır. Teşhircilik ise sadece cinsel organlardan ibaret olmayıp, “*vücut bölgelelerinin, madde metniyle korunması amaçlanan hukuki değeri ihlal niteliğindeki teşhiri*” olarak gerekçede belirtilmiştir¹²⁵. Doktrinde bu suçun kapsamının zaman içerisinde değişebileceği gerekçesiyle bu hareketlerin neler olduğunu kanun koyucunun belirlemesinin mümkün olmadığı da savunulmaktadır. Burada cezalandırılan cinsel ilişkinin herkesin görebileceği şekilde gerçekleştirilmesidir¹²⁶. Doktrinde rızaya dayalı cinsel ilişkinin, cinsel münasebet olarak değerlendirilip teşhircilik kapsamında ele alınması gerektiği de savunulmaktadır¹²⁷. Fail, bu suçun işlendiğini görüp cebir, tehdit veya diğer başka hukuka aykırı hareketle söz konusu suç oluşturan fiili engellemeye çalışması durumunda hukuka uygunluk söz konusu olabilir mi? Bu tartışmalıdır. Kanaatimizce öncelikli alenen cinsel ilişki ve teşhircilik kavramlarının her türlü cinsel ilişkiyi kapsar şekilde anlaşılması ve cinsel ilişkiden kastedilenin ne olması gerektiği noktasında açıklık ve belirlilik ilkelerine aykırılık bulunmaktadır. Bazı Yargıtay kararlarında kişilerin kendi evlerinde gerçekleştirdikleri fiiller, alenen cinsel ilişki olarak kabul edilmiştir. TCK m.225’te suç olarak ele alınan fiilin suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca açık ve belirli olması gerekir.

Bununla birlikte benzer bir durum TCK m.226/4’te yer alan yer alan müstehcenlik suçu bakımından da geçerli olabilir. 4. fıkranın metninde yer alan “*doğal olmayan yoldan cinsel davranış*”lara ilişkin materyalin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışı arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması ve bulundurulması fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Doktrinde yetişkinler arası rızaya dayalı dahi olsa eşcinseller arasındaki ilişkiyi konu alan materyalin TCK m.226/4’te geçen “*doğal olmayan yoldan cinsel davranışları*” kapsadığı da savunulmuştur¹²⁸. Doktrinde başka bir görüşe göre burada şiddet içeren pornografik yahut hayvan pornografisi materyallere ilişkin suçlar düzenlenmiştir. “*doğal olmayan yoldan cinsel davranışlar*” ibaresinin parafilik kabul edilen davranışların tamamını kapsar şekilde geniş ele alındığını ancak yetişkinler arası rızaya dayalı eşcinsel ilişkilerin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiği de belirtilmektedir¹²⁹. Y. 18. CD, 8.11.2017 tarih,

¹²⁵ TCK m.225 gerekçesi.

¹²⁶ Erdal Baytemir, *Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.639-640.

¹²⁷ Gökhan Taneri, *Cinsel Suçlar*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 260.

¹²⁸ İlker Atamer, “*Müstehcenlik Nedeniyle (Erişim Engelleme)*”, <https://www.atamer.av.tr/mustehcenlik-nedeniyle-erisim-engelleme/> (Erişim Tarihi: 01.03.2018); Taneri, s.296.

¹²⁹ Veli Özer Özbek, *Müstehcenlik Suçu (TCK m.226)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.152-157; Ayrıca Anayasa Mahkemesi 01.04.2015 tarihli 2014/118E- 2015/35 Kr. Sayılı ilamında Doğal olmayan yol kavramının, şiddet kullanarak, hayvanlarla yahut ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde ahlaki standartlar üzerinde olumsuz

E. 2015/43173, K. 2017/12615 sayılı ilamında TCK'nın 226/4. maddesindeki “doğal olmayan” kavramı bireylerin cinsel yaşamının içerisinde yeri olmayan, aşağılayıcı veya bütün toplum tarafından da doğal olarak kabul edilmeyen ilişkileri tanımlamakta olduğuna ve eşcinsel ilişkinin tek başına TCK m.226/4 kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir¹³⁰.

Sorumuza dönecek olursak, TCK m.225 ve TCK m.226 kapsamındaki kavramların kişiden kişiye değişebileceği ve demokratik toplumlardaki genel anlayışı ele almak gerektiği ancak hali hazırda kanunilik ilkesi bakımından sıkıntı yaratabileceğinin de göz önüne alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu fiillere müdahale bakımından yetişkinler arası rızaya dayalı eşcinsel ilişkinin aleni gerçekleştirilmesi kavramının açık olmadığını vurgulamamız gerekmektedir. Öte yandan eşcinsel davranışların son Yargıtay kararları kapsamında da TCK m.226/4'daki doğal yollardan cinsel davranış kategorisi içerisinde değerlendirilmediğini belirtmemiz gerekmektedir. Bu nedenle cinsel yönelim temelli yaşam tarzına cebir, tehdit yahut hukuka aykırı başka davranış ile müdahale edilmesi durumunda öncelikle suçüstü hali varsa; nasıl müdahale edilmesi gerektiği CMK'da düzenlendiğinden, bu sınırlar çerçevesinde kalınması gerektiği; aksi halde yapılan müdahalenin rızaya dayalı yetişkinler arası hukuka uygun cinsel davranışlara müdahale oluşturabileceğinden kişilerin cinsel özgürlüklerini hukuka aykırı sınırlandırabileceğinden suç teşkil edebileceği kanaatindeyiz. Öte yandan fiilin suç teşkil edip etmediği tam olarak belirli olmaması durumunda, yaşam tarzına müdahale söz konusu olabilecektir. Ancak hata hükümleri saklıdır.

2.6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

2.6.1. Teşebbüs

TCK m.115/3'teki suçun oluşabilmesi için failin cebir, tehdit yahut başka bir hukuka aykırı davranış ile kişinin yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale etmesi yahut değiştirmeye zorlaması gerekmektedir. Müdahale edilmesi yahut değiştirmeye zorlanması gerekir. Araç fiillerin uygulanmasına karşın amaç fiiller gerçekleştirilememiş yahut icra hareketleri başlamasına karşın failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamamış ise bu durumda teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir¹³¹.

etkisi bulunan bizzatı kendisinin suç teşkil ettiği cinsel davranışlar olarak ele alınması gerektiğini vurgulamıştır. Belirlilik ve açıklık ilkesine aykırılık oluşturmadığına karar verilmiştir. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150418-10.pdf> (Erişim Tarihi: 01.03.2018)

¹³⁰ Benzer görüşteki Y. 18. CD, 18.10.2017 tarih, E. 2017/5532, K. 2017/11186; Y. 18. CD, 1.11.2017 tarih, E. 2015/43253 K. 2017/12179 ilamları için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 28.02.2018).

¹³¹ Artuk/Gökçen/Yeni Dünya, *TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131- 3. Cilt*, s.2021.

Bireyin yaşam tarzına müdahale edildiği yahut yaşam tarzını değiştirmeye zorlandığı takdirde suç tamamlanmaktadır. Bu nedenle failin müdahale etmesi yahut değiştirmeye zorlaması fiilleri bakımından icra hareketleri bölünebildiği durumlarda teşebbüs söz konusu olabilir¹³².

2.6.2. İştirak

Suç iştirak bakımından özellik arz etmemekle birlikte, suçun birden fazla kişi ile beraber işlenmesi TCK m.119/1-c'de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Müşterek failliğin iki unsurunun somut olayda bulunması durumunda ancak bu nitelikli hal uygulanabilecektir. Eğer somut olayda "*fiil üzerinde müşterek hakimiyet*" ve "*birlikte suç işleme kararı*" bulunmuyorsa müşterek faillik söz konusu olmayacaktır¹³³. Müşterek faillik için "*iradi ve bilinçli bir birliktelik*" gerekmektedir¹³⁴. Bu itibarla TCK m.119/1-c uyarınca birden fazla kişinin birlikte fiili gerçekleştirmesi durumunda müşterek faillik söz konusu olduğundan, ceza arttırılacaktır¹³⁵. Failler iş bölümü kurarak bu fiilleri gerçekleştirebilecekleri gibi, her biri TCK m.115/3'te düzenlenen fiilleri de gerçekleştirebilirler. Bu durumda da yukarıda bahsettiğimiz şartlar oluşmuş ise fiil birlikte işlenmiş kabul edilecektir¹³⁶.

2.6.3. İçtima

Madde metninde suçun cebir, tehdit veya diğer hukuka aykırı yolla işlenmesinden bahsetmektedir. Bu nedenle, her ne kadar TCK'da bağımsız olarak düzenlenmiş olsa da örneğin cebir fiili için TCK m.108'den ceza verilmeyecektir. Bu durumda bileşik suç hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹³⁷. TCK m.115/3 kapsamında gerçekleştirilen cebir yahut tehdit fiilleri, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında da gerçekleştirilebilir. Bu durumda verilecek ceza TCK m.43/1 uyarınca arttırılacaktır. Ancak zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için aynı kişiye yönelik gerçekleştirilmesi gerekir.

Farklı kişilere yönelik aynı suç işleme kararı kapsamında olsa dahi, söz konusu fiiller gerçek içtima kuralları uyarınca ayrıca cezalandırılacaktır. Öte yandan tek bir fiil ile birden fazla kişiye yönelik olarak TCK m.115/3 kapsamında gerçekleştirilen cebir yahut tehdit fiili, TCK m.43/2 kapsamında aynı neviden fikri içtima kuralları uyarınca ele alınarak tek cezanın arttırılması yoluyla yaptırım uygulanacaktır¹³⁸.

¹³² TCK m.115/2 bakımından bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.293.

¹³³ Fatih Selami Mahmutoğlu / Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 1.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017. s. 865.

¹³⁴ Koca/ Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.445.

¹³⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.449.

¹³⁶ Mahmutoğlu/Karadeniz, s.866.

¹³⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.298; Koca/Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.398, 369.

¹³⁸ Koca/Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.398, 369.

Yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale suçu bakımından ayrıca cezalandırılmayan cebir kapsamında TCK m.86 kapsamında olması gerekmektedir. Eğer gerçekleştirilen fiil, neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama sınırına ulaşmış ise; bu durumda fail ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçundan da sorumlu olacaktır¹³⁹.

Hukuka aykırı davranış kapsamına hakaret, mala zarar verme gibi fiiller de girebileceğinden bunların işlenmesi durumunda gerçek içtima kurallarının uygulanması gerektiği fikrine¹⁴⁰ iştirak etmiyoruz. Bileşik suçlar bakımından cebir/tehdit gibi hukuka aykırı başka davranış da TCK'da başka bir suç tipine uygun olabilir. Cebir ve tehdit, TCK m.115/3 bakımından suçun unsuru olarak kabul ediliyorsa; hukuka aykırı başka bir davranışın da bir unsur olarak ele alınması gerekmektedir. Çünkü buradaki fiiller artık unsurdur, bağımsızlıklarını yitirmiştir¹⁴¹. Kanaatimizce bunlar suçun unsuru olarak yer aldığı için bileşik suç hükümleri uygulanması gerekir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Cinsel kimliklere saygılı ve eşit yaklaşımlar, LGBTİ toplumuna yönelik olarak sekteye uğratılmamalıdır. Bireylere cinsiyet kimliği/cinsel yönelimi gerekçe gösterilerek hukuka aykırı ve suç teşkil eden fiillerin uygulanması durumunda, somut olayda failin saikinin haksız tahrik kapsamında değerlendirilmesi de kanaatimizce yerinde değildir. Bireyin cinsel yönelimleri suç teşkil etmiyor ise, onlara müdahale etmek hukuka aykırılık teşkil edecektir. LGBTİ bireylere yönelik şiddet fiillerine yönelik etkin soruşturma yapılmasının yarının görevleri arasındadır ve devletin uluslararası hukukta kaynaklanan sözleşmelerce de güvence altına alınan temel insan hakları kapsamındadır.

Öte yandan LGBTİ bireylerin yaşam tarzına müdahale etmek yahut değişikliğe zorlamak için hukuka aykırı bir fiilin uygulanması başlı başına "*haksız tahrik*" indirimini haklı kılmaz, aksine failin yaşam tarzına yönelik müdahaleleri TCK m.115/3 kapsamında suç teşkil edebilir.

Birey, kendi ahlak anlayışını bir başka bireyin kabul etmesi ve buna uygun davranması için zorlayıcı fiillerde bulunamaz. Kişinin özgürlüğü bir başkasının özgürlüğünün sınırlarına girdiği anda sona erer. Uluslararası sözleşmeler ve anayasamızda da kişinin kendi kaderini tayin hakkı kapsamında, cinsel yönelim temelli nefret saikiyle işlenen suç tipleri bakımından ayrıca düzenleme yapılması gerekmektedir.

¹³⁹ Söz konusu husus ortak hüküm olarak kaleme alınan TCK m.119/2'de açıkça belirtilmektedir.

¹⁴⁰ Parlar/Hatipoğlu, s.1866.

¹⁴¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.533-534.

KAYNAKÇA

- 2012 Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli İnsan Hakları İhlalleri İzleme Raporu, SpoD Hukuk ve Adalete Erişim Kitaplığı 2, İstanbul, 2013, http://www.spod.org.tr/docs/hak_ihlal-son-1.pdf (Erişim Tarihi: 26.02.2018).
- Ahmet Hamdi TOPAL, Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar, 1. Baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009
- Ali PARLAR/ Muzaffer HATİPOĞLU, Açıklamalı-Yeni İctihatlarla Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Anayasa Mahkemesinin 29/11/2017 Tarihli ve E: 2015/68, K: 2017/166 Sayılı Kararı ve karşı oy için bkz R.G. Tarih - Sayı 20.2.2018 - 30338 <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/02/20180220-5.pdf> (Erişim Tarihi: 07.03.2018).
- Aysel GÜNİNDİ ERSÖZ, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi, 1. Baskı, Anı Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Combatting discrimination based on sexual orientation and gender identity <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx> (Erişim tarihi: 16.02.2018)
- Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe https://www.coe.int/t/commissioner/source/lgbt/lgbtstudy2011_en.pdf (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan ERDEM/Oğuz SANCAKDAR/Rifat Murat ÖNOK, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Erdal BAYTEMİR, Cinsel Dokunulmazlığa Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Ersan ŞEN, “Polisin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerine Müdahalesi” <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1026141-polisin-toplanti-ve-gosteri-yuruyuslerine-mudahalesi> (Erişim tarihi: 21.02.2018).
- Ersan ŞEN, “Yaşam tarzına müdahale suçu”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2141529-yasam-tarzina-mudahale-sucu> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Ersan ŞEN/ Nilüfer YENİCE, İfade Hürriyetinde Sınırlama ve Güvence Rejimi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Ezgi CANKURT, “Yağma Suçu ve Cebir Karinesi”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1 S: 2 Aralık 2015.
- Faruk EREM, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997.
- Fatih Selami MAHMUTOĞLU/Serra KARADENİZ, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Gökhan TANERİ, Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

- Hale Bolak BORATAV/ Güler Okman FİŞEK/Hande Eslen ZİYA, *Erkekliğin Türkiye Halleri*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- HERKES ÖZGÜR VE EŞİT DOĞAR, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği*, 2013, Birleşmiş Milletler, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqual_Turkish.pdf (Erişim Tarihi: 10.02.2018).
- <http://edition.cnn.com/2009/POLITICS/10/28/hate.crimes/> (Erişim tarihi: 15.02.2018).
- http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_content&view=frontpage&Itemid=1 (Erişim Tarihi: 28.02.2018).
- <http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41923916> (Erişim Tarihi: 01.12.2017).
- <http://www.haberturk.com/yasam/haber/1254046-lgbt-nedir-acilimi> (Erişim Tarihi: 28.02.2018).
- http://www.isna.org/faq/what_is_intersex (Erişim Tarihi: 07.03.2018).
- <http://www.kaosgldernegi.org/belge.php?id=sozluk> (Erişim Tarihi: 28.02.2018).
- <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBTUNResolutions.aspx> (Erişim tarihi: 07.03.2018).
- <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150418-10.pdf> (Erişim Tarihi: 01.03.2018).
- http://www.rightsagenda.org/attachments/479_Yogyakarta%20%C4%B0lkeleri.pdf (Erişim Tarihi: 07.03.2018).
- [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:\[%22alekseyev%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:[%22alekseyev%22]}) (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- <https://journalistsresource.org/studies/international/human-rights/global-discrimination-against-lgbt-persons-2015-united-nations-report> (Erişim tarihi: 10.02.2018).
- <https://lgbtnewsturkey.files.wordpress.com/2014/11/epi-lgbt.pdf> (Erişim tarihi: 14.02.2018).
- https://www.amnestyusa.org/pdfs/toolkit_transviolence.pdf (Erişim tarihi: 15.02.2018).
- <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-113publ4/pdf/PLAW-113publ4.pdf> (Erişim tarihi: 15.02.2018).
- <https://www.justice.gov/archives/ovw/blog/celebrating-reauthorization-violence-against-women-act> (Erişim Tarihi: 15.02.2018).
- <https://www.justice.gov/sites/default/files/ovw/legacy/2014/06/20/faqs-ngc-vawa.pdf> (Erişim tarihi: 15.02.2018).
- <https://www.nytimes.com/2017/11/09/us/transgender-women-killed.html> (Erişim tarihi: 15.02.2018).

- İçişleri Bakanlığı için LGBT Hakları El Kitabı, http://www.kaosgliderneji.org/resim/yayin/dl/icisleri_bakanligi_icin_lgbt_haklari_el_kitabi.pdf (Erişim tarihi: 10.02.2018).
- İdil Işıl GÜL, “İstanbul - Moskova - Onur Yürüyüşleri - Müdahaleler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Alekseyev Kararı”, 2015 LGBTİ’LERİN HUKUK VE ADALETE ERİŞİMİ, SpoD Hukuk ve Adalete Erişim Kitaplığı 4, İstanbul, 2016, s. 108-115 <http://www.spod.org.tr/docs/SPoD-lgbtilerin-hukuk-ve-adalete-erisimi-2015.pdf> Erişim Tarihi: 07.03.2018).
- İlkay ÖZKÜRALLI, “Queer Teori”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Hz. Feryal Saygılıgil, 1. Baskı, Dip Not Yayınları, Ankara, 2016.
- İlker Atamer, “Müstehcenlik Nedeniyle Erişim Engelleme” <https://www.atamer.av.tr/mustehcenlik-nedeniyle-erisim-engelleme/> (Erişim Tarihi: 01.03.2018).
- Kayhan İÇEL/Füsun SOKULLU-AKINCI/İzzet ÖZGENÇ/Adem SÖZÜER/Fatih MAHMUTOĞLU/Yener ÜNVER, *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Erişim Tarihi: 28.02.2018).
- Lotta SAMALIUS/ Erik WAGBERG, A Study of Policy and Administration Sexual Orientation and Gender Identity Issues in Development, SIDA, 2005, https://www.sida.se/contentassets/77a0ee7f307a4ff49fa0514d080748dc/sexual-orientation-and-gender-identity-issues-in-development_718.pdf (Erişim tarihi: 10.02.2018).
- Mahmut KOCA / İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/ Ahmet Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2011.
- Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/ Ahmet Caner YENİDÜNYA, TCK Şerhi Özel Hükümler Madde 76-131- 3. Cilt, 1. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009.
- Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/ Mehmet Emin ALŞAHİN/ Kerim ÇAKIR, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Mehmet Zülfü ÖNER, “İngiltere Hukukunda Nefret Suçları”, TBB Dergisi 2016 (116), 85-112.
- Mosby’s Medical Dictionary, 9th edition, 2009, Elsevier. <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/intersex> (Erişim Tarihi: 06.03.2018).
- Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Nur CENTEL / Hamide ZAFER / Özlem Yenerer ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- Osman YAŞAR/Hasan Tahsin GÖKCAN/Mustafa ARTUÇ, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III Madde 86-146, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR, *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec\(2010\)5&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec(2010)5&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true) (Erişim Tarihi: 07.03.2018).
- Selim KANETİ, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2007
- Sibel YARDIMCI/Özlem GÜÇLÜ, “Giriş: Queer Tahayyül”, Queer Tahayyül, Ed. Sibel YARDIMCI/Özlem GÜÇLÜ, 2. Baskı, Sel Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Türk Ceza Hukuku Mevzuatı- Cilt 1 (Kanunlar), Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Vanessa BAIRD, Cinsel Çeşitlilik, Yönelimler, Politikalar, Haklar ve İhlaller, 2. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2017.
- Veli Özer ÖZBEK, Müstehcenlik Suçu (TCK m.226), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- Veli Özer ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C. II Özel Hükümler-Madde 76-169), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008. (ÖZBEK/DOĞAN, s. Olarak atıf yapılmıştır)
- Veli Özer ÖZBEK/Koray DOĞAN/Pınar BACAKSIZ/İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Veli Özer ÖZBEK/Koray DOĞAN/Pınar BACAKSIZ/İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- “Yogyakarta İlkeleri Işığında Türkiye’de Mevzuat ve Ayrımcılık” http://www.kaosgildernegei.org/resim/yayin/dl/de_mevzuat_ve_ayrimcilik.pdf (Erişim Tarihi: 07.03.2018).
- www.justice.gov/crt/matthew-shepard-and-james-byrd-jr-hate-crimes-prevention-act-2009-0 (Erişim tarihi: 15.02.2018).

United Nations Framework Convention on Climate Change: History and Evolution of Negotiations and Agreements^(*)

Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi: Müzakerelerin ve Anlaşmaların Gelişimi ve Tarihi

Arş. Gör. Emirhan ALTUNKAYA^(**)

Abstract

Since 1990s Climate Change has become an inseparable part of the international politics and through diverse negotiations under United Nations (UN) structure notable number of agreements has been reached which constitutes the global climate change law today. United Nations Framework Convention on Climate Change which is signed in 1992 is still stands as the fundamental text of this law and established a series of conferences where further negotiations took place to develop necessary measures through international agreements for climate action. This paper aims to investigate evolution of international climate change law through four major international agreements (UNFCCC, Kyoto Protocol, Copenhagen Accords, Paris Agreement) reached in these negotiations. In this way, it will reveal key controversy points in the negotiations and current situation of the global climate change regime.

Keywords

Environment, Climate Change, Developed and Developing Countries.

Özet

1990'lı yıllardan beri İklim Değişikliği uluslararası siyasetin ayrılmaz bir parçası haline gelmiş durumda ve özellikle Birleşmiş Milletler (BM) bünyesindeki kapsamlı müzakereler sonucunda, bugün uluslararası iklim değişikliği hukukunu oluşturan, dikkate değer sayıda uluslararası anlaşmaya varılmış durumda. Bu bakımdan, 1992 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (BMİDÇS) bu hukukun en temel metinlerinden birini oluşturmakla kalmayıp, aynı zamanda iklim değişikliğiyle mücadele müzakerelerinin yürütüleceği ve

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

^(**) Arş. Gör. Emirhan Altunkaya, Galatasaray Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü Araştırma Görevlisi & Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü Doktora Öğrencisi, emirhanaltunkaya@gmail.com

yapılacak uluslararası anlaşmalar aracılığıyla önlemlerin alınacağı, bir uluslararası konferans serisi başlatmıştır. Bu çalışma, bu kapsamda yapılmış olan dört temel uluslararası anlaşmayı (BMİDÇS, Kyoto Protokolü, Kopenhag Uzlaşması, Paris Anlaşması) inceleyerek, uluslararası iklim değişikliği hukukunun değişimini incelemeyi hedeflemektedir. Böylelikle, müzakere sürecindeki tartışmalı noktaları ortaya çıkartacak ve küresel iklim değişikliği rejiminin günümüzdeki durumunu araştırmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Çevre, İklim Değişikliği, Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkeler.

Introduction

Environment as an issue of international politics is not recent. Since 1950s environmental issues started to become part of international discussions with emergence of several environmental problems of international nature. In parallel with, the necessity for an international cooperation to tackle these environmental problems and need for legislations that can enable this cooperation has already been presented at the first international conference on the environment, the United Nations Conference on the environment of Stockholm in 1972. Among these environmental problems, Climate Change is one of the greatest challenges facing humanity and probably the most crucial in search for a global action because of its nature. Both causes and consequences of climate change are on such scale that necessities cooperation and legislation at global level. In other words, this cooperation could only be possible with development of an international climate change regime through global conventions and agreements. Accordingly, the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) which is signed in 1992 by 165 countries (today has 197 parties) within the Earth Summit in Rio de Janeiro stands as one of the founding texts of international climate change regime. Since 1992 various negotiations took place under UNFCCC framework to develop effective legislations for mitigating climate change. Throughout regular conferences established by UNFCCC, parties that have signed the convention negotiated to develop a global action against climate change. These efforts have been seriously hampered by a number of disparities between the parties, especially between groups often named as developed and developing countries. While these negotiations gave birth to various agreements, protocols and declarations which constitutes base of international climate change law today, experts argues that disparities between parties are still apparent and hindering further legislations. This paper aims to investigate these negotiation processes and their impact on taking form on international climate change law. In doing so, it will focus on the four main agreements that has shaped global climate change regime

so far; UNFCCC, Kyoto Protocol, Copenhagen Accords, Paris Agreement, and their respective negotiation processes. In this way, it intends to offer a brief overview of global climate change regime, to reveal most debated points within the legislations and the current situation. Which in its turn can provide an indication of in what direction global climate regime is unfolding.

I. UNFCCC: Framework of the Climate Change Regime

UNFCCC signed in 1992, at the UN Conference on Environment and Development, namely the Earth Summit, stands as the fundamental text that shapes the global climate change regime. It has entered into force on 1994, after ratification of sufficient number of countries, and holds a broad legitimacy due to its nearly universal membership. It is the initial starting point for the legislations and mechanisms developed under UN structure to tackle climate change. UNFCCC, recognizes climate change as the greatest threat of the upcoming century to human security and well-being, and should be mitigated to prevent its adverse effects.¹ Thus the UNFCCC aims to stabilize Green House Gas (GHG) concentrations in the atmosphere, which is the main cause of human induced climate change. Article 2 of the Convention, declares that the ultimate objective of the Convention and any legal instruments that it may adopt in upcoming years is to limit GHG concentration in the atmosphere at a level *“that prevents dangerous anthropogenic interference with the climate system. It will be necessary to wait for this level in sufficient time for ecosystems to adapt naturally to climate change, food production is not threatened and economic development can continue in a sustainable way.”*² In this regard, climate change is officially recognized by signatory parties as a global threat that should be mitigated by developing legal instruments that enables international cooperation through UNFCCC framework. UNFCCC establishes also regular conferences that known under the abbreviation of Conference of Parties (COP), where parties of the Convention evaluate the progress in the climate action and work on further international legal instruments and mechanisms to mitigate climate change.³ Therefore, parties of the Convention have met annually since the entry into force of the Convention, since 1995, in COP meetings to assess progress and negotiate necessary measures for further action. Moreover, Article 3 of the Convention established the principles that should guide the negotiations to achieve the objective of the Convention; principle

¹ United Nations Framework Convention on Climate Change, *United Nations*, FCCC/INFORMAL/84, 1992, p.1 (Entered into force; 21 March 1994)

² United Nations Framework Convention on Climate Change..., *op. cit.*, Article 2, p.4 (Entered into force; 21 March 1994)

³ *Ibid.*, Article 7, p.10

of common but differentiated responsibilities, principle of precautionary actions, promotion of sustainable development and aid to the specific needs of developing countries vulnerable to adverse effects.⁴ In the direction of these principles, and in accordance with respective reports of World Commission on Environment and Development (WCED) and Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), the fight against climate change has emerged as a development issue over the last decades in the international arena.⁵ We can argue that the UNFCCC has taken into account the inequalities between developed and developing countries in the face of the phenomenon of climate change, with its principle of *common but differentiated responsibilities (CBDR)*. CBDR principle divides the signatory parties of the convention into two groups, developed and developing countries, and attributes them different roles for the climate action.⁶ In other words, as it was also emphasized by the previous scientific reports, UNFCCC recognized that developed/industrialized countries are the historical responsible of GHG concentration in the atmosphere and should take principal actions for mitigating its adverse impacts in other regions of the world, especially in developing countries. In this regard, convention specifies a set of countries which is listed in the annex of the convention as the developed/industrialized countries of the world that should act first to implement necessary measures to reduce their GHG emissions.⁷ Article 4 of the convention, in its first subsection declares commitments that bind all the parties of the convention; such as measuring and reporting periodically their GHG emissions, formulating and implementing national programs to contain GHG emissions, cooperating for adaptation to the impacts of climate change.⁸ While the second subsection of the Article 4, assigns additional commitments to the annex I countries for mitigating climate change; such as adopting *national policies and take corresponding measures on the mitigation of climate change, by limiting its anthropogenic emissions of GHG*.⁹ Therefore we can emphasize that governments agreed on primary responsibility of developed countries in the global climate action and differentiated their objectives. Lastly, Article 11 of the convention also envisage to establishment of necessary financial mechanisms for supporting mitigation and adaptation activities against climate change. This article assigns the responsibility of establishment of

⁴ United Nations Framework Convention on Climate Change..., *op. cit.*, Article 3, p.5

⁵ Chris Simoens, "Changements climatiques et développement durable; les jalons d'une prise de conscience mondiale", *Le journal de cooperation Belge*, Vol. 1., 2008, p.3

⁶ United Nations Framework Convention on Climate Change..., *op.cit.*, Article 4, p.6-7

⁷ *Ibid.*, Annex, p.23

⁸ United Nations Framework Convention on Climate Change..., *op.cit.*, Article 4, p.5-6

⁹ *Ibid.*, Article 4, p.6

necessary financial mechanisms and technology transfer mechanisms to regular COP meetings.¹⁰ Ultimately, we can argue that through UNFCCC, signatory parties agreed upon a general legal structure that sets fundamental targets and basis of climate action. In this regard, UNFCCC shows up as a framework convention that sets general direction which enables further meetings to decide how to implement necessary measures.

Experts argue that this was result of long-lasting discussions in the pre-negotiation process of the UNFCCC, which revealed for the first time the disparities between developed and developing countries regarding the climate action. The formal intergovernmental negotiation processes of the UNFCCC began in December 1990, when the United Nations General Assembly established the Intergovernmental Negotiating Committee (INC) of a Framework Convention on Climate Change, to negotiate a convention containing "appropriate commitments" in time for signature in June 1992 at United Nations Conference on Environment and Development (UNCED). For the next fifteen months, the states gathered different sessions in which they discussed intensively the shape of the climate regime.¹¹ In this pre-negotiation process of the UNFCCC, the climate change mitigation debate easily fell into the dichotomy between developed and developing countries. Discussions reflected controversial key points that can be conceptualized in terms of North-South or Developed-Developing countries struggle.¹² The outcome of China's Ministerial Conference on Developing Countries on Environment and Development, the Beijing Declaration which reveals the position of the developing countries, explicitly stated the process of negotiating the climate regime in North-South terms, stating that "*currently being negotiated FCCC process should clearly recognize that it is the developed countries that are primarily responsible for excessive GHG emissions, historically and currently... Developing countries must have comprehensive scientific, technical and financial cooperation to cope with the negative impacts of climate change*". So, during the pre-negotiation process the developing countries rightly pointed out the responsibility of the developed countries for the mitigation of climate change as they are the historical responsible for GHG emissions. This main objective of the Beijing Declaration, different roles for developed and developing countries in the global climate action, has been incorporated in the UNFCCC under the pressures from developing countries. On the other hand, with the pressures from United States and petrol producing countries,

¹⁰ *Ibid.*, Article 11, p. 14

¹¹ Daniel Bodansky, "The History of Global Climate Change Regime", Urs Luterbacher, Detlef Sprinz (ed.), *International Relations and Global Climate Change*, Cambridge, London, MIT Press, 2001, p.31

¹² Daniel Abreu Mejia, "The Evolution of the Climate Change Regime: Beyond North - South Divide", *ICIP Working Papers*, No. 6, 2010, p.16

the UNFCCC did not have any binding commitments on any government to reduce emissions at a specific level within a set timetable.¹³ Ultimately, the UNFCCC has provided commitments - legally non-binding - exclusively for developed countries to stabilize their GHG emissions. The rest of the countries were grouped into non-Annex countries, including developing countries such as China, India and Brazil, with only voluntary commitments. We can argue that with the UNFCCC, climate change has begun to take shape as an international development issue and the divergent position between the two groups becomes evident. Besides this, financial mechanisms were the most controversial issue in the pre-negotiation period. The developing countries, along with India's initiatives, have successfully included a commitment that developed countries provide "new and additional" financial resources to support their sustainable development and to prevent the adverse effects of climate change in these regions.¹⁴ We can argue that, in the presence of these disparities, the parties preferred to have a framework convention that outlines the main principles of the international climate regime and to set the rules and procedures later in the Conferences of the Parties (COP) which will meet regularly to the effective implementation of the Convention. According to Bodansky, these institutions and mechanisms for implementing the convention were also a matter of debate between the two parties in the negotiations. He underlines that developed countries have supported strong mechanisms, while developing countries prefer the approach of a framework convention with regular conferences for international discussions.¹⁵ We can argue that the UNFCCC reflected a carefully balanced compromise on these and other issues but still many of its provisions do not attempt to resolve the disparities. Within the COPs, subsequent discussions of these and other disparities have continued between the two groups. In this perspective, the Convention does not represent an end point, but rather the beginning of the divergent perspectives between the two parties on the formation of the international climate regime.

Hereby we can argue that UNFCCC as a *framework* convention confine itself by setting fundamental objectives and general principles of the climate action. In this regard, it has manifested political intent and engagement of the parties to tackle climate change within cooperation under UNFCCC structure. But it hands over the establishment and development of necessary mechanisms for the implementation of the convention, to the additional protocols and agreements which will be prepared through COP meetings.

¹³ Daniel Bodansky, "The History of Global Climate Change Regime...", *op.cit.*, p.33

¹⁴ *Ibid.*, p.33

¹⁵ Daniel Bodansky, "The History of Global Climate Change Regime...", *op.cit.*, p.34

II. Kyoto Protocol: Clarified Targets for Initial Action

The convention came into force in 1994 and a year later, at the first Conference of the Parties meeting in Berlin in 1995, governments had begun to think about the next steps beyond the UNFCCC. COP-1, responding to considerable pressure from the developing countries, decided to establish an ad hoc committee to negotiate a legal protocol by 1997, containing additional commitments for developed countries (Annex 1) to the convention.¹⁶ This committee started to work on a protocol, an international agreement linked to the existing convention which will have stricter demands for GHG emissions. In this regard, the Kyoto Protocol, which was signed in 1997 as the result of the work of this committee, was aimed to enable implementation of the convention. Kyoto Protocol's major feature is that it has internationally binding emission reduction targets for the world's developed economies which have accepted it. According to the Protocol, parties decided to that Annex 1 countries specified by UNFCCC should work *to reducing their overall emissions of such gases by at least 5 per cent below 1990 levels in the commitment period 2008 to 2012*.¹⁷ It has also specified these targets for each country according to their respective engaged contribution in its annex.¹⁸ Moreover, Article 3 specifies the possible actions for achieving these binding targets and offers some flexibility mechanisms through cooperation with developing countries. While Article 3 of the protocol defines this legally binding targets for developed countries, Article 10 of the protocol accentuate CBDR principle and underlines that non-annex countries should also take into consideration and work for mitigation of climate change.¹⁹ Article 11 of the protocol clarified the implementation of financial mechanisms and emphasized the responsibility of developed countries to provide technology transfer and financial resources for mitigation and adaptation activities in developing countries.²⁰ In this respect, we can argue that Kyoto Protocol has defined some of clarified targets for the implementation of the convention. It presents an important first step for the mitigation activities and legal procedures to follow.

Experts underline that Kyoto Protocol also sparked many discussions between the parties during its preparation. Negotiations remained blocked mainly on two issues; the level of emission limitation targets for developed

¹⁶ Daniel Abreu Mejia, "The Evolution...", *op.cit.*, p.21

¹⁷ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 11 December 1997, 2303 UNTS 147, Article 3, p. 3 (entered into force: February 16, 2005)

¹⁸ *Ibid.*, Annex B, p.20

¹⁹ *Ibid.*, Article 10, p.9

²⁰ Kyoto Protocol..., *op.cit.*, Article 11, p.11

countries and possible mechanisms to enable developed countries to meet their objectives flexibly.²¹ On the first issue, the European Union (EU) and developing countries has proposed relatively strong targets, while other industrialized countries like the United States, Japan and Australia have insisted on weaker targets. The researchers draw attention to this divergence between the two groups of states of developed countries, between JUSSCANZ and the EU. He emphasized that Japan, the United States, Switzerland, Canada, Australia and New Zealand insisted on weak goals and differed from the EU's point of view.²² This north-north confrontation on emission reduction targets was resolved by specifying different emission reduction targets for each part, ranging from an 8% reduction from 1990 levels for the EU, to an increase of 10% for Iceland.²³ On the flexibility debate too, the United States insisted on a different position than the EU and the developing countries. The United States has supported setting up mechanisms that would allow developed countries to achieve their targets through emission reduction projects abroad or through emissions trading between countries. Conversely, the EU and the developing countries argued that domestic action should be the main means to achieve emission reduction targets.²⁴ Ultimately, the Kyoto Protocol was adopted in COP-3 in 1997, imposing a legally binding reduction of global GHG emissions on developed countries by an average of 5%, with specific targets for each country.²⁵ So the main protocol mechanism is the imposition of quantified GHG emission reduction commitments, which are planned on a fixed schedule and are subject to international control, exclusively for Annex 1 countries.²⁶ In this regard, we can argue that the protocol is perhaps the most evident example of the application of the principle of common but differentiated responsibilities, as it has not introduced any binding commitment for developing countries. On the other hand, the Protocol has put in place three flexibilities mechanisms for developed countries to achieve their goals by achieving or acquiring reduction of emissions in other countries; Joint Implementation (JI), Emissions Trading System (ETS), Clean Development Mechanism (CDM).²⁷ CDM allows developed countries to acquire additional emission rights by carrying out GHG reduction projects in non-Annex countries. The OMC

²¹ Daniel Bodansky, "The History of Global Climate Change Regime...", *op.cit.*, p.36

²² Daniel Abreu Mejia, "The Evolution...", *op.cit.*, p.23

²³ Daniel Bodansky, "The History of Global Climate Change Regime...", *op.cit.*, p.36

²⁴ Daniel Bodansky, "The History of Global Climate Change Regime...", *op.cit.*, p.5

²⁵ Kyoto Protocol..., *op.cit.*, Article 3, p. 3 (entered into force: February 16, 2005)

²⁶ Lavanya Rajamani, "Differentiation in the Emerging Climate Regime", *Theoretical Inquiries in Law*, No. 14, Vol. 1, 2013, pp.150-171, p.152

²⁷ Kyoto Protocol..., *op.cit.*, Article 12, p. 12-13

operates in a manner very similar to the CDM, but is used for offset projects in developed countries with economies in transition, including Ukraine and Russia. ETS allows Annex I countries, which have emission rights - allowable but unused emission allowances, to sell this excess capacity to countries above their goals. So it created an international carbon market to allow Annex I countries to trade their emission quotas.²⁸ According to Bodansky, these flexibility mechanisms are the most criticized feature of the Protocol, as it does not oblige states to adopt particular measures but give them the freedom to decide how, where and when to reduce emissions.²⁹ The protocol has given the opportunity to developed countries to achieve their objectives by obtaining emission rights through these flexibility mechanisms, instead of reducing their domestic GHG emission level.

In sum, the Kyoto Protocol (KP) once again underlined the objective of the convention, which aims to prevent the adverse effects of climate change on human security, and emphasized the promotion of the concept of sustainable development. To this end, the KP has set out to define concrete international procedures and rules that provide for economic, financial and commercial mechanisms for mitigating climate change. But the confrontations between the developing countries and the developed countries, which were present even in the negotiation period of the Protocol, are sharpened in the following years and have seriously delayed the entry into force of the Protocol. The United States Senate, in the same year of the signing of the protocol, adopted the Byrd-Hagel Resolution which expresses that the Senate would not ratify the protocol, unless that the developing countries participate significantly in the efforts of mitigation of climate change under a legally binding protocol. This meant that much of KP's effectiveness relied on the unresolved confrontation between the parties and this resolution questioned the non-binding situation of the developing countries within the KP.³⁰ With the definitive withdrawal of the Bush administration from the KP in 2001, the effectiveness of the climate regime have changed considerably and even the entry into force of the Protocol is suspended by the respect of the ratification clause by parties that in 1990 represented at least 55% of the total volume of emissions.³¹ This refusal also marked the beginning of a

²⁸ Phillippe Cullet, "Equity and Flexibility Mechanisms in the Climate Change Regime: Conceptual and Practical Issues", *International Environmental Law Research Center*, IELRC Working Paper No.1, 1998, p.9

²⁹ Daniel Bodansky, "A Tale of Two Architectures: The Once and Future U.N. Climate Change Regime", *Arizona State Law Journal*, v. 43, no. 3, 2011, p. 700, pp. 697-712

³⁰ Joelle Paquet, "La gouvernance climatique mondiale", *Rapport évolutif de Laboratoire d'étude sur les politiques publiques et la mondialisation (LEPPM)*, Avril 2012, p.3

³¹ Kyoto Protocol..., *op.cit.*, article 25, p.19

gradual decline in ambition to keep the KP at the center of the regime on the climate. It is arguable that since the United States' rejection of the KP, the participation of developing countries in climate change mitigation efforts has been at the center of all discussions within the following COPs. The absence of commitments from major polluters within non-annex countries such as China and India has become one of the main debates of global climate action. On the other hand, the KP negotiations were marked by North-South cooperation dynamic between the EU and the G-77 / China which coincided in the position to promote mechanisms for implementing strong and ambitious emission reduction.³² This momentum for cooperation between European Union and developing countries continued in COP-6 in Bonn and COP-7 in Marrakesh, where the parties negotiated the rules for the operation of the Protocol, especially those of the flexibility mechanisms. In these negotiations, the umbrella group, the informal coalition of developed countries (Australia, Canada, New Zealand, Norway, Russia, Ukraine and United States) continued to seek additional flexibility in fulfilling their commitments. While the EU, supported by China and G77, sought to attract enough consensus for the ratification of the PK to enable its entry into force by overcoming ratification clause.³³ With the Bonn and Marrakesh agreements, the Umbrella group has successfully put in place desired procedures for the flexibility mechanisms and the path to the entry into force of the Kyoto Protocol is finally paved.³⁴ Nevertheless, two more years were needed to satisfy the 55% emissions clause; after a long negotiation process, the Russian Federation finally ratified in 2004 and the protocol formally entered into force in 2005.³⁵ Besides, Marrakesh Accords have established three climate funds under Kyoto Protocol for financing mitigation and adaptation activities in non-Annex countries.³⁶ These financial aids, which are funded through voluntary contributions from Annex 1 countries focused on reducing human vulnerabilities in face of climate change, especially in the least developed countries.

According to researchers, the Kyoto Protocol can be regarded as a significant success for the climate regime if we focus solely on its objectives and targets. But the states that submitted to these commitments within the Protocol, accounted for only about a quarter of global GHG emissions, as the Protocol does not provide binding commitments for developing countries

³² Daniel Abreu Mejia, "The Evolution...", *op.cit.*, p.25

³³ Daniel Abreu Mejia, "The Evolution...", *op.cit.*, p.26

³⁴ Hermann Ott, "Climate Policy After the Marrakesh Accord", *International Environmental Law*, Vol.12, Oxford University Press, 2002, p. 4-5

³⁵ Daniel Abreu Mejia, "The Evolution...", *op.cit.*, p.27

³⁶ Marrakesh Accords, UNFCCC, FCCC/CP/2001/13/Add.1, Article 10, p.35

and as the United States which accounts for about 25% of global emissions refused to participate.³⁷ Therefore, both affectivity and sufficiency of the Kyoto Protocol has been largely hampered and questioned. In addition, Protocol set targets for a five-year commitment period from 2008 to 2012. Thus, as soon as the Protocol's entry into force process has been completed, the question has become of what to do after 2012 and official discussions on the post-Kyoto climate regime began.

III. Copenhagen Accords: Unconformity on Future of the Regime

Negotiations on the future of the climate regime beyond the first Kyoto Protocol commitment period ending in 2012 and on the participation of developing countries in global GHG emission reduction efforts continued in the following COPs. In Montreal COP-11 (2005), an informal dialogue was launched on long-term cooperative action for all parts of the UNFCCC.³⁸ This means establishment of a new track of legislation to replace Kyoto Protocol or to process parallel to it which will include non-annex countries and non-ratifies of the Kyoto Protocol. On the one hand, deliberations on the future of the climate regime in the Kyoto track also became official in 2006 with the launch of the Working Group for post-2012 commitments of Annex 1 countries. Bali Action Plan (BAP), adopted in 2007 at COP-13, launched formal negotiations for a new comprehensive climate change agreement to succeed the Kyoto Protocol.³⁹ With the introduction of the BAP, which aims to reach a comprehensive agreement in two years at COP-15 in Copenhagen, a second negotiating track parallel to the existing one in Kyoto has been officially started. This new track aims to develop an agreement that would contain internationally binding commitments for all the parties including the developing countries, such as China and India. Therefore it aimed to erode the differentiation between annex 1 countries and developing countries on reduction commitments and also to integrate those that declined to follow Kyoto Protocol track. In this respect, it has helped to bring major GHG emitters such as the United States, China and India into the negotiations.⁴⁰ In the following two years, developed countries, especially the United States, tried to convince developing countries to accept legally binding reduction commitments for enhanced international action.

The Copenhagen conference had been gathered with plenty of hope to conclude a new legal instrument that will govern the international regime on

³⁷ Daniel Bodansky, "A Tale of Two...", *op.cit.*, p.706

³⁸ Daniel Abreu Mejia, "The Evolution...", *op.cit.*, p.28

³⁹ Lavanya Rajamani, "Differentiation in the Emerging Climate Regime...", *op.cit.*, p.156

⁴⁰ *Ibid.*, p.157

climate change. It was probably the most important summit in the history of climate negotiations, attracting 125 heads of state and government and 40,000 participants. But instead of a detailed and binding framework to promote global climate cooperation, the parties have left Copenhagen with a general policy that privileges the voluntary actions of states and devalues the role of international law and global climate governance.⁴¹ Disparities between the various groups continued until the Copenhagen conference and the dynamics of negotiation remained stuck during the most part of the conference. Annex 1 countries emphasized that emerging powers such as China, India, Brazil and South Africa (BASIC Group) no longer deserve to be left out of the reduction efforts to which they are entitled under Kyoto regime, as they have become major GHG emitters of the world. These Annex 1 countries were generally reluctant to accept a new round of emissions targets within Kyoto, if other major emitters (including the US and the BASIC Group) accept binding commitments as well.⁴² The US, which is not part of the PK, has insisted on a new comprehensive agreement to replace the PK which will encompass national commitments for US and developing countries as well, but opposes to legally binding commitments on international level.⁴³ The emerging coalition of the BASIC Group has insisted that the developed countries accept a second Kyoto period with binding targets and opposed to the adaptation of a new agreement related to their GHG emissions.⁴⁴ In the final, the Copenhagen Conference failed to reach a strong consensus on the post-2012 climate regime.

The Copenhagen Accord, result text of the conference, was drawn up behind the scenes in the last hours of the conference by the heads of state from a limited number of countries, especially through negotiations between China and United States.⁴⁵ The Accord rested as political declaration emphasizing “*strong political will to urgently combat climate change in accordance with the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities*”⁴⁶. Article 2 of the Copenhagen Accord, recognized the limit of 2 degree Celsius increase in global temperature that is defined by IPCC Fourth Assesments Report as the main objective of the global climate action.⁴⁷ According to Article 3, Annex 1 countries agreed to increase their financial

⁴¹ David Hunter, “Implications of the Copenhagen Accord for Global Climate Governance”, *Sustainable Development Law & Policy*, Vol. 10, No. 2, Winter 2010, pp.4-15, p.5

⁴² Lavanya Rajamani, “Differentiation...”, *op.cit.*, p.157

⁴³ David Hunter, “Implications of the Copenhagen...”, *op.cit.*, p.6

⁴⁴ Daniel Abreu Mejia, “The Evolution...”, *op.cit.*, p.31

⁴⁵ Joelle Paquet, “La gouvernance climatique...”, *op.cit.*, p.4

⁴⁶ Copenhagen Accord, UNFCCC, 2009, FCCC/CP/2009/L.7, Article 1, p.5

⁴⁷ *Ibid.*, Article 2, p.5

aid and technology transfer to the developing countries for enhancing mitigation and adaptation activities against climate change.⁴⁸ Article 5 of the Copenhagen Accords brings maybe the most notable novelty to the climate change regime by underlying that the non-Annex countries agreed to apply non-binding mitigation measures. It requires non-Annex countries to implement national mitigation actions and to report their progress in 2010.⁴⁹ In this regard, the agreement does not prescribe individual emission reduction targets in the medium or long term, but requires non-Annex I countries to take nationally determined mitigation actions. We can argue that this was a positive sign for further negotiations on a legally binding agreement that will include grand emitters such as China and India. But it is evident that Copenhagen Conference did not achieve the expected progress in forming a new universal protocol with legally binding targets that can replace Kyoto Protocol.

We can argue that Copenhagen Accords fall short to shape international climate change law and remained more as a political declaration. According to Bodansky, the relatively weak outcome of Copenhagen is result of two fundamental factors in the negotiations. First, the Copenhagen Conference was the first meeting whose success depended on the development of the developing countries' emissions. Secondly, the two most important players - the United States and China - disagree on the basic architecture of a future legal regime.⁵⁰ For him, the Copenhagen Accord represents a compromise that has achieved as much as possible, by establishing a process for listing the targets of developing countries which have met the symmetry demand of the United States and by establishing only political commitments which have satisfied Chinese rejection of legally binding obligations.⁵¹ On the other hand, the Copenhagen outcome has faced strong criticism. It is often expressed as a failure in that it could not provide a solution to the post-2012 scenario of the climate regime despite all the high hopes.⁵² In this regard, we can argue that it is obvious that Copenhagen Accord didn't met the expectations in developing a new international agreement to guide climate action and thereby in shaping global climate change law.

⁴⁸ *Ibid.*, Article 3, p.6

⁴⁹ *Ibid.*, Article 5, p.6

⁵⁰ Daniel Bodansky, "The International Climate Change Regime: The Road From Copenhagen", *Harvard Project on International Climate Agreements*, October 2010, p.2

⁵¹ *Ibid.*, p.4

⁵² Massimiliano Montini, "Re-Shaping Climate Governance for Post-2012", *European Journal of Legal Studies*, Vol.4, No.1, p.12

IV. Paris Agreement: New Hope for Climate Regime?

The COP that followed the one in Copenhagen, COP-16 in Cancun in 2010, clarified some issues of the Copenhagen Accord and started working on its the implementation. All the parties of Copenhagen Accord, including developing countries, presented their national reduction targets and agreed upon the Cancun Agreements which recognize the need to significantly reduce global emissions in order to achieve the objective of limiting the rise in average temperature to 2 degrees.⁵³ The Cancun Agreements maintained the two parallel tracks within climate regime, the Kyoto Protocol track and the UNFCCC track, known as the Special Working Group on Long-Term Cooperative Action, one that tried to be developed by the Copenhagen Agreements.⁵⁴ About the Kyoto track, although Cancun has not reached agreement on a second commitment period, it acknowledged that to avoid the adverse impacts of climate change, Annex 1 countries must reach ambitious commitments such as 25% to 40% below 1990 levels by 2020. This was an attempt to maintain pressure to conclude the second KP commitment period in the next COP.⁵⁵ About the other negotiating track, Cancun Agreements examined the long-term cooperative vision of the 2°C target and decided to reconsider a target of 1.5°C by 2015.⁵⁶ In this regard, the COP17 in Durban (2011) had significant results on both tracks; decision to set up the second Kyoto commitment period, launch of a new negotiation platform (Durban Platform) to develop new climate architecture by 2015.⁵⁷ During the Durban Conference, the Kyoto Protocol Annex 1 countries agreed to update their commitments for the second period, except Japan, Russia and Canada, who have already made it clear before Durban that they would not enter a second commitment period because they consider the Kyoto structure, which requires commitments from developed countries only, as unbalanced by nature. So the Durban outcome for the Kyoto runway was a significant political commitment by the EU and other Annex 1 countries to legally formalize a second commitment period at next year's meeting.⁵⁸ It was at COP18 in Doha in 2012, that the decision to engage Annex 1 countries in a second KP period was formally taken. On the other hand, the Durban Conference resulted in the launch of a new negotiating track,

⁵³ Cancun Agreements, UNFCCC, FCCC / CP / 2010/7 / Add.1, 15 March 2011, Article 1, p.4

⁵⁴ Jeniffer Morgan, "Reflections on the Cancun Agreements", *World Resources Institute*, Washington, December 2010, p.2

⁵⁵ Jeniffer Morgan, "Reflections on the Cancun Agreements...", *op.cit.*, p.4

⁵⁶ Cancun Agreements, UNFCCC, FCCC/CP/2010/7/Add.1, Article 4, p.3

⁵⁷ Romain Morel, "Durban: One Small Promising Step for Climate for 2020", *Climate Brief*, No. 10, December 2011, p.2

⁵⁸ Durban Decisions, UNFCCC, FCCC/CP/2011/9/Add.1, 15 Mars 2012, Decision 19, p.61

the Durban Platform, to develop "a new legal instrument with legal value under the UNFCCC applicable to all parties" by 2015.⁵⁹ So, in Durban, the parties were finally in agreement on the legal value of the new instrument and on the participation of the developing countries in emission reduction commitments. Although doubts remained for the outcome of the Durban Platform's work, the return of the group BASIC and United States to the negotiations for a legal agreement was a big step forward for the future of the climate regime.⁶⁰ We can argue that it is this progress that paved the way for reaching an agreement in 2015 in Paris. Although the Durban Conference cannot be considered as a success for climate change law as there was no official agreement. But it has undoubtedly made notable progress in changing the global climate regime by the regained political will for a new agreement until 2015. We can argue that *Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action* was the reason for the big expectations from the Paris conference for a new legally binding and universal agreement on climate action.

COP 21 in Paris met with plenty of hope to reach a new international climate agreement "with a legal value" and "applicable to all", as planned in Durban. The Warsaw (2013) and Lima (2014) Conferences served as pre-negotiations periods for COP-21, in which all parties were invited to submit their planned nationally determined contributions (INDCs) on GHG reduction targets, before Paris.⁶¹ At COP-21, parties negotiated to find a balanced solution that is not too strong (and therefore unacceptable by key states) or too weak (and thus ineffective for the purpose). The main controversial issues as usual included; the legally binding nature of commitments within the agreement, development of the finance and technology transfer mechanisms for developing countries, and the long-term global goal of climate regime.⁶² At the end of two-week of negotiations, the Paris Climate Agreement was signed. It has advanced the long-term global goal by emphasizing the target as "*holding the increase in the global average temperature to well below 2°C above preindustrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above preindustrial levels*".⁶³ As it is mentioned about, it was a controversy point in the negotiations as the majority of the parties demanded the declaration of 1.5°C degrees as

⁵⁹ *Ibid.*, Decision 1, p.2

⁶⁰ Romain Morel, "Durban: One Small Promising Step...", *op.cit.*, p.4

⁶¹ International Institute on Sustainable Development (IISD), *Earth Negotiations Bulletin*, Vol. 12, No. 663, December 2015, p.2

⁶² Daniel Bodansky, "The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?", *American Journal of International Law*, Vol. 110, No. 2, May 2016, pp.288-319, p.289

⁶³ Paris Agreements, UNFCCC, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12 December 2015, Article 2, p.2

the official long-term target while the developed countries preferred to keep 2°C degrees as the official target. In the end, facing the majority, the industrialized countries accepted to find a language that mentions the target of 1.5 ° C without declaring it as the official operational objective.⁶⁴ On the other hand, about the legal value of the agreement, United States was against legally binding GHG reduction targets and sought to convince other parties through bilateral consultations.⁶⁵ The other largest emitter of GHG in the world, China has supported a legally binding agreement but demanded weak measures of international transparency on its pursuit of national targets.⁶⁶ At the end, parties agreed upon an agreement with a legal value but which will be based on National Determined Contributions (NDCs), not like Kyoto Protocol which had internationally determined targets. In this regard, Paris Agreement *invites parties to communicate their first nationally determined contribution no later than when the Party submits its respective instrument of ratification, accession, or approval of the Paris Agreement*.⁶⁷ These NDCs will be decided by national governments, will contain five year targets on GHG emissions and will be renewed and communicated to the UNFCCC every five year. Agreement doesn't address annexed list of countries as previous agreements did, therefore requires all signatory parties to provide NDCs and work towards achievement of their national targets. So we can argue that Paris Agreement has achieved its goal of establishing a new international agreement with legal value applicable to all parties. Lastly, the Paris Agreement (PA) also contains a less detailed section on the support and promotion of adaptation activities in the developing countries under Article 7. The PA creates a global goal on adaptation that was absent previous agreements aimed at strengthening "adaptive capacity, building resilience and reducing vulnerability to climate change".⁶⁸ On the financing of these activities, several developed countries have opposed their financial commitment and have even suggested reversing previous commitments in terms of financing climate action. But in the face of strong resistance from the G77 and China, developed countries have agreed to provide financial resources to help developing countries adapt to the impacts of climate change, with a goal of "100 billion dollars a year" here to 2025.⁶⁹ Thus we

⁶⁴ Radoslav Dimitrov, "The Paris Agreement on Climate Change: Behind Closed Doors", *Global Environmental Politics*, Vol. 16, No.3, August 2017, pp.1-11, p.4

⁶⁵ *Ibid.*, p.3

⁶⁶ *Ibid.*, p.3

⁶⁷ Paris Agreements, UNFCCC, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12 December 2015, Article 22, p.4

⁶⁸ Charlotte Streck, Paul Keenlyside, Moritz von Unger, "The Paris Agreement: A New Beginning", *Journal for European Environmental & Planning Law*, Vol. 13, 2016, pp. 3-29, p.19

⁶⁹ Paris Agreements, UNFCCC, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12 December 2015, Article 54, p.8

can argue that Paris Agreement has also made some progress on the financial disparity between developing and developed countries. Nevertheless, we can assert that compared to previous agreements Paris Agreement seems more comprehensive and ambitious.

The Paris Agreement is often seen as different from its predecessors and as a historic agreement for the climate regime for certain reasons. First, it is a legally binding instrument, unlike the Copenhagen Accord which was more like a political declaration. Second, it applies not only to developed countries, such as the Kyoto Protocol did, but also to developing countries, which account for a growing proportion of global emissions. Thus, it is abandoning the Annex-based differentiation in the UNFCCC and Kyoto Protocol. In addition, it establishes a long-term sustainable architecture, which institutionalizes an iterative process in which parties will return every five years to review collective progress and submit emission reduction plans for the next five-year period. And finally, the Paris Agreement seems to have universal or almost universal acceptance, unlike the Copenhagen and Kyoto agreements.⁷⁰ In these respects, it is arguable that the outcome of COP-21 has exceeded expectations, resulting in an agreement that can be accepted as an important step in the evolution of the climate regime.⁷¹ The main criticism about the Paris Agreement is that it is based on the planned contributions determined at the national level. The Accord is built entirely around promises of voluntary contributions by countries, which is still far from reaching the stated goal of limiting the rise in temperature to 2°C. Without further political action, the world is already on the road to a 4°C degree increase in global temperature by 2100, and even if all the NDCs granted in Paris are fully implemented, it will put the world on the way to an elevation over 3°C degrees by 2100.⁷² Moreover, observers point out that particularly the commitments made in the Paris Agreement by major emitters, such as the United States, China and India, are far away from to fulfill the objective of the Agreement.⁷³ Another criticism about the Accord is that it focuses only on long-term action for objective mitigation of 2°C and failed to put concrete plans to promote adaptation activities and

⁷⁰ Daniel Bodansky, "The Paris Climate Change Agreement...", *op.cit.*, p.290

⁷¹ International Institute on Sustainable Development (IISD), *Earth Negotiations Bulletin*, Vol. 12, No. 663, December 2015, p.43

⁷² Raymond Clemençon, "The Two Sides of the Paris Climate Agreement: Dismal Failure or Historic Breakthrough?", *Journal of Environment & Development*, Vol. 25, No. 1, pp. 3-24, p.4

⁷³ Guri Bang, "The Challenge of translating the Paris agreement into effective domestic policy", in Harold Wilhite and Arve Hansen (ed.), *Will the Paris Agreement Save the World*, Oslo Academy of Global Governance, Working Paper, No. 1, 2016, Oslo, University of Oslo, Center for Development and Environment, pp.27-33, p.32

prevent short-term threats.⁷⁴ Although it envisages an overall objective of adaptation, it is often criticized for being weak in describing concrete action and cooperation plans for adaptation activities. Oxfam, underlining that even only 1°C of global warming can cause great destruction for vulnerable populations, suggests that the goals related to adaptation activities within the Paris Agreement are largely insufficient to resolve the humanitarian situation in front climate change.⁷⁵ After all, the Paris Agreement represents an almost universal agreement to fight climate change as an urgent and serious threat to humanity, which for the first time has been signed by all countries. Despite its deficiencies, we can argue that it justifies cautious optimism about the future of the international climate regime.

With entry into force of Paris Agreement on 4 November 2016, the international climate regime has created a new structural order under the UNFCCC. However, the implementation of the Agreement will define the success of its objectives, which remains to be seen. After 23 years of negotiations in the UNFCCC, much remains to be decided and governments are currently negotiating the operational aspects of the Agreement. In 2018, the parties will make the first assessment of collective efforts in relation to the PA and finalize the details of the implementation of the Agreement.

Conclusion

As a result of the growing scientific evidence and environmental wave since 1970s Climate Change has become an important issue for global politics. Because of the nature of its cause and consequences, Climate Change requires international, even global, cooperation to tackle. It has been 26 years from the first international convention to tackle climate change, United Nations Framework Convention on Climate Change, has been signed. This agreement was a framework convention which sets the general objective and principles of the global climate change regime. In this regard, it hands over establishment of concrete measures and binding commitments from parties to latter legislations under UNFCCC structure. Since 1992, through long-lasting negotiations parties tried to develop an effective international agreement to mitigate climate change and prevent it adverse effects. Ultimately, we can argue that today especially four agreements (UNFCCC, Kyoto Protocol, Copenhagen Accords and Paris Agreement) seem like the most important components of the global climate change regime. This paper aimed to examine these agreements and the most controversy points in their respective negotiation processes. By doing so, it

⁷⁴ OXFAM, "The Paris Climate Agreement: Oxfam's Initial Analysis", 2015, p.5

⁷⁵ *Ibid.*, p.5

has tried to reveal the evolution of the international climate change law and to point out its milestones. In this direction, evolution of the international climate change regime has been the scene of intense debates, mainly over disparities between developed and developing countries. Main reasons of this disparity were; the historical responsibility of developed countries for anthropogenic GHG level in the atmosphere and the crucial vulnerability of regions of the world where developing or less developed countries are situated, in the face of climate change. Major developing countries - led by China - emphasized the responsibility of developed countries to reduce their GHG emissions to mitigate climate change and to provide financial and technical assistance to developing countries to support their adaptation activities. On the other hand, while several developed countries - notably the European Union countries - accepted to assume this primary responsibility. Some developed countries - led by United States - have refused to undertake all efforts to combat climate change and persisted for similar GHG emission limits for developing countries, which have become major emitters over time. Thus, we can argue that the main dynamic of 25+ years of negotiations on the formation of the climate change law was this confrontation between developed and developing countries. Ultimately, climate change law has evolved through different agreements since 1992 and proposed changing legislations over time under pressure of negotiations. In the current situation, most recent Paris Agreement seems as a sustainable international agreement, as it reached quasi-universal legitimacy. While it is offering a certain vision for the future of the climate action, it should be underlined that its success depends on its implementation and execution over years.

Bibliography

Official Documents

- IISD (International Institute on Sustainable Development), *Earth Negotiations Bulletin*, Vol. 12, No. 663, December 2015
- OXFAM, *The Paris Climate Agreement: Oxfam's Initial Analysis*, 2015
- United Nations, Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 1997
- United Nations, UNFCCC, Cancun Agreements, 2010
- United Nations, UNFCCC, Copenhagen Accords, 2009
- United Nations, UNFCCC, Durban Agreements, 2011
- United Nations, UNFCCC, Marrakesh Accords, 2001
- United Nations, UNFCCC, Paris Agreements, 2015
- United Nations, United Nations Framework Convention on Climate Change, 1992

Articles

- Charlotte STRECK, Paul KEENLYSIDE, Moritz VON UNGER, "The Paris Agreement: A New Beginning", *Journal for European Environmental & Planning Law*, Vol. 13, 2016, pp. 3-29
- Chris SIMOENS, "Changements Climatiques et Développement Durable; les Jalons d'une Prise de Conscience Mondiale", *Le Journal de Cooperation Belge*, Vol. 1., 2008, pp.1-9
- Daniel Abreu MEJIA, "The Evolution of the Climate Change Regime: Beyond North - South Divide", *ICIP Working Papers*, No. 6, 2010, pp. 1-51
- Daniel BODANSKY, "The History of Global Climate Change Regime", *International Relations and Global Climate Change*, LUTERBACHER Urs,
- Daniel BODANSKY, "The International Climate Change Regime: The Road from Copenhagen", *Harvard Project on International Climate Agreements*, October 2010, p.1-7
- Daniel BODANSKY, "The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?", *American Journal of International Law*, Vol. 110, No. 2, May 2016, pp. 288-319
- David HUNTER, "Implications of the Copenhagen Accord for Global Climate Governance", *Sustainable Development Law & Policy*, Vol. 10, No. 2, 2010, pp.4-15
- Detlef SPRINZ (ed.), Cambridge, London, MIT Press, 2001, pp. 23-41
- Guri BANG, "The Challenge of translating the Paris agreement into effective domestic policy", *Will the Paris Agreement Save the World*, Oslo Academy of Global Governance, Oslo, Center for Development and Environment, Working Paper, No. 1, 2016, Oslo, pp. 27-33
- Hermann OTT, "Climate Policy After the Marrakesh Accord", *International Environmental Law*, Vol.12, Oxford University Press, 2002, pp. 1-13

- Jeniffer MORGAN,, “Reflections on the Cancun Agreements”, *World Ressources Institute*, Washington, December 2010, pp. 1-12
- Joelle PAQUET, “La Gouvernance Climatique Mondiale”, *Rapport évolutif de Laboratoire d’étude sur les politiques publiques et la mondialisation (LEPPM)*, Avril 2012, pp. 1-24
- Lavanya RAJAMANI, “Differentiation in the Emerging Climate Regime”, *Theoretical Inquiries in Law*, No. 14, Vol. 1, 2013, pp. 150-171
- Lavanya RAJAMANI, “The Devilish Details: Key Legal Issues in the 2015 Climate Negotiations”, *The Modern Law Review*, Vol.78, No. 5, 2015, pp. 826-853
- Lavanya RAJAMANI, “The Making and Unmaking of the Copenhagen Accord”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.59, No.3, Julliet 2010, pp. 824-843
- Massimiliano MONTINI, “Re-Shaping Climate Governance for Post-2012”, *European Journal of Legal Studies*, Vol.4, No.1, 2011, pp. 8-27
- Phillippe CULLET, “Equity and Flexibility Mechanisms in the Climate Change Regime: Conceptual and Practical Issues”, *Internatinal Environmental Law Research Center Working Paper No.1*, 1998, pp. 1-22
- Radoslav DIMITROV, “The Paris Agreement on Climate Change: Behind Closed Doors”, *Global Environmental Politics*, Vol. 16, No.3, August 2017, pp. 1-11
- Raymond CLEMENCON, “The Two Sides of the Paris Climate Agreement: Dismal Failure or Historic Breakthrough?”, *Journal of Environment & Development*, Vol. 25, No. 1, pp. 3-24
- Romain MOREL, “Durban: One Small Promising Step for Climate for 2020”, *Climate Brief*, No. 10, Decembre 2011, pp. 1-8

Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçu Bildirmeme Suçu^(*)

Failure to Report a Crime Within the Context of Legal Certainty Principle

Arş. Gör. Göksu IŞIK^(**)

Özet

Devletlerin suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında sahip olduğu yetki geçmişten bu yana bireylerin de çeşitli düzeylerde katılımlarıyla kullanılmaktadır. Bu yetkinin kullanımında devletin olduğu kadar bireylerin de çeşitli yükümlülüklerle tabi tutulduğu günümüz devlet sistemlerinin temelinde yatan teorilerden bu yana gözlenmektedir. Bu bağlamda işlendiği veya işlenmekte olduğu bilinen suçların adli makamlara bildirilmesi bir yükümlülük olarak düzenlenmekte ve ihlali de ceza hukuku sistemlerinde suç olarak yer almaktadır. Fakat geniş kapsamı, unsurları konusunda yer alan tereddütler, bireylere getirilen sınırları belli olmayan yükümlülüklerin otoriter ve müdahaleci anlayışın eseri olduğu görüşleri bu suçun düzenlenmesinde hukuki güvenlik ilkesi bağlamında birtakım sorunların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Hukuk devletinin temelinde yer alan anayasal ilkeler de dolaylı yoldan etkilenme tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır. Türk Hukuk Sisteminde düzenlendiği haliyle birçok tartışmaya ve akademik esere konu olan suçun bildirmeme suçunda bu tehlikenin diğer sistemlere nazaran daha görünür olduğu gözlemlenmiştir. Yine de yargı organları ve doktrinin, sınırlandırma ve tutarlı yorumlama yoluyla hukuki güvenliğin sağlanması yolunda adımlar attığı da yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Suçun Bildirmeme, Hukuki Güvenlik, Bildirim Yükümlülüğü.

Abstract

The competence of States on investigation and prosecution has been exercised with the participation of individuals at different levels. Individuals are given some obligations as well as the States, for the exercise of this competence since the establishment of theories that lay the basis of existing State systems. Within this frame, an obligation to report an offence to judicial authorities is imposed and the violation of this obligation is regulated as a crime in various criminal law systems. But its extensive scope, the arguments about its elements and the considerations that the limitless obligations result from an authoritarian and interventionist aspect cause some problems within the scope of legal certainty principle. Constitutional principles on the basis of rule of law are also jeopardized indirectly by this means. This jeopardy is more visible in Turkish Law System comparing with other ones about the crime of failure to

(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

(**) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, goksuisik@beykent.edu.tr

report a crime which has been made subject of many discussions and academic works. But still, it should be admitted that judicial bodies and doctrine have taken firm steps towards ensuring legal certainty through limitative and coherent interpretations.

Keywords

Failure to Report a Crime, Legal Certainty, Obligation of Notification.

GİRİŞ

Devlete verilen cezalandırma yetkisinin bir yansıması olarak günümüzde suçların kovuşturulmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu kabul edilmektedir.¹ Bireylerin de devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi için adli organlara yardım etme yükümlülüğünün olması ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin cezalandırılabilmesi birçok hukuk sisteminde yer almaktadır. Türk Hukuk Sistemi'nde de suç bildirmeme suçunu ilk defa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu düzenlemiştir. Benzer birçok hükmün geçmişte var olmuş ve hala kanunda yer alıyor olması bu suçun ayrıık olarak yorumlanması konusunda birtakım problemler yaratmaktadır. Bu problemler özellikle hükmün geniş yoruma elverişli olmasından ve kanun koyucunun önceki ve mevcut benzer düzenlemelerde yaptığı sınırlamaları bu hükümde kullanmamasının bilinçli olup olmadığı tartışmalarından ortaya çıkmaktadır. Bu durum da kişilerin suç bildirme yükümlülüğünün nereye kadar var olduğu, herkesin herhangi bir suç bildirmemesinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorularının sorulmasına sebep olmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi 2011 tarihli iptal kararı ile maddede sınırlayıcı bir değişiklik yapılmasına yol açmış olsa da hukuki güvenlik ilkesi kapsamında suçta ve cezada kanuniliğin bu hükme uygulanması konusunda yaşanan sorunlar devam etmektedir.

Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin suç olarak düzenlenmesi Türk Ceza Kanunu'na özgü olmadığı gibi diğer hukuk sistemlerinde de eleştiri konusu yapılabilen bir durumdur. Bu çalışma kapsamında öncelikle suç bildirmeme suçunun genel olarak ortaya çıkışı, ardından getirilen eleştiriler ve karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri bağlamında bireylerin hukuکی güvenliğinin sağlanmasında yaşanan sorunlar ve Türk Hukuk Sistemi'nde güncel olarak düzenlenişi çözümün hangi başlıklar altında bulunabileceği önerileri dahilinde ele alınacaktır.

I. SUÇU BİLDİRMEME SUÇUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

Bireylere suç bildirme yükümlülüğünün getirilmesi ve ardından bu yükümlülüğün gereğinin yapılmamasının suç olarak düzenlenmesi günümüz

¹ Çetin ÖZEK, "Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", *İHFM*, C: LV - S 3, 1997, 16-50, s. 37

hukuk sistemlerine özgü değildir. Hatta birçok temel hukuk teorisinde yer almaktadır. Bu nedenle suçu bildirmemenin neden suç olarak düzenlendiğini anlamak için öncelikle düzenlemenin ortaya çıkış sebepleri incelenecektir. Daha sonra ise Türk Ceza Hukuku sisteminde önceki ve mevcut benzer düzenlemelerle ele alınacaktır.

A. Suçu Bildirmemenin Suç Olarak Düzenlenmesi

Eski toplumlarda cezai adalet vatandaşlara yüklenmiş bir hizmetti. Vatandaşlar failin yakalanması, yargılanması ve hatta cezanın infazı için yardım etme yükümlülüğü altındaydı.² John Locke'a göre bu yükümlülük her insanın sahip olduğu saldırganı cezalandırma ve doğa yasasının yürütücüsü olma hakkı nezdinde mevcuttur. Buna göre bir bireyin akıl ve ortak adalet kuralından başka bir kuralla yaşamak istediğini açıklaması anlamına gelen doğa yasasının ihlali insanoğlu için genel bir tehlike yarattığından diğer her birey de insanoğlunu korumaya ilişkin hakkıyla bu tür tehlikeleri önleyebilmelidir.³ Toplumsal sözleşme ve devlet teorileri ekseninde zamanla bu yükümlülüğün kısmen veya tamamen devlete atfedilmesi kabul edilmiştir. Thomas Hobbes'a göre devletin korumasından önce herkes kendi varlığını korumak için herhangi birini boyun eğdirebilir, yaralayabilir veya öldürebilirdi. Birey daha sonra cezalandırma hakkını kullanması için egemeni güçlendirmiştir ve böylece devletin cezalandırma yetkisi ve yükümlülüğü kabul edilmiştir.⁴

Günümüzde ise devletin en önemli görevlerinden birinin suç işlenmesini önlemek ve suçluları cezalandırarak toplumda barış ve huzur ortamı sağlamak olduğu kabul edilmektedir.⁵ Bu bağlamda devletin cezalandırma hakkının icrası ve adli mekanizmanın işlerliği açısından bireylerin rolünün de önem taşıdığı kabul edilmektedir.⁶ Suçluları cezalandırma görevinin devlete bırakılmasının bir suç olayıyla karşılaşan fertlerin sorumluluktan kurtulduğu anlamına gelmediği savunulmaktadır.⁷ Bireyin buradaki yükümlülüğü ceza hukuku sistemlerinde ihbar ve bildirim şeklinde ortaya çıkmaktadır. Devletin benimsediği suç siyasetine göre bireylerin suçun aydınlatılması ve kamu barışının sağlanması ödevine yapacağı katkının derecesi belirlenmektedir. Kamusal ilkesi ve soruşturmanın mecburiliği ilkesi benimsendiği takdirde kural olarak

² E. ZÜRCHER, *Exposé des motifs de l'Avant-Projet de Code pénal suisse d'avril 1908 ainsi que de l'Avant-Projet de Loi d'application*, Çev. Alfred Gautier, 2ème partie, Berne, Imprimerie Staempfli & CIE, 1912, s. 380-381

³ John LOCKE, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, Çev. Fahri Bakırcı, 3. Baskı, 2016, s. 17-18

⁴ Thomas HOBBS, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, Onikinci Baskı, 2013, s. 232

⁵ İsa DÖNER, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)", *AÜEHFD*, C. IX, S. 3-4, 2005, 63-94, s. 91

⁶ Hamide ZAFER, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK M.280)", *İÜHFMD*, C. LXXI, S. 1, 2013, 1327-1352, s. 1333

⁷ Mahmut KOCA, "Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3 Sayı: 1 Yıl: 2012, 113-128, s. 114

kimsenin şüpheliyi veya suçu ihbar ederek suçun ortaya çıkmasına yardımcı olma yükümlülüğüne sahip olmadığı kabul edilmekle birlikte bazı durumlarda bireylerin suçları adli makamlara bildirme yükümlülüğünün var olabileceği de inkar edilmemektedir.⁸

Yine de suçu ihbar yükümlülüğünün daha çok güçlü, üstün ve müdahaleci devlet anlayışına tabi otoriter sistemlerde ortaya çıktığı görülmektedir. Oysa demokratik hukuk sistemlerinde devletin özel yaşama müdahale alanının daraldığı görülmektedir.⁹ Bu nedenle suçun aydınlatılarak kamu barışının tekrar sağlanması ihtiyacı ile şüpheli, sanık veya üçüncü şahısların sırlarına ve dolayısıyla özel hayatlarına saygı duyulmasını isteme hakkı yarışmaktadır.¹⁰ Bir diğer sorun ise bu tarz bir yükümlülüğün her bireyin muhbir konumuna gelmesine sebep olması ve toplum içinde güven duygusunu zedelemesi konularında ortaya çıkabilmektedir.¹¹ Devletin suç ve ceza politikasına göre bu yükümlülüğün yerine getirilmemesini yaptırıma tabi tuttuğu durumlarda muhbir olmayan bireylerin suçlu olmasının sorun yaratacağı kabul edilmektedir.¹² Bu tartışmalar ülkemiz açısından öldürülen bir PKK'lının cenazesinde gazetecilik mesleğini ifa ederken bu esnada atılan ve suç unsuru taşıyan sloganları bildirmeyen bir kişiye açılan davayla gündeme gelmiştir.¹³

Yeni bürokratik devlet tiplerinde bahsettiğimiz sorunlar sebebiyle bu tip yükümlülüklerin ortadan kaldırılması söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda suçu bildirmemenin yalnızca sınırlı bir biçimde bazı ceza kanunlarında yer alması ve bireyin rolünün tanıklık ödevi ile sınırlandırılması önerilmektedir.¹⁴ Birçok ceza hukuku sisteminde belli sınırlar dahilinde suç olarak düzenlenen bildirim yükümlülüğünün ihlalinin suç olmaktan çıkarılması geçmişten beri tartışılmaktadır. Örneğin İtalya'da 1950, 1960, 1963 Gonella ve 1968 Gonella projelerinde bu fiilin suç olmaktan çıkarılması önerileri yer almıştır. Özellikle vatandaşların suçları izlemek gibi genel bir yükümlülüğe sahip bulunmasının totaliter rejimin bir ürünü ve gereği olması bu önerilerin temelinde yer alan sebeplerden olarak ele alınmıştır.¹⁵ Yine de doğrudan veya dolaylı olarak bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesinin suç olarak düzenlendiği sistemler hala çoğunluktadır. Türk Hukuku da bu sistemlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁸ ZAFER, "Sağlık Mesleği...", *op. cit.*, s. 1333

⁹ DÖNER, *op. cit.*, s. 70

¹⁰ ZAFER, "Sağlık Mesleği...", *op. cit.*, s. 1329

¹¹ DÖNER, *op. cit.*, s. 91

¹² Yener ÜNVER, *Adliye Karşı Suçlar (TCK m.267-298)*, Seçkin Hukuk, 3. Bası, 2012, s. 279

¹³ Ayorum (22.11.2007): "TCK 278. maddesi ilk meyvesini verdi", http://www.ayorum.com/haber_oku.asp?haber=276, (Erişim Tarihi: 23 Ekim 2017)

¹⁴ ZÜRCHER, *op. cit.*, s. 380-381

¹⁵ Çetin ÖZEK, *Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 225-226

B. Türk Ceza Hukukunda Suçu Bildirme Yükümlülüğü

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) da bildirim yükümlülüğüne ilişkin suçlar mevcut olmakla birlikte suçü bildirmeme suçü şeklindeki doğrudan düzenleme ilk olarak 5237 sayılı TCK'nın 278. maddesi ile sistemimize girmiştir.¹⁶

765 sayılı TCK 151. maddesinde fesadı bildirmeme şeklinde özel bir düzenleme içermektedir. Bu bağlamda maddenin yer aldığı fasıldaki suçları ihbar yükümlülüğü öngörülmektedir. 5237 sayılı TCK'da bu düzenleme yer almamaktadır. Bu durumun kanunkoyucu tarafından özellikle mi yapıldığı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Yeni madde 278'in bu hali de kapsıyor olmasını kabul eden yazarlar bulunmakla birlikte¹⁷ yeni düzenlemede yer alan «işlenmekte olan» veya «işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün olan» ifadelerinin esas farkı yarattığını, fesadı bildirmemenin ise sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması mümkün olmasa da işlenmiş olan suçları da kapsadığını savunan yazarlar da mevcuttur.¹⁸

765 sayılı TCK'daki bir başka benzer düzenleme de 296. maddedeki hakkında yakalama veya tutuklama kararı çıkarılmış bir kişinin yerini bilenlere suçluyu koruma şeklinde getirilmiş olan ihbar yükümlülüğüdür. Bu hüküm de suçü bildirmeme suçü ile benzetmekle birlikte suçü değil faili bildirmemeyi içerdiğinden TCK madde 278 ile tam olarak örtüşmemektedir. Keza eski hüküm 5237 sayılı TCK'da yer alan birçok maddede¹⁹ karşılık bulabildiğinden aynı hali düzenlememektedir.²⁰

¹⁶ "Suçu bildirmeme

Madde 278- (İptal: Anayasa Mahkemesinin 30/6/2011 tarihli ve E.: 2010/52, K.: 2011/113 sayılı Kararı ile.; Değişik: 2/7/2012-6352/91 md.)

(1) İşlenmekte olan bir suçü yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçü yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkraya hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

(4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçü önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır."

¹⁷ DÖNER, *op. cit.*, s. 67

¹⁸ Mustafa Ruhan ERDEM, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)", *TBB Dergisi*, Sayı 80, 2009, 105-120, s. 105; Aynı yönde Bkz. Ümit KOCASAKAL, *Türk Ceza Kanunu'nda Suçu Bildirmeme Suçları*, Vedat Kitapçılık, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2017, s. 11-12

¹⁹ Türk Ceza Kanunu, Kanun no: 5237, Kabul tarihi: 26.09.2004, madde 281 (Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme), madde 283 (Suçluyu kayırma), madde 284 (Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme)

²⁰ DÖNER, *op. cit.*, s. 68 Aynı yönde Bkz. KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 12

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) madde 159'da düzenlenen şüpheli ölümlerin ihbarı, 5237 sayılı TCK madde 333'te düzenlenen «devlet sırlarından yararlanma» ve «devlet hizmetlerinde sadakatsizlik» suçları içerisinde getirilen maddedeki suçların işleneceğini haber alıp bunları zamanında yetkililere ihbar etme yükümlülüğü, madde 166'da yer alan elde edilen eşyanın suç işlemek suretiyle veya dolayısıyla elde edildiğinin öğrenilmesi durumunda yetkili makamlara bildirimde bulunma, madde 98'de düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğü ile madde 284'te düzenlenen tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme bu bağlamda yer alan benzer düzenlemelerdendir.²¹

5237 sayılı TCK'nın 278. maddesinin gerekçesinde suçların cezalandırılmasını devletten istemenin kişi açısından bir hak olduğu gibi; herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu, suçu takibe yetkili makamlara bildirmesinin aynı zamanda bir yükümlülük olduğu belirtilmektedir. Suçların ihbar ve şikayet hakkının TCK 26 uyarınca bir hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul edilmektedir. Gerekçenin, suç duyurusunun hukuka uygunluğunu açıklamasıyla birlikte neden suç olarak ele alındığını belirtmemesinin eleştirisi konusu yapıldığı görülmektedir.²² Fakat tartışmaları ve iptalleyle birlikte bugün, aşağıda ele alacağımız ayrıntılarla düzenlenmiş olan suçu bildirmeme suçu Türk Ceza Hukuku sisteminde yer almaktadır.

II. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ BAĞLAMINDA BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Hukuk devletinin temelinde yer alan hukuki güvenlik ilkesi keyfiliğin engellenmesini amaçlamaktadır.²³ Bireylerin hukuki güvenliğinin korunması kapsamında ceza gerektiren eylemler için net ve açık bir tanım öngörmeyen düzenlemelerin kanunilik ilkesi karşısında da sorun oluşturabileceği kabul edilmektedir.²⁴ Bir normun açıklık ve netliği ise kanun koyucunun iradesi kadar yargının onu yorumlamasıyla da sağlanabilmektedir.²⁵ Burada esas amaç kişinin cezai sorumluluğunu doğurabilecek eylemleri bilmesini sağlamaktır.²⁶ Bu bağlamda suçu bildirmeme suçu için birtakım eleştiriler

²¹ Bkz. KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 4-5

²² ÜNVER, *op. cit.*, s. 285

²³ Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi (Venedik) Komisyonu, *Rapport sur la prééminence du droit*, CDL-AD(2011)003rev, Strasbourg 28 Mart 2011, §44-45

²⁴ Castillo Petruzzi et al. Peru'ya Karşı, *Amerikalaraşarı İnsan Hakları Mahkemesi*, 30 Mayıs 1999, §121

²⁵ Damien SCALIA, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Edition Bruylant, 2011 p. 74

²⁶ Başkaya ve Okçuoğlu Türkiye'ye Karşı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*, 23536/94 ve 24408/94, 8 Temmuz 1999, §36

yapılagelmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 2011 tarihli iptal kararı ve yeni düzenleme ile fail açısından getirilen sınırlama bu eleştirilerin bir kısmını karşılarsa da karşılaştırmalı hukuktaki benzer düzenlemeler ve değişiklik sonrası getirilen eleştiriler dikkate alındığında kişinin hukuki güvenliğinin kanunilik ilkesi ve genişletici yorum yasağına uygunluk kapsamında korunması için hala yapılması gereken değişiklikler olduğu kabul edilmektedir. Bu eleştiriler ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler fail, suç ve bildirim zamanı açısından incelenecektir.

A. Fail Açısından Getirilen Sınırlama

Thomas Hobbes herkesin başka birinin cezalandırılmasında egemenliğe sahip kişiye yardımcı olma yükümlülüğünün olabileceğini fakat kendisinin cezalandırılmasında bu yükümlülüğün mevcut olmayacağını iddia etmiştir.²⁷ Bu temelde suçu bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin cezalandırıldığı sistemlerde fail açısından başta kendi suçunu bildirme yükümlülüğünün daha sonra da yakınlarının suçunu bildirmeme yükümlülüğünün suç sebebiyet verecek şekilde ele alınması fazla geniş olması dolayısıyla eleştirilmiştir.

1. Faille Yakın İlişkide Olan Kimseler Bakımından

Hukuki bir yükümlülüğün ihmalinin hiçbir sınırlama olmadan suç haline getirilmesi basit veya şikayete tabi olan veya feragat edilen durumlarda dahi herkesin cezalandırılmasına sebep olabilecek niteliktedir. Bu durumun hukuk devleti ilkesi dahilinde kabul edilebilir olmadığı açıkça görülebilmektedir. Keza bahsettiğimiz Anayasa Mahkemesi kararı da suçun faillerine sınırlama getirerek TCK 278'deki bu aykırılığı düzeltmeyi amaçlamıştır.

Kararda mağdur çocuğun cinsel istismarı iddiasıyla kardeşler ve mağdurun annesi hakkında suçu bildirmeme iddiasıyla açılmış bir dava neticesinde yapılan bir itiraz söz konusudur. Anayasaya aykırılık ise madde 38/5'te düzenlenen «*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*» hükmü nezdinde incelenmektedir. Bu bağlamda suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumunun cezasızlık açısından ayırık tutulmaması anayasaya aykırı bulunmuştur ve iptal edilmiştir.²⁸ Bu doğrultuda kanun koyucu «*Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolünmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.*» düzenlemesini eklemiştir.

²⁷ HOBBS, *op. cit.*, s. 232

²⁸ Anayasa Mahkemesi, 30.06.2011, E. 2010/52, K. 2011/113, 28085 sayılı Resmi Gazete, 15 Ekim 2011

Anayasa Mahkemesi kararı öncesi dönemde ise doktrinde birçok tartışma yaşanmıştır. Hükümetin Türk Ceza Kanunu tasarısının 444. maddesinde yakın akrabalar için bildirim yükümlülüğü düzenlemesinin kanunda kullanılmaması, kanun koyucunun bilerek mi böyle bir tercih yaptığı konusunu gündeme getirmiştir. Bu konuda bildirim yükümlülüğünün faili değil suçu kapsamasının kimsenin yakınlarını ele verme durumunda bırakmasına gerek olmadığı şeklinde bir yoruma elverişli olduğunu ileri süren yazarlar mevcuttur. Fakat insan doğası düşünüldüğünde bu durumun pratikte çok fazla uygulanamayacağı da kabul edilmektedir.²⁹ Bir başka yaklaşım da Anayasa 38/5 hükmünün doğrudan uygulanabilirliği şeklindeki çözüm olmuştur. Bu nedenle de kişisel cezasızlık sebebi olarak yer alacak bir düzenlemenin yerinde olduğu fakat zorunlu olmadığı savunulmuştur.³⁰ Fakat bu görüş Anayasa Mahkemesi'nin kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme işlevini göz ardı ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin denetleme işlevi çözüm olarak görülebilse de uygunluk denetiminin mutlak doğru olarak kabul edilemeyeceği durumlar olabileceği de göz önünde bulundurulduğunda bu son eleştiri de çözüm olamamaktadır.³¹ Fakat bu durum tüm yargı sistemleri ve mahkemeler için geçerli olmaktadır. Mahkemelerin yaptıkları denetimlerin, verdikleri yargı kararlarının her zaman mutlak doğru denetimler ve kararlar olmaması uygulamada karşımıza çıkan bir olgudur. Anayasa Mahkemesi'nin kararları ve işlevini bu olası hatalar üzerinden değerlendirmek çok doğru görünmemektedir.

Ayrıca *nemo tenatur* ilkesi ve susma hakkının 5237 sayılı Kanun'un suç politikasının temelinde yer almaması da eleştirilmektedir.³² Fakat uygulamada Anayasa Mahkemesi öncesinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2009 tarihli bir kararında, kimsenin Anayasanın 38/5 hükmü karşısında işlediği suçu ihbar yükümlülüğüne sahip olmadığını kabul ettiği görülmektedir.³³ Keza diğer düzenlemelerle karşılaştırmalı yorum yapan yazarlar da; TCK madde 281'de suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme açısından benzer bir sınırlama getirildiğini ve eğer madde 278'de failin de ihbara zorlandığı kabul edilseydi maddenin başka şekilde kaleme alınacağını belirtmişlerdir. Kanundaki eksikliğin ise başkasının işlediği veya işlemekte olduğu şeklindeki bir düzenleme ile veya temelde şahsi cezasızlık sebebi ile giderilebileceğini savunulmuştur.³⁴ Bu düşünceyi savunan ÜNVER ayrıca DÖNER'in sebebiyet

²⁹ DÖNER, *op. cit.*, s. 87-88

³⁰ ERDEM, *op. cit.*, s. 109

³¹ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 99

³² ÜNVER, *op. cit.*, s. 283, 288

³³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16.06.2009, E. 2008 4MD/178, K. 2009/159

³⁴ ÜNVER, *op. cit.*, s. 281

verdiği yerine verilen tabirini önermesini³⁵ de nedensellik bağının zorunlu olmadığı izlenimi yaratacak olması düşüncesiyle eleştirmiştir.³⁶

KOCASAKAL yakın tarihli eserinde anayasaya uygun yorum tekniğinin tüm bu sorunları çözebileceğini savunmuştur. Birden fazla yoruma izin veren TCK madde 278 karşısında ayrıntılı bir düzenleme olarak yer alan Anayasa madde 38/5'in temel alınmasının yorumlu ret kararı gerektirdiğini ve böyle bir kararın da çözüm için yeterli olacağını belirtmiştir.³⁷ 2011 yılında 6352 sayılı kanunla getirilen yeni düzenleme bu bağlamda yerinde kabul edilmekle birlikte diğer sistemlerdeki muafiyet durumlarının uzun zamandır daha geniş bir kişi grubunu ele aldığı görülmektedir.

Örneğin 1896 tarihli İsviçre Ceza Kanunu ön tasarısında dahi ön suçun faili ile yakın ilişkisi olan kişiler (*les relations étroites*) açısından faili bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemek suçu için cezazırlık sebebi bulunduğu kabul edilmiştir.³⁸

Fransa Ceza Kanunu'nda düzenlenen ihbar etmeme suçu ise failin ya da suç ortağının eşi veya herkesçe bilindir şekilde karı-koca hayatı yaşadığı kişileri, anne babası ile onların eşleri ve kardeşleri ile onların eşlerini muaf tutmaktadır.³⁹ Maddenin eski halinde dördüncü derece dahil aile ve hısımlar ele alınmışken fail ya da suç ortağı istisnaya dahil edilmemişti. Fakat Fransız Yargıtay'ı bu istisnayı yine de içtihat yoluyla getirmişti.⁴⁰ Bu düzenlemede eleştirilen durum birlikte yaşamı düzenleyen bir anlaşma imzalamayı esas alan PACS (*pacte civil de solidarité*) kurumunun dahil edilmemesidir.⁴¹

Polonya sisteminde fail açısından getirilen sınırlama kişinin yetkili makamların suçtan haberdar olduğunu bildiği durumlarda, suçu önlediği durumlarda veya kendisi veya bir yakınının ceza takibatı korkusuyla bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği durumları içermektedir.⁴²

³⁵ DÖNER, *op. cit.*, s. 75

³⁶ ÜNVER, *op. cit.*, s. 294

³⁷ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 99-102

³⁸ İSVİÇRE, *Avant-Projet de Code pénal suisse*, modifié d'après les décisions de la commission d'experts, Bern, Buchdruckerei Stämpfli & CIE, 1896, madde 194

³⁹ FRANSA, *Code pénal français*, article 434-1, modifié par loi no 2016-297 du 14 mars 2016 - art. 45 (V), article 434-2, modifié par loi no 2016-731 du 3 juin 2016 - art. 8, article 434-3, modifié par loi no 2016-297 du 14 mars 2016 - art. 46

⁴⁰ FRANSA *Cour de Cassation, Chambre Criminelle*, 27 décembre 1960, Bull., n° 624 aktaran VÉRON, Michel, *Droit pénal spécial*, Sirey, Dalloz, 11ème édition, 2006, *op. cit.*, s. 396

⁴¹ VÉRON, *op. cit.*, s. 396

⁴² POLONYA, *The Penal Code*, Act of 6 June 1997, Official Journal of 2 August 1997, article 240, http://www.unodc.org/res/cld/document/pol/1997/penal_code_html/Poland_Penal_Code_1997.pdf, (Erişim Tarihi: 12 Kasım 2017)

Finlandiya Ceza Kanunu'nda ise eş, kardeş, kan veya civar hısımları, aynı evde beraber yaşadığı kişiler, çift ilişkisi içinde olduğu veya akrabalık benzeri yakın ilişkiye sahip olduğu kişiler bakımından bir muafiyet öngörülmüştür.⁴³

2. Meslek Sırrı Olan Kişiler Bakımından

Fransa'da meslek sırrı durumları da muafiyet sebebi olarak ele alınmıştır. Bu düzenleme fail açısından yapılan kısıtlamaya başka bir boyut getiriyor olsa da sırrın mutlak mı nispi mi olduğu ayrımını içermediği gerekçesiyle sorunlu olarak kabul edilmektedir.⁴⁴ Fransa'da bir ilk derece mahkemesi ise bir din adamını 2001 tarihli bir kararda suçu bildirmemesi dolayısıyla ilk defa mahkum etmiştir. Bu durum çeşitli haberlere de konu olmakla birlikte mahkeme, sanığın pedofil bir din adamı olduğu, ihbarı yapmakla yükümlü kimsenin de mağdur çocuğun annesinin pedofil din adamını şikayet ettiği peder olduğu ve bu nedenle de bilginin pedofil din adamı tarafından değil de anne tarafından şikayet vesilesiyle elde edilmesi dolayısıyla meslek sırrı niteliği taşımadığı gerekçelerine dayanmıştır.⁴⁵ Alman Ceza Kanunu'nda ise açık olarak avukat, doktor, din adamı gibi bazı meslek grupları açısından cezasızlık öngörülmüştür.⁴⁶

TCK 278 bağlamında ise meslek sırrı kapsamında bilgi sahibi olan kişilerin muaf tutulduğu açık bir düzenleme yer almamaktadır. Fakat bazı yazarlar sır saklama yükümlülüğü altında olan kişilerin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlanabileceğini savunmaktadır.⁴⁷ Aynı yönde sır saklama yükümlülüğünün baskın bir yükümlülük olduğu ve suçu bildirmeme hakkını getirdiği belirtilmektedir.⁴⁸ Bu görüş eleştirilirken Alman hukukunda bazı meslek mensupları için ayrı düzenleme olduğu fakat Türk hukukunda böyle bir düzenleme olmadığı, hatta kanun koyucunun TCK madde 258'de

⁴³ FİNLANDİYA, *The Criminal Code of Finland*, 39/1889, amendments up to 766/2015 included, Chapter 15, Section 10, «his or her present or former spouse, present cohabiting partner, a sibling, a direct ascendant or descendant, or a person with whom he or she has a corresponding couple relationship or close relationship corresponding to kinship», <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf>, (Erişim Tarihi: 12 Kasım 2017)

⁴⁴ VÉRON, *op. cit.*, s. 396

⁴⁵ FRANSA, *Tribunal de grande instance de Caen*, 4 septembre 2001 aktaran VÉRON, *op. cit.*, s. 396 Ayrıca Bkz. Legal News International (05.09.2001): « Condamnation de l'évêque Pican pour non-dénonciation de crimes et d'atteintes sexuelles sur mineurs: une première brèche dans le secret professionnel ? », http://www.legalnewsinternational.com/index.php?option=com_content&view=article&id=58434&catid=939:non-categorise&Itemid=123, (Erişim Tarihi: 13 Kasım 2017)

⁴⁶ ALMANYA, *German Criminal Code*, promulgated on 13 November 1998, Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt) I p. 3322, article 138-139 https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1305, (Erişim Tarihi: 13 Kasım 2017)

⁴⁷ ERDEM, *op. cit.*, s. 116

⁴⁸ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 94

göreve ilişkin suçun açıklamasını da aynı tarihte düzenlediği fakat madde 278 kapsamına böyle bir düzenleme yapmadığı ileri sürülmektedir.⁴⁹

Düzenlemede avukatın ihbar yükümlülüğü de yer almamaktadır. Lakin bu durum bir avukatın işlenmekte olan bir suçun müdafii olmasının mümkün olmaması dolayısıyla gerekli görmemektedir. Ayrıca avukat için ihbar yükümlülüğünün zaruret hali dahilinde TCK madde 25/2 nezdinde de değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Son olarak da TCK 278 düzenlemesinin failin değil suçun bildirilmesini kapsadığı, bu nedenle de failin kimliği açıklanmadıkça sırrın ifşa edilmediğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁵⁰

B. Suçlar Açısından Getirilen Sınırlama

Suçu saptamak ve suçluyu yakalamak kolluk gücünün görevi olduğundan bireyin suçu ihbar yükümlülüğü sınırlı ve anayasal haklara zarar vermeyecek şekilde düzenlenmelidir.⁵¹ Genel olarak suçların bildirilmesi yükümlülüğünü içeren düzenlemeler en azından en başta disiplin cezasını gerektiren suçların ya da kabahatlerin bu kapsamda değerlendirilmediği konusunda bir sınırlama içermektedirler.⁵² Hatta bu konu Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1964 tarihli *Preston v. United States* kararında da kabahatleri bildirmemenin yükümlülük kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği şeklinde ele alınmıştır.⁵³

İtalya'da ömür boyu hapis cezası gerektiren ve devletin varlığına karşı işlenen suçlarla getirilen sınırlama,⁵⁴ Finlandiya'da, Polonya'da ve Almanya'da düzenleme içerisinde sayılan bazı suçlar için öngörülmüştür. Fransa'da da Türk hukukuna benzer bir şekilde sonuçlarının önlenmesi veya sınırlandırılması halen mümkün olan bir suçun ya da önlenebilir yeni suçların işlenebileceğinin öğrenilmesi düzenlenmekle birlikte milletin temel çıkarlarına yönelik bir suç veya terör suçu söz konusu olduğunda cezaların ağırlaştırıldığı görülmektedir.

765 sayılı TCK'da yer alan benzer hükümlerden madde 151'deki fesadı bildirmeme suçunun bulunduğu yerdeki düzenlemelere atfı yaptığı, madde 296'daki cürüm işleyenleri saklamak ve cürümün delillerini yok etmek cürümleri şeklindeki düzenlemenin 5237 sayılı TCK'daki madde 278 dışındaki benzer hükümlerden farklı olarak hapis cezasından aşağı olmayan cezayı gerektiren suçları içerdiği görülmektedir. Yeni madde 278'in gerekçesinde

⁴⁹ ÜNVER, *op. cit.*, s. 299-300

⁵⁰ DÖNER, *op. cit.*, s. 89

⁵¹ ÖZEK, « Adliyyeye Karşı... », *op. cit.*, s. 38

⁵² ERDEM, *op. cit.*, s. 111 Aynı yönde Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, *op. cit.*, s. 1025

⁵³ MICHIGAN LAW REVIEW, "Crimes: Prohibition: Failure to Report Violation as a Felony in Itself", *JSTOR*, Vol. 28, No. 7 (May, 1930), 935-936

⁵⁴ Bkz. KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 26-27

belli suçlar açısından bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin suç olarak tanımlandığı belirtilmekle birlikte yalnızca işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlandırılması hala mümkün bulunan suçlar açısından getirilen sınırlama bazı yazarlar tarafından yetersiz görülmekte, ayrıca gerekçenin kıyas veya genişletici yorum şeklinde kullanılamayacağına belirtilmesine yol açmaktadır.⁵⁵ Ayrıca Türk hukukunda işlenmiş olan ve neticelerinin sınırlanması mümkün olmayan fakat ağır ceza gerektiren suçlar bakımından bu tür bir sınırlamanın yerinde olmadığı da savunulmaktadır.⁵⁶ Bu nedenle ağır ceza gerektiren suçlar için neticelerin sınırlanması mümkün olmasa da bildirim yükümlülüğünün getirilebileceği önerilmektedir.⁵⁷

Doktrinde şikâyete bağlı suçların bu bağlamda değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁵⁸ Keza şikâyet bir haktır ve hakkın kullanılıp kullanılmayacağına hak sahibinin karar vermesi gerektiği kabul edilmektedir. Gerekeçedeki gibi hem hak hem yükümlülük olarak ele alınan yaklaşımdansa şikâyete bağlı suçların bildirim yükümlülüğü dahilinde düşünülmemesi gerektiğinin daha doğru olduğu savunulmaktadır.⁵⁹ KOCASAKAL, suçla korunan hukuki menfaat adliyenin fonksiyonu ise şikâyete bağlı suçların dahil olmaması gerektiğini fakat suçun önlenmesi amaçlanıyorsa dahil edilmesinin doğru olacağını belirtmektedir. Şikâyet dışında bir takip şartı öngörülüyorsa re'sen kavuşturulabilir olmanın bildirim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir.⁶⁰ Bu konuda hükümet tasarısının gerekçesinde yer alan aile mahremiyeti içinde kalması dolayısıyla adli merciler önüne getirilmeyen suçların hedeflenmesi gerekçesi nezdinde bir yorum yapmak doğru görülmektedir. Keza aile mahremiyeti içerisinde işlenen ve şikâyete bağlı olması sebebiyle cezai adalet sistemine girmeyen birçok suç mevcuttur. Eğer bu suçlardan doğan mağduriyetin giderilmesi amaçlanıyorsa şikâyete bağlı suçların da bildirilmemesinin suç olarak düzenlenmesi mantıklı görülmektedir.

Ayrıca herkesin bazı tip suçlarla karşılaşabileceği düşünüldüğünde de bu sınırlamanın yetersiz olduğu sonucuna varılabilmektedir. DÖNER bu bağlamda imara aykırı inşaat yapılması halinde önünden geçen herkesin kaçak yapıyı bildirme yükümlülüğüne sahip olduğu ve bildirmedeği takdirde bu suçu işlemiş sayılacağı varsayımının mümkün görülmemesi gerektiğini ileri

⁵⁵ ÜNVER, *op. cit.*, s. 291

⁵⁶ TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, *Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*, Birinci Kitap, Panel 21-22 Mayıs 2004, Ankara, s. 225-226

⁵⁷ DÖNER, *op. cit.*, s. 92

⁵⁸ *Ibidem*, s. 79

⁵⁹ ÜNVER, *op. cit.*, s. 279-280

⁶⁰ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 51-53

sürmektedir. Fakat Yargıtay yazarın bu görüşünü bildirdiği tarihten sonra verdiği bir kararında Köy Hukmi Kişiliğine ait olduğu bilinen bir alana yapılan evi yetkili mercilere bildirmeme eyleminin suç oluşturduğunu kabul etmiştir.⁶¹

TCK madde 278'de ele alınan işlenmiş olmakla birlikte neticeleri sınırlandırılabilir suçlar açısından da yalnızca tipik neticelerin mi ele alınacağı yoksa ayrıca bağlı neticelerin de mi dahil edileceği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Tipik neticelerden daha geniş bir yorumlamanın maddenin uygulama alanını tehlikeli bir biçimde genişleteceği kabul edilmektedir.⁶² Bu yorum, kanun koyucunun iradesinin geniş bir düzenleme yapmak yönünde olduğu kabul edildiğinde uygun olarak nitelendirilmemektedir.⁶³ Bir başka yazar sadece o suç tipi için öngörülen neticelerin korunmasının söz konusu olamayacağını ve bağlı neticelerin de dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.⁶⁴ KOCASAKAL ise Fransız sisteminde yer alan çoğul düzenleme (*les effets*) temelinde, tamamlanmış olan suçun sebebiyet verdiği veya devam eden ve sınırlandırılabilir etkilerin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁵ Bu suçun neticeleri sınırlandırılabilir suçları içererek düzenlenmesindeki amaçlardan biri doğacak zararların en aza indirgenmesi ise sınırlandırılabilir etkiler şeklindeki, bağlı neticeleri de içeren bir yorum yapılması daha doğru olacaktır. Fakat bu yorumun da bildirilmeyen suç bakımından bireylerin bildirim yükümlülüğünün kapsamını oldukça genişleteceği kabul edilmelidir. Bu nedenle hem şikayete bağlı suçlar hem ağır ceza gerektiren suçlar bakımından yapılan tartışmaların da giderilmesi amacıyla en isabetli düzenlemenin birtakım suçlar sayılarak bu suçların bildirilmemesinin suç olarak düzenlenmesi şeklinde yapılabilecek olduğu düşünülmektedir.

C. Zaman Bakımından Getirilen Sınırlama

İşlenmekte olan ve neticelerinin sınırlanması mümkün olan suçlardan zaman bakımından da ne anlaşılacağı konusunda bazı eleştiriler getirilmektedir. Suçun teşebbüs aşamasına gelmiş olması gerektiğini belirten yazarlar bulunmakla birlikte⁶⁶ CMK madde 2/j'de ele alınan suçüstü kavramına atf yapıldığı da görülmektedir.⁶⁷ ÜNVER ise suçüstü hallerini dahil etmenin kıyas yasağı, kanunilik ve genişletici yorum yapma yasağı ilkelerine aykırı ola-

⁶¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 12.02.2007, E. 2006/9628, K. 2007/1353

⁶² ERDEM, *op. cit.*, s. 120 Aynı yönde Bkz. TEZCAN, *op. cit.*, s. 1026

⁶³ ÜNVER, *op. cit.*, s. 296-297

⁶⁴ DÖNER, *op. cit.*, s. 76

⁶⁵ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 50, 65

⁶⁶ ERDEM, *op. cit.*, s. 112

⁶⁷ DÖNER, *op. cit.*, s. 73

çağını savunmaktadır.⁶⁸ KOCASAKAL ise suçüstü hallerinin de ötesinde icra hareketleri başlamış olan bir suç aramaktadır ve teşebbüs halinde kalmış suçların da bu tanıma uygun olmadığını belirtmektedir. İcra hareketleri bitmişse işlenmekte olan suç kapsamında bir bildirim yükümlülüğünün söz konusu olmayacağını savunmaktadır.⁶⁹

Kamu görevlisinin suç bildirmemesini düzenleyen madde 279'da bildirimde yaşanan gecikmenin de suç kapsamına alınması göz önünde bulundurulduğunda madde 278 kapsamında değinilmeyen geç bildirim konusu kanunilik açısından sorun yaratabilecektir. Keza geç bildirmenin de bildirme ile aynı derecede haksız eylem olduğu kabul edilmektedir.⁷⁰ Alman Federal Mahkemesi gecikmeye ilişkin olarak maddenin lafzinden veya amacından bildirim gecikmeksizin yapılacağı konusunda bir bilginin anlaşamadığını belirtmektedir. Bu sebeple de geç bildirim suçun işleneceğine dair belirtiler ortaya çıkmadığı takdirde cezai sorumluluğa yol açmayacağını kabul etmektedir.⁷¹

Yetkili makamların bir başka şekilde suçtan haberi olması durumunda bildirim yükümlülüğünün devam edip etmediği konusunda ise Polonya Ceza Kanununda yer alan açık hükmün suçun artık oluşmayacağını düzenlemesine benzer bir düzenlemenin de Türk hukukunda yaşanan tartışmalara son verebileceği kabul edilebilir. Keza bazı yazarlar maddenin yorumunda üçüncü kişinin bildirim yapması veya yetkili makamların herhangi bir şekilde suçtan haberdar olması durumunda bildirim yükümlülüğünün kalkacağını savunurken⁷² bazıları yükümlülüğün yine de devam edeceğini ileri sürmüştür.⁷³ Esasen işlenmiş olan bir suçun kovuşturulması ve işlenmekte olan bir suçun da neticelerinin sınırlandırılması amaçlandığında adli mercilerin suçtan haberdar olmuş olmasının bildirim yükümlülüğünü kaldıracağını kabul etmek hukuki güvenlik anlamında daha net bir yorum ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle bireylerin bildirim yükümlülüğünün kalktığını kabul etmek daha doğru görünmektedir.

III. TCK MADDE 278'DE DÜZENLEDİĞİ HALİYLE SUÇU BİLDİRMEME SUÇU

Suç bildirmeme suç hareketin niteliğine göre değerlendirildiğinde gerçek ihmalî suç olarak belirlenmektedir.⁷⁴ Zarar tehlike bağlamında ise neticesi harekete bitişik soyut tehlike suç olduğu belirtilmektedir. Alman doktrinini

⁶⁸ ÜNVER, *op. cit.*, s. 286

⁶⁹ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 60-61

⁷⁰ ÜNVER, *op. cit.*, s. 295

⁷¹ ALMANYA, *Bundesgerichtshofs (BGH)*, 1 StR 497/95, 19 March 1996 (LG Rottweil), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/95/1-497-95.php3>, (Erişim Tarihi 7 Kasım 2017), §6-8; Aynı yönde Bkz. KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 83

⁷² TEZCAN, *op. cit.*, 1028, Aynı yönde Bkz. KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 86

⁷³ ÜNVER, *op. cit.*, s. 299

⁷⁴ Timur DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Hukuk, 8. Baskı, 2012, s. 218

temelinde bu suçun somut bir tehlike suçu olduğu bildirilse de⁷⁵ bu görüş ihmali suçların somut tehlike suçu olamaması dolayısıyla eleştirilmektedir.⁷⁶ Fransız sisteminde ise bildirim yararlı olması aranmaktadır. Bu düzenlemenin ise bildirim suçun önlenmesine veya etkilerinin sınırlandırılmasına katkı sağlaması gerektiği şeklinde yorumlandığında somut tehlike suçunu içerdiği savunulmaktadır.⁷⁷

Bu başlık altında suçun düzenlenmesi suç genel teorisinde yer alan suçun unsurları başlıkları altında incelenecektir.

A. Korunan Hukuki Yarar

Bir suçla korunan hukuki yararı belirlemek için ilk bakılması gereken yerin suçun sistematik olarak düzenlendiği yer olduğu kabul edilmekle birlikte bu kabulün her zaman yeterli olmadığı ve hatta bazı durumlarda yanıltıcı da olabildiği görülebilmektedir.⁷⁸ Alman ceza kanunundaki planlanan suç bildirmeme şeklindeki düzenlemenin koruduğu hukuki yarar doktrinde kanundaki sistematik yeri vesilesiyle yorumlanmıştır.⁷⁹ Fakat kanun koyucunun suç sistematik yer açısından düzenleme tercihi ile korunan hukuksal değer tespitinin farklı şeyler olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda hukuksal değer öncelikle olması gereken hukuka göre tespit edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁸⁰ Keza Alman Federal Mahkemesi de 1996 tarihli bir kararında bu maddeyi yorumlarken dolaylı olarak da olsa maddede katalog halinde yer alan ve bildirilmemesi suç teşkil eden suçların koruduğu hukuksal yararın da korunduğunu belirtmektedir.⁸¹

Fransız Yargıtayı'nın ihbar etmeme suçunun kamu düzenini veya kamu yararını koruduğunu savunduğu kabul edilmekle birlikte⁸² benzer bir düzenleme için (15 yaşından küçük çocuklara yapılan kötü muamele veya cezalandırma amacıyla kapatmanın bildirilmemesi) 1993 tarihinde verdiği bir kararda yalnızca genel kamu yararı değil kişinin özel yararının da korunması gereken hukuksal değer olarak yer alabileceği belirtilmiştir.⁸³

⁷⁵ KİNDHÄUSER, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil I* (Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft), Baden-Baden 2003, § 54 no. 1 aktaran ERDEM, *op. cit.*, s. 108

⁷⁶ ÜNVER, *op. cit.*, s. 304

⁷⁷ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 49-50

⁷⁸ *Ibidem*, s. 33

⁷⁹ HANACK, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 138 no. 2 aktaran ERDEM, *op. cit.*, s. 107

⁸⁰ ÜNVER, *op. cit.*, s. 276

⁸¹ ALMANYA, *Bundesgerichtshofs (BGH)*, 1 StR 497/95, 19 March 1996 (LG Rottweil), <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/1/95/1-497-95.php3>, (Erişim Tarihi 7 Kasım 2017), §6-8

⁸² VÉRON, *op. cit.*, s. 397

⁸³ FRANSA, *Cour de cassation chambre criminelle*, 17 novembre 1993, N° de pourvoi: 93-80466 Bulletin criminel 1993 N° 347 § 873

ERDEM, TCK 278 düzenlemesi ile işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlandırılmasına olanak bulunan suçla korunan hukuksal yararın öncelikli olarak korunduğunu belirtmektedir. Ayrıca ve ikinci dereceden ise adliyenin de korunduğunu söylemektedir.⁸⁴ Fakat ÜNVER bu yorumu belirtilen suçların sınırının çok geniş olması sebebiyle eleştirmektedir. İkinci derecede adliyenin korunmasını ise birinci ve üçüncü derecede korunan herhangi bir değeri belirtmemesi ve adliyenin hukukta korunan bir değer olarak var olmaması sebebiyle eleştirmektedir. Ayrıca kendisi de bu suçun cezalandırılmasının bireyin adil yargılanma hakkını koruduğunu savunmaktadır.⁸⁵

DÖNER ise devletin adli yararlarının, hukuk devletinde kişilerin ve toplumun suçun bildirilmesinden elde edeceği yararların korunduğunu belirtmektedir.⁸⁶ KOCASAKAL da benzer bir şekilde özelde ilgili suçun ve genelde de suçların zarar veya tehlike yaratan sonuçlarının etkilerinin önlenmesi veya sınırlandırılmasının korunan hukuki yarar olduğunu savunmaktadır. Yani suçun tamamlanmasının, sonuçlarını icra etmesinin önlenmesinin veya etkilerinin olabildiğince sonlandırılmasının korunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca gerekçede yer alan toplum barışının korunması, suçların cezalandırılması ve takibi amaçları da göz önünde bulundurulduğunda «Kamu Barışına Karşı Suçlar» arasında düzenlenmesinin daha uygun olacağını belirtmektedir.⁸⁷ Kanımızca işlenmiş olan suçlar açısından bu suçların kovuşturulması amaçlandığından adli yararların korunduğu, işlenmiş olan ve neticelerinin sınırlandırılması halen mümkün olan suçlar açısından ise suçların zarar ve tehlike yaratan sonuçların önlenmesi korunduğu kabulü daha doğru görülmektedir.

B. Fail ve Mağdur

Gerçek her kişinin bu suçun faili olabileceği kabul edilmektedir.⁸⁸ Kişinin kendi suçunu bildirmemesinin bu suçu oluşturup oluşturmayacağı konusunda ise; gerekçede bilinmesi ve öğrenilmesi tabirlerinin kullanılmasının suçun oluşturmayacağı yönünde yorum yapmak için yeterli olduğu savunulmaktadır.⁸⁹ Doktrinde sağlık mesleği mensupları ve kamu görevlilerinin bildirim yükümlülüğü bağlamında madde 279 ve 280'de ayrı düzenlemeler yapılması karşısında bu kişilerin suçu bildirmeme suçunun faili olup olamayacağı konusu tartışmalara sebep olmuştur. Sağlık mesleği mensuplarının ve kamu görevlilerinin de bu su-

⁸⁴ ERDEM, *op. cit.*, s. 107 Aynı yönde Bkz. Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, R. Murat ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Hukuk, 11. Baskı, 2014, s. 1022

⁸⁵ ÜNVER, *op. cit.*, s. 277

⁸⁶ DÖNER, *op. cit.*, s. 63-64

⁸⁷ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 33-34

⁸⁸ ÜNVER, *op. cit.*, s. 278

⁸⁹ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 38

çun faili olabileceğini belirten yazarlar bulunmakla birlikte⁹⁰ bu kişiler için özel düzenleme bulunması sebebiyle bu suçun faili olamayacağını savunan yazarlar da mevcuttur.⁹¹ Bu yaklaşımlar her suç tipinin unsurlarının farklı olması ve her kamu görevlisinin suçu bildirmeyi ihmal etmesinin madde 279 kapsamında algılanmasının mümkün olmaması sebepleriyle eleştirilmektedir.⁹² Benzer yönde özel genel ilişkisinin önsel, ilkesel ve soyut bir kabul ile ileri sürülemeyeceğini ve somut olayın koşullarına bakılması gerektiğini belirten yazarlar da vardır. Çoğunlukla görevle bağlantısız durumlarda kamu görevlisinin de madde 278'de düzenlenen suçu işleyebileceği savunulmaktadır.⁹³

Kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensupları konusunda da madde 279 ve 280 arasındaki uygulamanın sınırları hakkında tartışmalar olsa da bu konuda yalnızca ZAFER'in iki hüküm arasında genel özel norm ilişkisi kurmaktan ziyade fikri içtima kuralları uygulanması suretiyle sorunun çözülebileceğini önerdiğini belirterek bu konuyu konumuz dahilinde daha fazla irdelemeye gerek olmadığını düşünmekteyiz.⁹⁴

Suçun mağdurunun ise öncelikli olarak kamu ve ardından da adliye olduğu savunulmaktadır. Mağdurun ve suçtan zarar görenin açılan davaya müdahil olabileceği düşünülmektedir. Buna temel olarak ise yukarıda belirttiğimiz Fransız Yargıtay kararı verilmekte ve bu kararla birlikte Fransız Yargıtay'ının suçun mağdurlarının da müdahil olabileceğini kabul etmesinin isabetli bir kabul olduğu belirtilmektedir.⁹⁵

C. Maddi Unsur

Madde metninde işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçun bildiriminden bahsedilmektedir. Bu sınırlama her suç bakımından bildirim yükümlülüğü getirilmesinin çok geniş bir yükümlülük olacağı göz önünde bulundurulduğunda suçlar açısından getirilen bir sınırlama türüdür. İşlenmekte olan suç derhal, işlenmiş olan suç ise neticeleri ortadan kaldırılmadan bildirilmelidir. Bu ikincisiyle amaçlanan, failin suçtan yarar sağlamasının önlenmesidir.⁹⁶ İkinci tip suç için neticelerin sınırlandırılmasının mümkün olmadığı bir aşamaya gelindiği takdirde failin tipe uygun eylemi gerçekleştirdiği kabul edilmektedir.⁹⁷

⁹⁰ ERDEM, *op. cit.*, s. 108

⁹¹ DÖNER, *op. cit.*, s. 71

⁹² ÜNVER, *op. cit.*, s. 284

⁹³ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 17

⁹⁴ ZAFER, "Sağlık Mesleği..., *op. cit.*, s. 1336-1337

⁹⁵ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 42-43

⁹⁶ DÖNER, *op. cit.*, s. 75, 80

⁹⁷ ÜNVER, *op. cit.*, s. 293

Suçun, suçu bildirmemek şeklinde düzenlenmiş olması yalnızca fiili bildirme yükümlülüğü getirip faili bildirme yükümlülüğünü düzenlemiyor şeklinde anlaşılmaktadır.⁹⁸ Hükümet tasarısında yer alan suçun başlığının ve gerekçenin cürmü bildirmeme şeklinde belirtilmesine karşılık maddenin düzenlenişinin cürmün failini bildirmemek biçiminde yer alması da kanun koyucu tarafından düzenlenerek yürürlüğe konulmuştur.⁹⁹ Fransız Yargıtay'ı da sonuçlarının (etkilerinin) önlenmesi veya sınırlandırılması halen mümkün olan bir suçu yahut faillerinin önlenbilir yeni suçlar işleyebileceğini öğrenip de adli veya idari mercileri haberdar etmeyenlerin cezalandırılmasını öngören düzenlemeyi suçu bildirme yükümlülüğünden ibaret olarak yorumlamış, bu düzenlemenin failin kimliğini bildirmeyi kapsamadığını belirtmiştir.¹⁰⁰

İki düzenlemenin farklı zamanlarda öğrenme durumunda her bildirme durumu için ayrı suç yaratıp yaratmayacağı konusunda ise ÜNVER iki farklı hareket modelinin değil suçun özelliğinin ve niteliğinin belirtildiğini, bir tür yükümlülük yerine getirilmediği takdirde suçun oluşacağını kabul ederek içtima sorununun olmayacağını savunmuştur.¹⁰¹

Madde 278'de düzenlenen bildirim CMK madde 158'deki ihbar ve şikayet hükmünün karşılığı olmadığını savunan yazarlar bulunsa da¹⁰² bildirim makamı konusunda genel olarak CMK 158'in dikkate alınması gerektiği belirtmektedir.¹⁰³ Yetkili merciye yapılacak bildirim ise sözlü veya yazılı olmasının fark yaratmayacağı ve hatta elverişli hareketler yapıldığı takdirde merciin bildiri anlayıp anlamamasının da bildirim geçerliliğini etkilemeyeceği savunulmaktadır. Aksi takdirde kişilere sınırsız sorumluluk yüklenmiş olacağı kabul edilmektedir. Keza bildirim yapıldıktan sonra makamın soruşturmaya başlamamasının da bu suçu değil TCK madde 257/2'deki görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı belirtilmektedir.¹⁰⁴ Bunun sebebinin de suç ihbarının kamu görevi olarak görülüp genel bir yükümlülük yaratması olduğu savunulmaktadır.¹⁰⁵

İkinci tip düzenleme için netice suçunun söz konusu olması gerekmektedir.¹⁰⁶ Keza Yargıtay da örneğin ani gelişen suda boğulma olayının sanık açır-

⁹⁸ DÖNER, *op. cit.*, s. 78

⁹⁹ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092, 12 Mayıs 2003, madde 444

¹⁰⁰ FRANSA, *Cour de cassation chambre criminelle*, 26 février 1959 aktaran VÉRON, *op. cit.*, s. 398

¹⁰¹ ÜNVER, *op. cit.*, s. 292

¹⁰² ERDEM, *op. cit.*, s. 114

¹⁰³ ÜNVER, *op. cit.*, s. 298

¹⁰⁴ DÖNER, *op. cit.*, s. 77, 81 Aynı yönde Bkz. ÜNVER, *op. cit.*, s. 296

¹⁰⁵ BOSCARRELLI, *La lulela penale del processo*, Milano 1951, s. 196 aktaran ÖZEK, "Adliyyeye Karşı...", *op. cit.*, s. 37

¹⁰⁶ ERDEM, *op. cit.*, s. 113

sından bildirim yükümlülüğü yaratmadığına hükmetmiştir.¹⁰⁷ Bu durumun nedeni failin suçu bildirmek için işlenmekte olan suçun neticesinin henüz gerçekleşmediği zaman diliminde bildirim yükümlülüğüne sahip olmasıdır. Maddenin gerekçesinde verilen örneğin de bu sebeple eleştirilere konu olduğu görülmektedir. Gerekçede icrası tamamlanmış olan bir hırsızlık sonuncunda elde edilmiş olan malların bir depoda saklandığının bilinmesine rağmen yetkili makamlara bildirilmemesinin suçu bildirmeme suçunu oluşturacağı belirtilmiştir. Fakat bu örneğin işlenmiş bir suç örneği olduğundan ikinci fıkra bağlamında ele alınamayacağı savunulmaktadır.¹⁰⁸ Aynı şekilde kesintisiz suçlar için de suç devam ederken bildirim yapılması örneğinin ikinci fıkra değil ilk fıkranın örneği olabileceği de elektrik hırsızlığı üzerinden belirtilmektedir.¹⁰⁹ Amacın etki ve sonuçları sınırlandırabilmek olduğu göz önünde bulundurulduğunda mütemadi suçlar genel olarak bu kapsamda değerlendirilebilmektedir.¹¹⁰ Fakat bu duruma verilen örnekler konusunda yaşanan sorunlar gerekçede olduğu gibi doktrinde de mevcuttur. DÖNER buna örnek olarak bomba atıldıktan sonra failin saklandığı yeri bilip bildirmemesini verse de¹¹¹ bu örneğin neticesinin sınırlandırılabilir olmaması sebebiyle ÜNVER tarafından eleştirildiği görülmektedir.¹¹²

D. Manevi Unsur

Genel kastla işlenebilen bir suçtur. Taksirle işlenemediği kabul edilmektedir. Olası kastla da işlenebileceği ve bu durumda TCK madde 21/2 uyarınca indirimle gidilebileceği belirtilmektedir.¹¹³ Burada kast ile belirtilmek istenenin bildirim reddedilmesi olduğu savunulmaktadır.¹¹⁴ Fail dışında biri suçu ihbar ettikten sonra kast yok olur demenin de maddenin tek amacının suçun öğrenilmesini sağlamak olmadığı fakat daha çok adli makam veya kişileri harekete geçirmek, şüpheliler hakkında işlem yapmak, önlem almak ve delilleri önlemek olduğu düşünüldüğünde yanlış kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹¹⁵ Bildirilen mercide yapılan hatanın ise TCK madde 30 gereğince kastı ortadan kaldıracığı kabul edilmektedir. Bunun sebebi ise kastın suçu yetkili makamlara bilerek ve isteyerek bildirmemeyi kapsamaması gereğidir.¹¹⁶

¹⁰⁷ Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 6.12.2010, E. 2009/20201, K. 2010/32787

¹⁰⁸ ERDEM, *op. cit.*, s. 113

¹⁰⁹ ÜNVER, *op. cit.*, s. 298

¹¹⁰ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 68-69

¹¹¹ DÖNER, *op. cit.*, s. 74

¹¹² ÜNVER, *op. cit.*, s. 288

¹¹³ ÜNVER, *op. cit.*, s. 300

¹¹⁴ **VÉRON, *op. cit.*, s. 396**

¹¹⁵ ÜNVER, *op. cit.*, s. 301

¹¹⁶ DÖNER, *op. cit.*, s. 84

E. Hukuka Aykırılık Unsuru

Mağdurun rızasının korunan hukuki yararın adli organın düzenli işleyişi olması varsayımında hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı kabul edilir. Keza DÖNER mağdurun da bu bağlamda bildirim yükümlülüğünün var kabul edilebileceğini dile getirmektedir. Fakat KOCASAKAL bildirilmemesi cezalandırılan suçun mağdurunun bildirim yükümlülüğüne sahip olmasının hukuken ve mantıken kabul edilebilir olmadığını savunmaktadır. Hatta suçun konusu rızaya uygunsu ve takibi şikayete bağlıysa rızanın da hukuka uygunluk sebebi olabileceğini belirtmektedir.¹¹⁷ Bu durumda hukuki yarar konusunda yaşanan tartışmalar kadar mağdurun bildirim yükümlülüğü konusunda da tereddütler yaşanabilecektir. Bu nedenle de KOCASAKAL'ın varsayımlar üzerinden ulaştığı sonuçlar mantıklı görünmektedir. Bunun dışında mücbir sebep, ikrah, tehdit cebir kaza ve tesadüfe dayanan durumlarda sorumluluğun kalkacağı kabul edilmektedir.¹¹⁸

F. Suç ve Cezaya Etki Eden Nedenler

Maddenin üçüncü fıkrasında mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiler olması durumunda ceza artırımı öngörülmüştür. Faildeki ahlaki kötülüğün çokluğu ve fiilin icrasındaki kolaylık nitelikli hal olarak düzenleme yapılmasına sebep olmuştur.¹¹⁹ Ayrıca özel savunmasızlık durumunun bizzat suça maruz kalan kişinin bildirimde bulunması olanağını ortadan kaldırması düşüncesiyle kabul edilmiştir.¹²⁰ Bu durumların hepsi bir arada olsa dahi tek artırım yapılmaktadır.¹²¹

Hükümet tasarısı nitelikli haller için madde 445'te ayrı bir düzenleme öngörmekteydi. Bunun sebebi olarak da gerekçe kısmında mağdurların suçlara genellikle aile mahremiyeti içinde katlanmaları dolayısıyla adli veya idari mercilere bildirim yapılmaması gösterilmiştir. Bu bağlamda tasarının 444. maddesinde tanıklıktan çekilebilecek kişiler bakımından getirilen sınırlama gerekçenin çelişmesini ortaya çıkarmaktadır. Keza mağdurların suçlara katlandığı aile mahremiyeti içinde suçu bildirmesi gerekli görülen kişiler genelde tanıklıktan çekinebilecek kişiler olmaktadır. Bu nedenle hem bu kişileri suçun kapsamının dışında bırakmak hem de düzenlemenin amacını aile mahremiyeti içindeki suçların gerekli mercilere bildirilmesi olarak ele almak

¹¹⁷ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 41-42

¹¹⁸ DÖNER, *op. cit.*, s. 81, 83

¹¹⁹ *Ibidem*, s. 84

¹²⁰ ERDEM, *op. cit.*, s. 116-117

¹²¹ ÜNVER, *op. cit.*, s. 302-303

anamlı görünmemektedir. Tasarıda ayrıca aşağıda inceleyeceğimiz üzere sır tutmakla yükümlü kişiler açısından da istisna getirilmiştir.¹²²

2011 yılında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir karar neticesinde karar yürürlüğe girmeden 6352 sayılı kanunun 91. maddesi uyarınca eklenen son fıkra ise tanıklıktan çekinebilecek kişiler bakımından ceza sorumluluğunu kaldırmaktadır.¹²³ İlgili kararda yer alan karşı oy yazılarının kararın yürürlüğe giriş tarihindeki gecikmeyi eleştirmeleri de göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun düzenlemeyi erken yapmasının isabetli olduğu kabul edilmelidir. Son fıkranın hukuki niteliği hakkında ise KOCA cezasızlık sebebi şeklinde bir değerlendirme yapmış olsa da¹²⁴ KOCASAKAL şahsi cezasızlık sebebi yerine belirli kişilerin kullanabileceği bir hukuka uygunluk sebebi şeklindeki değerlendirmenin daha yerinde olacağını belirtmektedir.¹²⁵

G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Suçu bildirmeme suçunun gerçek ihmali suç olarak kabul edildiğini söylemiştik. Fakat bu bağlamda kasten işlenen gerçek ihmali suçlara teşebbüs olup olmayacağı tartışmalıdır. Kural olarak sırf hareket suçları gibi suçların teşebbüse elverişli olmadığı kabul edilir. İhmalin yarıda kalacağı kabul edilse bile zarar ve tehlike diye somut bir neticeye yer verilmediği durumlarda teşebbüs kriterlerinin uygulanamayacağı, TCK madde 35'te de doğrudan icraya başlama arandığından kanunilik ilkesi gereği teşebbüsün ihmale uygulanabilirliğinin tartışmalı olacağı savunulmaktadır.¹²⁶ Fakat özel olarak bu suç hakkında henüz merciin bilgisine ulaşmamış bildirmenin teşebbüs aşamasında kalmış sayılabileceği yorumunu yapan yazarlar da mevcuttur. Yine de hareketin yapılmamasının neticenin meydana gelmesine sebep olması ve neticenin harekete bitişik olduğu durumlarda teşebbüsün mümkün olmayacağı da kabul edilmektedir.¹²⁷

2. İçtima

TCK madde 257/2 görevi kötüye kullanma, madde 279 kamu görevlisinin suçu bildirmemesi ve madde 280 sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi düzenlemeleri ile olan ilişki failin belirlenmesi konusu incelenirken ele alındığından tekrar incelenmeyecektir.

¹²² 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092, 12 Mayıs 2003, madde 445.

¹²³ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 8

¹²⁴ KOCA, *op. cit.*, s. 122

¹²⁵ KOCASAKAL, *op. cit.*, s. 9

¹²⁶ Hamide ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, Beta, 5. Baskı, 2015, s. 211-212

¹²⁷ DÖNER, *op. cit.*, s. 90

Bu hükümler dışında TCK madde 98'de ele alınan yardım ve bildirim yükümlülüğü ile olan ilişkinin özel genel norm şeklinde çözüleceği ve suçu bildirmeme suçunun özel norm olarak kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹²⁸

Failin neticeyi önleme konusunda hukuksal yükümlülük altında olduğu durumlarda ise bu suçtan dolayı değil ön suçtan, yani işlenmesine engel olmadığı suçu ihmali hareketle işlemekten dolayı cezalandırılacağı kabul edilmektedir.¹²⁹ Keza 6352 sayılı kanunun hükümet tasarısının gerekçesinde de kişinin suçu önleme yükümlülüğü olduğu durumlarda işlenmesi önlenemeyen suça iştiraktan veya suçun ihmali davranışla işlenmesinden dolayı ceza sorumluluğuna gidileceğine yer verilmiştir.¹³⁰ Bu nedenle eklenen fıkrada bu kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir.

H. Yaptırım

Hükümet tasarısında ön suç için öngörülen cezaya bağlı bir düzenleme ele alınarak o suç için belirtilen cezanın üçte biri üst sınır olacak şekilde bir cezalandırmaya gidilmiştir. Para cezası öngörüldüğü durumlar için de yarısına kadar hükmolunması düzenlenmiştir.¹³¹ Fakat maddenin son halinde bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

SONUÇ

Günümüz hukuk sistemlerinde devletin bireylerin haklarına müdahale alanının azalması ile birlikte sınırsız yükümlülükler getirilmesinin hukuki güvenlik bağlamında kabul edilmeyen bir durum olduğu görülmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 278'de düzenlenen suçu bildirmeme suçu açısından kanun koyucunun iradesinin tam olarak belirlenemediği noktalarda suçu bildirme yükümlülüğünün geniş yorumlanması ise kaçınılmaz olmaktadır. Hukuki güvenlik ilkesi kapsamında suçta ve cezada kanuniliğin gereğinin bireyin yükümlülüklerini ve hangi hareketinin cezalandırılacağını bilmesi olduğunu söylemiştik. Kimlerin hangi suçları hangi zaman aralığında bildirmesi gerektiği konularına getirilen sınırlamalar karşılaştırmalı hukukta da görüldüğü üzere düzenlemenin belirli ve açık yorumlanması hususuna önyak olmaktadır. Fakat hukuki güvenliği sağlayan tek şey kanun koyucunun iradesi ve suçu düzenleyiş şekli değildir. Kanun koyucunun çizdiği sınırlar çerçevesinde kanun uygulayıcının da tutarlı bir şekilde yapacağı yorumlar devletin

¹²⁸ ERDEM, *op. cit.*, s. 118

¹²⁹ KOCA, *op. cit.*, s. 120 Aynı yönde Bkz. ERDEM, *op. cit.*, s. 108

¹³⁰ 6352 Sayılı Kanun Tasarısı, TC Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, B.02.0.KKG.0.10/101-464/544, 30 Ocak 2012, madde 72 gerekçesi

¹³¹ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092, 12 Mayıs 2003, madde 444

adli işleyişinin ve kamu barışının garanti altına alınmasını amaçlayan suç bildirmeme suçu düzenlemesinin hukuki güvenlik ilkesine uygun bir şekilde uygulanmasına yol açabilecektir. Bu bağlamda istatistik olarak da suçların bildirimi konusunda elde edilen sonucun bilinmemesi¹³² 5237 sayılı kanunla getirilen bu düzenlemenin amaçlarını ne derece yerine getirebildiği konusunu muallakta bırakmaktadır. Başta 2011 yılında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar, ardından kararın yürürlüğe giriş tarihi konusunda getirilen eleştiriler doğrultusunda kanun koyucunun yürürlük tarihi öncesi yaptığı düzenlemeler ve doktrinde yapılan birtakım eleştiriler Yargıtay kararlarına konu olarak maddenin yorumunda birtakım gelişmelere yol açmaktadır. Bu suçun düzenlenmesiyle korunması amaçlanan hukuki yararın ne olduğu da kesin olarak belirlenemediğinden sınırlamanın neye hizmet etmesi gerektiği konusunda da sorunlar yaşanabilmektedir. Fakat karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde görüldüğü üzere olaya özgü olarak yargı makamları tarafından yapılabilecek yorumlar da bu soruna çözüm teşkil edebilecektir. Amaç, genel olarak hukuk devleti ilkesi bağlamında hukuki güvenliğin korunması olduğu takdirde suç bildirmeme suçunun yorumlanmasında yaşanan problemlerin çözüleceği aşikardır.

¹³² Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, *Direction des affaires financières et des entreprises*, Rapport sur l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, Turquie: Phase 2, 7 Aralık 2007, s. 11

KAYNAKÇA

- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092, 12 Mayıs 2003
- 6352 Sayılı Kanun Tasarısı, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, B.02.0.KKG.0.10/101-464/544, 30 Ocak 2012
- ALMANYA, *Bundesgerichtshofs (BGH)*, 1 StR 497/95, 19 March 1996 (LG Rottweil), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/95/1-497-95.php3>, (Erişim Tarihi 7 Kasım 2017)
- Anayasa Mahkemesi, 30.06.2011, E. 2010/52, K. 2011/113, 28085 sayılı Resmi Gazete, 15 Ekim 2011
- Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, *Direction des affaires financières et des entreprises*, Rapport sur l'application de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, Turquie: Phase 2, 7 Aralık 2007, s. 11
- Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi (Venedik) Komisyonu, *Rapport sur la prééminence du droit*, CDL-AD(2011)003rev, Strasbourg 28 Mart 2011, §44-45
- Ayurum (22.11.2007): "TCK 278. maddesi ilk meyvesini verdi", http://www.ayorum.com/haber_oku.asp?haber=276, (Erişim Tarihi: 23 Ekim 2017)
- Başkaya ve Okçuoğlu Türkiye'ye Karşı, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*, no 23536/94 et 24408/94, 8 Temmuz 1999, §36
- Castillo Petruzzi et al. Peru'ya Karşı, *Amerikalararası İnsan Hakları Mahkemesi*, 30 Mayıs 1999, §121
- Çetin ÖZEK, "Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", *İHFM*, C: LV - S 3, 1997, 16-50
- Çetin ÖZEK, *Türk Ceza Kanunu'nun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976
- Damien SCALIA, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Edition Bruylant, 2011 p. 74
- Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, R. Murat ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Hukuk, 11. Baskı, 2014
- E. ZÜRCHER, *Exposé des motifs de l'Avant-Projet de Code pénal suisse d'avril 1908 ainsi que de l'Avant-Projet de Loi d'application*, Çev. Alfred Gautier, 2ème partie, Berne, Imprimerie Staempfli & CIE, 1912
- FRANSA, *Cour de cassation chambre criminelle*, 17 novembre 1993, N° de pourvoi: 93-80466 Bulletin criminel 1993 N° 347
- FRANSA, *Cour de Cassation, Chambre Criminelle*, 27 décembre 1960, Bull., n° 624
- FRANSA, *Tribunal de grande instance de Caen*, 4 septembre 2001
- Hacı SARIGÜZEL, "Bireysel Başvuruya Konu Yapılamayacak İşlem ve Kararlar", *Adalet Dergisi*, Yıl: 2013, Sayı: 45, 63-88

- Hamide ZAFER, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)”, *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1, 2013, 1327-1352
- Hamide ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, Beta, 5. Baskı, 2015
- İsa DÖNER, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)”, *AÜEHFD*, C. IX, S. 3-4, 2005, 63-94
- İSVİÇRE, *Avant-Projet de Code pénal suisse*, modifié d’après les décisions de la commission d’experts, Bern, Buchdruckerei Stämpfli & CIE, 1896
- John LOCKE, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, Çev. Fahri Bakırcı, Eksi Kitaplar, 3. Baskı, 2016
- Legal News International (05.09.2001): «Condamnation de l’évêque Pican pour non-dénonciation de crimes et d’atteintes sexuelles sur mineurs: une première brèche dans le secret professionnel ?», http://www.legalnewsinternational.com/index.php?option=com_content&view=article&id=58434&catid=939:non-categorise&Itemid=123, (Erişim Tarihi: 13 Kasım 2017)
- Mahmut KOCA, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3 Sayı: 1 Yıl 2012, 113-128
- MICHIGAN LAW REVIEW, “Crimes: Prohibition: Failure to Report Violation as a Felony in Itself”, *JSTOR*, Vol. 28, No. 7 (May, 1930), 935-936
- Michel VÉRON, *Droit pénal spécial*, Sirey, Dalloz, 11ème édition, 2006
- Mustafa Ruhan ERDEM, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)”, *TBB Dergisi*, Sayı 80, 2009, 105-120
- Thomas HOBBS, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, Onikinci Baskı, 2013
- Timur DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Hukuk, 8. Baskı, 2012
- TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, *Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu*, Birinci Kitap, Ankara, Panel 21-22 Mayıs 2004,
- Ümit KOCASAKAL, *Türk Ceza Kanunu’nda Suçu Bildirmeme Suçları*, Vedat Kitapçılık, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2017
- Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 6.12.2010, E. 2009/20201, K. 2010/32787
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 12.02.2007, E. 2006/9628, K. 2007/1353
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16.06.2009, E. 2008 4MD/178, K. 2009/159
- Yener ÜNVER, *Adliyeye Karşı Suçlar (TCK m.267-298)*, Seçkin Hukuk, 3. Bası, 2012

Eşitlik, Suçta ve Cezada Kanunilik ve Vergilerin Kanuniliği İlkeleri Işığında Vergi Hukukunda Uzlaşma Kurumu^(*)

Reconciliation Process in Tax Law in Terms of Principle of Equality, Principle of Legality in Crime and Punishment and Principle of Legality in Tax Law

*Arş. Gör. Buğra Vehbi DÖNER^(**)*

Özet

Bu çalışmada üç farklı bölümde vergi hukukunda uzlaşma kurumu ve bu kurumun Anayasa'ya aykırılığı iddiaları ele alınacaktır. Bu amaçla ilk bölümde vergi hukukunda uzlaşmanın genel tanımı yapılacaktır. Bu tanımda tarhiyat öncesi uzlaşma ve tarhiyat sonrası uzlaşma açısından ayrı ayrı yapılmak yerine, ikisi için ortak bir tanım yapma yoluna gidilecektir. Bu genel tanımdan sonra iki kurum hakkındaki Vergi Usul Kanunu'nun ilgili maddeleri olan Ek 1. ve Ek 11. maddelere yer verilerek bunların kısaca açıklamasını yapılacaktır. Tanımdan sonra kurum idari bir sözleşme niteliğinde olduğu gerekçesiyle birlikte açıklanacaktır. Bu aşamadan sonra idari sözleşmelerin de birer idari işlem olduğu tezinden hareketle uzlaşma kurumunun idari işlemin unsurlarına göre açıklanması yoluna gidilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise kurumun Anayasa'ya uygunluğu ele alınacaktır. Bu incelemede konu ile alakalı olan üç hukuk ilkesi öncelikle açıklanacak daha sonra her ilke açısından uzlaşma kurumu değerlendirilecektir. Sonuç bölümünde ise Anayasal vergilendirme ilkeleri açısından daha önce saptanan hukuki sorunlar doktrindeki tartışmalar yardımıyla ve Anayasa'ya aykırılık sorunsalının idari işlemin hangi unsuru veya unsurlarıyla ilgili olduğunun tespiti yoluyla çözümlenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Uzlaşma, Eşitlik İlkesi, Verginin Kanuniliği İlkesi, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, İdari İşlemin Unsurları.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

^(**) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, bugradoner@beykent.edu.tr

Abstract

The subject of this study is the reconciliation process's constitutional compability in Turkish Tax Law. Once a brief information has been given about the reconciliation process in Turkish Tax Law which will be take place in the first part of the study. In this part there will be analyses about reconciliation as an administrative act. Therefore there will be evaluation of the concept with the main elements of administrative act in Turkish Administrative Law. In the second part of the study there will be evaluations about reconciliation's constitutional compability. In this evaluation process there will be three assessment criteria on the basis of Turkish Tax Law's taxation principles. Those principles are principle of legality in Criminal Law (nullum crimen sine lege), principle of legality in Tax Law, principle of equality in Tax Law. In conclusion part ideas will be translated into syntheses with the scope of International Tax Law.

Keywords

Reconciliation, Principle of Equality, Principle of Legality Taxation, Legality of Crime and Punishment (Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege), Components of Administrative Act.

Giriş

Bu çalışmada uzlaşma kurumu, idari işlemin unsurlarına göre anlatılacaktır. Bu aşamadan sonra uzlaşma kurumunun hukuki sonuçları kısaca açıklanacaktır. Daha sonra Anayasal vergilendirme ilkelerine aykırılığa dair sorunlar tespit edilecektir. Burada Anayasal vergilendirme ilkeleri göz önünde bulundurularak mevcut sorunlara çözümler sunulmaya çalışılacaktır. Bu amaçla birinci bölümde uzlaşma kurumu kısaca anlatılacaktır. İkinci bölümde ise birinci bölümdeki bilgiler ışığında çalışmanın asıl amacı olan Anayasa'ya aykırılık iddialarının değerlendirilmesi yapılacaktır. Sonuç bölümünde ise ikinci bölümdeki değerlendirmeler ışığında kurumun Anayasa'ya aykırı olup olmadığı yönünde bir sonuca ulaşmaya çalışılacaktır.

I. Uzlaşma Kurumu**1. Tanımı**

Uzlaşma kurumu tarhiyat öncesi uzlaşma ve tarhiyat sonrası uzlaşma olmak üzere iki başlık altında incelenir. Genel olarak uzlaşma kurumunu belli miktarda vergi tarhiyatı ile kesilen cezalar hakkında vergi dairesi ve yükümlünün pazarlık sonucu anlaşmaları olarak tanımlamak mümkündür¹. Tarhiyat öncesi uzlaşmanın tanımı, konusu, kapsamı ve şartları 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Ek 1. maddesinde; tarhiyat sonrası uzlaşmanın tanımı, konusu, şartları ve kapsamı ise aynı kanunun Ek 11. maddesinde yapılmıştır. Ek 1. Maddeye göre uzlaşma;

¹ Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 25. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, 174.

“Mükellef tarafından, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergilerle bunlara ilişkin vergi ziyayı cezalarının (359'uncu maddede yazılı fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde tarh edilen vergi ve kesilen ceza ile bu fiillere iştirak edenlere kesilen ceza hariç) tahakkuk edecek miktarları konusunda, vergi ziyasına sebebiyet verilmesinin kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten ya da 369'uncu maddede yazılı yanılmadan kaynaklandığının veya bu Kanunun 116, 117 ve 118'inci maddelerinde yazılı vergi hataları ile bunun dışında her türlü maddi hata bulunduğu veya yargı kararları ile idarenin ihtilaf konusu olayda görüş farklılığının olduğunun ileri sürülmesi durumunda, idare bu bölümde yer alan hükümler çerçevesinde mükellefler ile uzlaşabilir.” (VUK Ek md.1/I) Vergi Usul Kanunu'nun Ek 11. maddesine göre ise vergi incelemesine dayanılarak tarh edilecek vergilerle kesilecek cezalarda (359'uncu maddede yazılı fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde tarh edilecek vergi ve kesilecek ceza ile bu fiillere iştirak edenlere kesilecek ceza hariç) tarhiyat öncesi uzlaşma yapılması mümkündür. (VUK Ek md.11/I)

Uzlaşma, hukukumuzda 1965 yılında 205 Sayılı Kanunla Alman düzenlemelerinden uyarlanarak dâhil olmuştur². Uzlaşma kurumu tarhiyatı esas alarak tarhiyat öncesi ve tarhiyat sonrası olmak üzere iki farklı şekilde gerçekleştirilmektedir. Bunlardan tarhiyat sonrası uzlaşma; re'sen, ikmalen veya idarece tarh edilen vergilerde idarenin mükellefe uzlaşmaya başvurma yönündeki teklifi veya mükellefin isteği üzerine tarhiyata karşı uzlaşma başvurusunda bulunması ile başlar. Beyana dayalı tarhiyatta uzlaşma başvurusunda bulunmak mümkün değildir³. Bu konu eşitlik ilkesi açısından eleştiriye açık olup ilgili bölümde ele alınacaktır⁴. Tarhiyat öncesi uzlaşmada ise mükellefin geçirdiği bir inceleme neticesinde ortaya çıkan inceleme raporuna dayanarak henüz tarhiyat yapılmadan uzlaşma talebinde bulunması mümkündür.

Uzlaşma kurumu açıklanırken kurumun idari sözleşme olarak kabulüne göre hareket edilecektir. İdari sözleşme kavramı Danıştay'ın TEK ve Azot Sanayi TAŞ kararında “konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin ve taraflardan biri idare olan ve idarenin diğer tarafa nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşıyan sözleşmeler...” olarak tanımlanmıştır⁵. Bir başka ifadeyle, idari sözleşme idare ile ilgili kişi veya ki-

² Burada kurumun Almanya'dan alınmış olması bilgisi önemlidir. Zira 1.2'inci Bölümde Açıklanacağı üzere Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kaynak mevzuatı iptal etmiş ve hali hazırdaki uzlaşma uygulamaları içtihadı dayanarak devam etmektedir.

³ Sadık Kırbuş, *Vergi Hukuku*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 200 - 201.

⁴ Bkz. Bölüm 2.1.4.

⁵ Danıştay Onikinci Dairesi, 2.11.1976 tarihli ve E. 1974/1958, K. 1976/2141 Sayılı karar için bkz. Şeref Gözübüyük - Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Cilt 1, Güncelleştirilmiş, 2. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 381.

şilerin bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla açıkladıkları iradelerin uyuşması halinde ortaya çıkmaktadır⁶. Nitekim bir hukuki işlemin idari sözleşme sayılabilmesi için organik ve maddi kriterleri sağlayabilmesi gerekmektedir. Organik kritere göre, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için sözleşmenlerden en az birinin kamu tüzel kişisi olması gerekir⁷. Maddi kriter ise, sözleşmenin bir idari sözleşme sayılabilmesi için bu sözleşmenin konusunun ya bir kamu hizmetinin doğrudan doğruya yürütülmesi, ya da bu sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi gereklidir. Vergi Usul Kanunu Ek madde 1 ve devamı maddelerde belirtilen uzlaşma kurumu burada belirtilen iki kriteri de sağlamaktadır. Gerçekten de uzlaşmada taraflardan en az birisi kamu tüzel kişisidir ve vergi ve cezaların tutarlarında değişiklik yapmak gibi bir özel hukuk sözleşmelerini aşacak hususları içermektedir⁸. Bu çalışmada idare hukuku doktrininde idari sözleşme kavramını bir idari işlem türü olarak kabul eden doktrin görüşünü esas alıdığından⁹, idari sözleşme kabul edilen uzlaşma uygulaması idari işlemin unsurları açısından incelenecektir.

2. İdari İşlemin Unsurları Açısından Uzlaşma

Uzlaşmanın idarî işlem olması dolayısıyla idarî işlemin tanımına değinmekte fayda vardır. “İdarenin kamu gücü kullanarak yaptığı faaliyetleri” idari işlem olarak tanımlamak mümkündür¹⁰. İdari işlemin unsurları ise konu, sebep, amaç, yetki ve şekil olmak üzere beş adettir. Bu unsurlar aşağıda uzlaşma müessesesi ile bağlantılanarak incelenecektir.

a. Uzlaşmanın Konu ve Sebep Unsurları

İdari işlemin konu unsuru “idari işlemin kendisi, içeriği, hukuk âleminde yarattığı değişiklik” olarak ifade edilmektedir¹¹. Sebep unsuru ise idarenin bir eylem veya işlemi yapmasına gerekçe olan hukuki yahut fiili etkindir¹². İda-

⁶ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Beşinci Basım, Ankara, 2002, s. 110.

⁷ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin Yayınları, İkinci Basım, Bursa, 2009, s. 19.

⁸ Öncel/Kumrulu/Çağan, 175; Karakoç, s. 730; Kaneti, *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İkinci Basım, İstanbul, 1989, s. 263. Aksi yönde görüş bildiren Turgut Candan’a göre uzlaşma kurumunun hukuki niteliği sulh akdidir. Bkz. Candan, s. 260.

⁹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, İkinci Basım, Bursa, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s. 660 - 661; Metin Günday, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Göz. Geç. 10. Basım, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011, s. 123.

¹⁰ Gözler, s. 660 - 661. Hiç şüphesiz ki, idari işlemin tanımı çok daha ayrıntılı bir konudur. Bu konuda en doğru sonuca ulaşabilmek için yapılması gereken bu kavramı benzer kavramlarla mukayese ederek tanımını anlamlandırmaktır. Ne var ki, böyle bir inceleme bu yazının konusunun kapsamı dışındadır. İdari işlemin tanımı hakkında daha fazla bilgi için bkz. Gözler s. 617 vd.; Günday, s. 123; Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku'nun Umumi Esasları*, 3. Basım, İstanbul, 1966, Hak Kitabevi, s. 274 vd., s. 385 vd.; Giritli - Bilgen - Akgüner - Berk, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş 5. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2012, s. 1083 vd.; Gözübüyük/Tan, s. 357 vd.

¹¹ Gözler, s. 930.

¹² Gözler, s. 893.

renin ikmalen, re'sen ve idarece tarh¹³ yöntemleri ile yaptığı tarhiyat işlemine dayanan vergi ve bu vergilere ilişkin vergi ziyai cezalarının tahakkuk edecek miktarları uzlaşma işleminin konu unsurunu teşkil eder. Ancak, Vergi Usul Kanunu 359. maddede belirtilen nedenlerle vergi ziyaya sebep olunması halinde bu cezalar uzlaşmanın konusuna dâhil edilemez.

Uzlaşma Vergi Usul Kanunu Ek Madde 1'in açık hükmü gereğince sadece belirli iddialardan birinin ileri sürülmesi halinde mümkündür, bu iddialar; vergi ziyaya sebebiyet verilmesinin kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten kaynaklandığı, 369'uncu maddede yazılı yanılmadan kaynaklandığı, Vergi Usul Kanununun 116. 117. ve 118. maddelerinde yazılı vergi hatalarının var olduğu, maddi hata bulunduğu veya yargı kararları ile idarenin ihtilaf konusu olayda görüş farklılığının olduğuna yöneliktir. (VUK Ek md.1) Alternatif sayımla sayılan bu beş husus uzlaşma işleminin sebep unsurunu teşkil eder.

b. Uzlaşmada Yetki Unsuru

İdari işlemin yetki unsuru bir makamın işlemi gerçekleştirebilme ehliyeti olarak tanımlanabilir¹⁴. İdarenin uzlaşma işleminde yetki unsurunun sınırları Vergi Usul Kanunu'nun Ek 1. maddesine dayanarak Maliye Bakanlığı'nca çıkarılan 352, 360, 356, 372 ve 393 numaralı Genel Tebliğlerde belirtilmektedir. Bu tebliğlerde uzlaşma komisyonlarının nasıl oluşacağı, bu komisyonların hangisini kendilerine gelen uyuşmazlıklarda vergi aslının hangi miktarına kadar uzlaşmaya yetkili oldukları belirtilmektedir. Bu demektir ki burada hem yer bakımından hem de miktar bakımından hangi idarenin ne kadar vergi ve ceza miktarını uzlaşma konusu yapabileceği gayet somut bir biçimde belirlenmiştir. Yer bakımından İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı ve birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü grup vergi dairesi başkanlıkları olarak uzlaşma mercileri ayrıma tabii tutulmuştur. Bu gruplardan her biri Türkiye'nin belirli nüfus yoğunluğuna sahip illerinin nüfus yoğunluğuna göre sıralanması suretiyle oluşturulmuştur. Örneğin birinci grup vergi dairesi başkanlıkları Ankara ve İzmir'i içine alırken, ikinci grup vergi dairesi başkanlıkları Antalya, Adana, Bursa, Kocaeli ve Mersin'i içine alır. Uzlaşılacakları miktara göre yapılan ayrıma göre ise; vergi dairesi uzlaşma komisyonları, defterdarlık uzlaşma komisyonu, vergi dairesi başkanlığı uzlaşma komisyonları, vergi daireleri koordinasyon uzlaşma komisyonu, büyük mükellefler vergi dairesi uzlaşma komisyonu ve merkezi uzlaşma komisyonu olmak üzere altı farklı uzlaşma mercii öngörülmüştür.

¹³ Aşağıda da açıklanacağı üzere tarhiyat öncesi uzlaşma esasen bir vergi incelemesinin yapılmış olmasını gerektirdiğinden idarece tarhiyat dolayısıyla tarhiyat öncesi uzlaşma kurumuna başvurulamaz.

¹⁴ Gözler, s. 745.

Eğer vergi dairesi başkanlığı kurulu olan bir yer söz konusu ise vergi dairesi tarafından yapılan tarhiyatlarda vergi dairesi müdürlüğü nezdinde yapılacak uzlaşmada, tarhiyatı yapan vergi dairesi il merkezinin dışında (büyükşehirlerde mücavir alan sınırları dışında kalan yerlerde) ise Tablo 1’de belirtilen tutarlara kadar vergi aslı uzlaşma konusu yapılabilir.

Tablo 1

	Vergi, Resim ve Harçlar (YTL)
İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı	35.000
I. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	30.000
II. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	25.000
III. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	20.000
IV. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	15.000

(Gelir İdaresi Başkanlığı, Uzlaşma, 2007)

Vergi dairesi başkanlığı kurulu bulunan illerden birinde teşkilatlanmış olan vergi dairesi tarafından yapılan tarhiyata karşı yapılan uzlaşma başvurusu yukarıda belirtilen miktarları aşarsa başvuru Vergi Dairesi Başkanlığı Uzlaşma Komisyonu’na intikal eder. Bu komisyonun uzlaşmaya yetkili olduğu tutarlar Tablo 2’deki gibidir.

Tablo 2

	Vergi, Resim ve Harçlar (YTL)
İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı	900.000
I. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	750.000
II. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	600.000
III. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	450.000
IV. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	300.000

(Gelir İdaresi Başkanlığı, Uzlaşma, 2007)

Söz konusu başvuru eğer Tablo 2’deki tutarları da aşıyorsa Vergi Dairesi Koordinasyon Uzlaşma Komisyonu’na intikal eder. Bu komisyonun yetkili olduğu tutar vergi aslının 3.000.000 Türk Lirası’nı geçmediği tarhiyatlardır. Eğer başvuru bu tutarın da üzerinde ise başvuru, Merkezi Uzlaşma Komisyonu’na intikal eder.

Büyük Mükellefler Vergi Dairesi tarafından yapıлып uzlaşma başvurusuna konu olan tarhiyatlarda konu öncelikle Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Uzlaşma Komisyonu’na intikal eder. Burada komisyonun uzlaşmaya yetkili olduğu tutar 2.000.000 Türk Lirası’dır. Bu tutarın aşıldığı hallerde başvuru merkezi uzlaşma komisyonuna intikal eder.

Uzlaşma başvurusuna konu olan tarhiyat Vergi Dairesi Başkanlığı kurulmuş olan bir ilin merkezinde (büyükşehirlerde mücavir alan sınırları içinde) yer alan vergi dairesi müdürlüğüne yapılmış ise, idarenin uzlaşmaya yetkili olduğu tutarlar Tablo 3’teki gibidir.

Tablo 3

	Vergi, Resim ve Harçlar (YTL)
I. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	12.500
II. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	7.500
III. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	5.000
IV. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	3.000
Defterdarlıklar	3.000

(Gelir İdaresi Başkanlığı, Uzlaşma, 2007)

Bahsi geçen başvuru eğer Tablo 3'te belirtilen sınırı aşıyorsa uzlaşma başvurusu sırasıyla; Vergi Dairesi Başkanlığı'na, Tablo 2'de belirtilen tutarların aşılması halinde Vergi Daireleri Koordinasyon Uzlaşma Komisyonu'na, buradaki sınırın da aşılması halinde Merkezi Uzlaşma Komisyonu'na yöneltilir.

Mal Müdürlükleri bünyesinde kurulan uzlaşma komisyonlarının görevine giren uzlaşma başvurularında uzlaşılacak tutarlar Tablo 4'teki gibidir.

Tablo 4

	Vergi, Resim ve Harçlar (YTL)
I. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	6.000
II. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	5.000
III. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	4.000
IV. Grup Vergi Dairesi Başkanlıkları	3.000

(Gelir İdaresi Başkanlığı, Uzlaşma, 2007)

Bu tutarların aşılması halinde, uzlaşma başvurusu sırasıyla; Vergi Dairesi Başkanlığı, Vergi Daireleri Koordinasyon Uzlaşma Komisyonu ve son olarak da Merkezi Uzlaşma Komisyonu'nca incelenecektir. Vergi Dairesi Başkanlığı kurulmuş olmayan illerde Vergi Dairesince yapılacak uzlaşma görüşmelerinde uzlaşılacak tutar tablo - 5'teki gibidir¹⁵.

c. Uzlaşmada Şekil Unsuru

İdari işlemin şekil unsuru, hem hukuk âleminde değişiklik meydana getirmesi yolunda ortaya konulan iradenin kendisiyle açıklandığı araca verilen isim hem de işlemin yapılması sırasında izlenen yolları ifade eden bir kavramdır¹⁶. Uzlaşma kurumunda şekil unsuru tarhiyat öncesi ve tarhiyat sonrası uzlaşma için farklılıklar göstermektedir. Tarhiyat öncesi uzlaşma için öncelikle bir vergi incelemesinin varlığı aranmaktadır. Nezdinde vergi incelemesi gerçekleşen kişiler incelemenin başlamasından incelemeye ilişkin son tutanağın düzenlenmesine kadar geçen süre içinde uzlaşmaya başvurabilirler. (Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği md.9) Mükellefin bilgisi dışında yapılan ince-

¹⁵ Gelir İdaresi Başkanlığı, *Uzlaşma*, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı, 2007, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/yayinlar/uzlasma.pdf, (Erişim Tarihi: 12.11.2016), s. 25 - 28.

¹⁶ Onar, s. 307 - 311; Günday, s. 113 - 117. Aksi yönde Gözler, s. 829.

lemelerde, incelemeyi yapan idare herhangi bir taahhüt altına girmeksizin yükümlüyü uzlaşma talebinde bulunmaya davet edebilir. (Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği md.11) Uygulamada mükellefin incelemeden haberi olsun olmasın uzlaşma talebinde bulunmaya davet etmenin bir teamül haline geldiği ifade edilmektedir. Uzlaşmaya davet hallerinde, davet yazısının tebliği tarihinden itibaren en geç on beş gün içerisinde uzlaşma talebinde bulunmak mümkündür. Ancak, incelemenin sonuçlandığı tarihte, tarh zamanasının sona ermesine üç aydan az bir zaman kalması halinde mükellefe uzlaşma talebinde bulunup bulunmadığı sorulmaz ve uzlaşma talebinde bulunmaya davet edilemez. (Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği md.11) Vergi incelemesini yapan, mükellefin uzlaşma talebi üzerine, yetkili uzlaşma komisyonu başkanı ile temas kurarak uzlaşma gününü belirler. Belirlenen uzlaşma gün ve saati, bir yazı ile uzlaşma gününden en az 15 gün önce mükellefe bildirilir veya inceleme tutanağına yazılır. (Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği md.10) Muhatabın bilinen en son adresine uzlaşmaya davet yazısının tebliğ edilememesi veya yazıda bildirilen yer ve tarihte uzlaşma davetine uyulmaması hallerinde uzlaşma konusunda başkaca bir işlem yapılmaz. Uzlaşma temin edilmemiş sayılır. Bu maddenin uygulanmasında posta ile veya memur vasıtasıyla gönderilen yazının tebliğ edilemeyerek geri gelmesi, tebliğ edilememeyi ifade eder. Tarhiyat öncesi uzlaşma talebinde bulunan mükellef, tayin edilen uzlaşma gününden önce yazılı olarak vergi inceleme raporunu düzenleyene veya komisyona sekreteryaya hizmeti veren birime bu talebinden vazgeçtiğini bildirebilir. Bu durumda mükellef uzlaşma istememiş gibi işlem tesis edilir. (Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği md.12) Yapılan vergi incelemeleri sonucu, uzlaşmaya konu tarh edilecek vergi ve kesilmesi öngörülen ceza miktarı, incelemeyi yapan tarafından düzenlenecek bir raporla uzlaşma gününden en az 15 gün önce yetkili uzlaşma komisyonuna ve ilgiliye bildirilir. Uzlaşma gününün 15 günden önceki bir tarih olarak belirlenmesi halinde inceleme raporu bu tarihten önce mükellefe tebliğ edilir. Gerektiğinde bu inceleme raporu, ön rapor şeklinde de düzenlenebilir. Uzlaşma talebinin işleme konulabilmesi için, incelemeyi yapanın, mükellefin uzlaşma talebi ile birlikte mükellef hakkında düzenleyeceği inceleme raporunu yetkili uzlaşma komisyonuna intikal ettirmesi şarttır. İnceleme raporu, ilgili mükellef ile komisyona intikal ettirilmeden uzlaşma yapılamaz. (Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği md.13)

d. Uzlaşmada Amaç Unsuru

İdari işlemin amaç unsuru, idari işlemle ulaşılmak istenen nihai sonucu ifade eder¹⁷. Uzlaşma işleminin amaç unsuru hem mükellef hem de idare açısından ele alınabilir. Uzlaşmada idare açısından temel amaç, uyumsuzlukların

¹⁷ Gözler, s. 976.

bir tür sulh yoluyla çözümlenerek vergi alacağının daha hızlı ve nizasız bir şekilde hazineye aktarımıdır. Uzlaşmada mükellef açısından temel amaç, uyuşmazlığın belirsizlik, süreç uzunluğu gibi zorluklarını göğüslemeksizin idare ile anlaşarak vergi borcunu ve cezalarını ödemek olarak ifade edilebilir. Uygulamada bu hususun genellikle büyük ölçekli mükellefler tarafından beklenmedik miktarların önüne geçmek için kullanıldığı ifade edilmektedir¹⁸. Uzlaşmanın amacı doktrinde “maddi gerçeğe mükellef tarafının da katılımıyla ulaşılması” olarak da ifade edilmektedir¹⁹.

Uzlaşma kurumu ele alınırken kurumun açıklandığı kanun olan Vergi Usul Kanunu bir bütün olarak incelenmelidir. Buna göre Vergi Usul Kanunu’nun 3. Maddesi B bendi hükmü şu şekildedir; “Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.” Uzlaşma kurumu vergiyi doğuran olay ve bu olaya bağlı olarak ortaya çıkan vergi aslı ve cezalarda gerçeğe ulaşmak adına konuyla doğrudan ilgili olan mükellef tarafıyla iletişime geçebilmek amacıyla tesis edilmiştir. Uzlaşma yolu ile kanunla konulan vergi aslı ve cezalar kanuna aykırı olarak değiştirilmemekte aksine gerçek duruma göre yeniden düzenlenmekte ve kanuna göre aslında olması gereken tutarlar şeklinde mükelleften istenmektedir²⁰.

3. Uzlaşma Kurumunun Hukuki Sonuçları

Uzlaşma kurumunun işleyişi sonucunda elde edilen hukuki sonucun ne olduğu kurumun Anayasal denetimini yapmak adına önemli bir konudur. Çünkü burada kurumun verginin ve cezaların mükelleften alınmamasına ve vergi yargısına dair ayrıntılı tartışmalar mevcuttur²¹. Uzlaşma tutanakları kesin olup gereği vergi daireleri tarafından derhal yerine getirilir. Mükellef veya kendisine ceza kesilmiş olanlar, üzerinde uzlaşılan ve tutanakla tespit edilmiş olan hususlar hakkında dava açamaz ve hiçbir mercie şikâyetle bulunamazlar (VUK Ek md.6). Uzlaşmanın olumlu sonuçlanması halinde uzlaşma konusu vergi ve cezalar hem tahakkuk etmiş hem de yargıya başvuru yolu artık kapandığından tahsil edilebilir bir aşamaya gelmiş olur²². Tarhiyat ön-

¹⁸ Ceyhan İnaltong, “Gelişmiş Ülke Uygulamaları Işığında Türk Vergi Sisteminde Uzlaşma Müessesesi” *Vergi Dünyası*, Sayı 375, s. 30.

¹⁹ Bu yönde Funda Başaran - Yavaşlar, “Vergisel Düzenin Sağlanmasında Donanımlı Anayasa Dışında Gerekenler”, *Anayasa’dan Mali ve Vergisel Beklentiler*, On İki Levha Yayınları, Haziran, 2012, s. 405; Tahir Erdem, *Vergi Hukukunda Uyuşmazlıkların İdari Aşamada Çözümü ve Alternatif Çözüm Yolları (Türkiye ve ABD Karşılaştırmalı)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 379; Gerçek, s. 127.

²⁰ Erdem, s. 393 - 394; Adnan Gerçek, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 131 - 133.

²¹ Tartışmalar için bkz. Elif Yılmaz, “Uzlaşma Müessesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Sayı 1 - 2, 2009, s. 337 vd.

²² Gerçek, s. 132.

cesi uzlaşmanın temin edilememiş veya uzlaşma görüşmelerinde uzlaşmaya varılamamış olması halinde yükümlüler veya ceza muhatabı olanlar, verginin tarhından ve cezanın kesilmesinden sonra uzlaşma talep edemezler (VUK Ek md.11/III).

II. Vergi Hukukunda Eşitlik, Kanunilik, Kamusalılık İlkeleriyle Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Bu bölümde Anayasal vergilendirme ilkelerinden kanunilik ilkesi, eşitlik ilkesi ve vergilerin kamusalılığı ilkesinden kısaca bahsedilecektir. Uzlaşma kurumunda vergi ziyai cezaları, özel usulsüzlük ve usulsüzlük cezaları için de uzlaşma imkânı bulunduğundan Vergi Ceza Hukuku'nda kanunilik ilkesi ve kamusalılık ilkesi ayrıca incelenecektir.

Uzlaşma kurumunun Anayasa'ya aykırılığını incelerken mehz Alman hukukundaki gelişmelere bakmak gerekir. Almanya'daki uzlaşma kurumu Anayasa'ya aykırılıkla ilgili tartışmalar dolayısıyla yasama organı tarafından 1977 yılında kaldırılmıştır. Ancak, büyük ihtimalle var olan iş yükünün kaldırılamaz hale gelmesi, mükelleflerle idare arasında gerçekleşen uzlaşmanın kanun hükmü yerine Federal Mali Mahkeme kararlarına dayanarak gerçekleştirilmesine yol açmıştır²³.

1. Vergi Hukuku ve Ceza Hukuku Bakış Açısıyla İlkeler

Egemen gücün vergilendirme yetkisi Anayasa'nın ikinci maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin doğal bir sonucu olarak belirli ilkelerle sınırlandırılmaktadır. Bu bölümde bu ilkeler uzlaşma ile ilgili olduğu kadar incelemeye alınacaktır. Bu kapsamda vergilerin kanuniliği ilkesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, eşitlik ilkeleri ele alınacaktır. Cezada kanunilik ilkesi ile vergide kanunilik ilkesinin ayrı ayrı değerlendirilmesinin nedeni ise Ceza Hukuku bağlamında suç sayılan vergi ziyai cezasının Ceza Hukuku'nun kanunilik prensiplerine tabi olması ve bu prensipler ışığında değerlendirilmesi gereken "hürriyeti bağlayıcı cezalara" ilişkin cezaların vergi hukukundaki kanunilik ilkesinin bakış açısıyla değerlendirilemeyeceği gerçeğidir. Bunun nedeni olarak esasen kişinin hürriyetini ortadan kaldırma gibi ağır bir tedbirin oluşturacağı

²³ Bu durumun nedeni ise her yıl 50.000 civarı yargısal başvurunun vergi mahkemelerine ulaşması ve bu başvuruların ise beş yıldan kısa sürede bir sonuca ulaşmayacağı gerçeği olarak ifade edilmektedir. Editör: Billur Yaltı, *Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi - 3 Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümü: Barışçıl Mekanizmalar*, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2015, s. 114 dipnot 1. Zaten uzlaşma kurumunun Almanya'ya gelmesi de kolay olmamıştır. Buna göre ilk içtihatlar uzlaşmanın aleyhindedir. Nitekim Rayh Maliye Divanı 1925 yılında verdiği 18/92 sayılı kararında "devletin hiçbir şekilde kanuna aykırı anlaşmalarla, vergi alacağından vazgeçemeyeceği" yönünde karar vermiştir. Fakat daha sonra bu görüş değişmiş ve vergi anlaşmazlıklarında uzlaşma kurumu kabul görmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, "Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma Müessesesi", *Danıştay Dergisi*, Sayı: 28, 1978, s. 48.

kişi hakkı ihlalinin çoğu kez ekonomik yaptırımlardan oluşan cezaların oluşturduğu kişi hakkı ihlalden daha fazla olması gösterilebilir. Zira para cezasının adli hata halinde zararının giderilmesi mümkündür. Oysaki hürriyeti bağlayıcı cezalarda hürriyeti kısıtlanan kişinin geçen yıllarının geri dönüşü mümkün değildir. Bu cezaların bölünebilme, geri alınabilme, derecelendirilebilme nitelikleri ve failin ekonomik durumuna göre düzenlenebilme niteliği dolayısıyla avantajlı bir konumu bulunmaktadır²⁴. Bu bilgilerden hareketle temel hak ve hürriyetlere para cezaları ile hürriyeti bağlayıcı cezalara nispetle daha az zarar verildiği düşünülebilir. Ceza Hukuku'nun alanına giren bu halde bireyin temel hak ve özgürlüklerini yüceltmek olan bir tercihte bulunulması çağdaş hukukun özüne daha uygun görülebilir.

a. Vergilerin Kanuniliği İlkesi

Anayasa'nın 73'üncü maddesi hükmü vergilerin kanuniliği ilkesini şu ifadelerle açıklar; "vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır." Vergi hukuku bağlamında kanunilik ilkesi "devletin vergilendirme yetkisini genel, soyut, kişisel olmayan ve yasa organı tarafından Anayasal usullere uygun olarak çıkartılan kanunlar ile kullanması²⁵" olarak ifade edilmektedir. Kanunilik ilkesi vergilendirmeye ilişkin kanunlarda verginin mükellefi, konusu, matrahı, tarifesi, tahsilinin nasıl gerçekleştirileceği gibi verginin temel unsurlarına ilişkin hususların mutlaka kanunlarda belirtilmesini gerekli kılar. Anayasa Mahkemesi'nin 1977 tarihli bir kararına göre; "... Mali yükümlerin yükümlüleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tehsil usulleri, yaptırımları ve zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yüküm bu yönleri dolayısıyla yeterince çerçevelendirilmemişse kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi olasıdır. Bu bakımdan yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek kesinlikle kanunlarla düzenlenmelidir."²⁶

Vergilerin kanuniliği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 1 numaralı protokolünün 1. maddesinde de ifade edilmiştir. Sözleşme'nin ilgili maddesi şu ifadeleri barındırmaktadır;

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

²⁴ Haluk Çolak; Uğurtan Altun, "Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi", *TBB Dergisi*, Sayı 69, 2007, s. 246.

²⁵ Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s. 103.

²⁶ Kırbaş, s. 25 - 26.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri kanunları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez.” Burada vergilendirme ancak devlet eliyle yapılabileceğinden²⁷ vergi hukuku açısından sözleşmenin bu hükmü devletin negatif yükümlülüğü açısından ele alınmalıdır. Burada devletin negatif yükümlülüğü kişilerin mal ve mülküne yapılacak devlet eliyle yapılacak haksız müdahalelerden kişileri korumaktır²⁸. Sözleşmenin bu hükmü de “Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunda öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.” ifadeleriyle mülkiyet hakkına müdahalenin ancak kanunlar yoluyla gerçekleştirilebileceğini hüküm altına almaktadır²⁹.

b. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa'nın 38. maddesinde “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ifadeleriyle ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 2. maddesi dolayısıyla hukuk sistemimizde üst norm olarak mevcuttur. Bu ilke evrensel bir ilke olup “Nulla poena sine lege” adıyla da anılmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak görülen ilkenin temel mantığı “genel önleme esası” adı verilen bir prensiptir. Buna göre failin cezalandırılması diğer insanların suç işlemesini önleyecekse, bu insanların somut olayda neyi ihmal ettiklerini bilmeleri gerekir. Ayrıca bu kurumun ceza kanununun garanti fonksiyonu ile de ilgisi bulunmaktadır. Buna göre ise, her vatandaşın hangi davranışın cezalandırıldığını hangisinin cezalandırılmadığını bilmesi gerekir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin dört sonucu vardır. Bunlar; örf ve adet kurallarının cezalandırmaya esas alınmayacağı kuralı, belirlilik ilkesi, geçmişe yürüme yasağı ve kıyas yasağıdır. Örf ve adet hukukuna dayanarak cezalandırma yapılamayacağı ilkesi fail aleyhine olan hallerde geçerlidir. Failin lehine olan hallerde bu ilke uygulanmaz³⁰. Suçta ve Cezada Kanunilik ilkesi dolayısıyla örf ve adet hukukunun Ceza Hukuku'nda doğrudan bir kaynak niteliği yoktur. Ancak örf ve adet hukukuna kanunun yorumu açısından başvurulur. Buna en güzel örnek olarak hakaret suçu gösterilebilir. Hakaret suçunda hareketin hakaret niteliği taşıyıp taşımadığı saldırının mağdurun şeref ve haysiyetine zarar verebilecek bir nitelikte olup olmamasına göre belirlenecektir. Bu belirleme esnasında da örf ve adet hukukuna başvurulmaktadır³¹.

²⁷ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 35.

²⁸ http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/mulkiyet_kilavuz.pdf, (Erişim Tarihi: 01.12.2017)

²⁹ Kırbaş, s. 26.

³⁰ Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku, Genel Kısım - I*, Çev. Ed. Yener Ünver, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 15 - 17.

³¹ Mahmut Koca; İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Göz. Geç. Gün. 4. Basım, Ankara, s. 54.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin bir diğer sonucu ise belirlilik ilkesidir. Bu ilkeye göre kanun hükmü suç teşkil eden insan davranışlarını ve bunların sonuçlarını açıkça ve herkesin anlayabileceği bir şekilde ifade etmelidir³². Bu ilkenin gerçekleşebilmesi için belirlemenin kanunla yapılması, suçun unsurlarının açıkça anlaşılması ve suça ilişkin tanımların belirli olması gereklidir. Belirlemenin kanunla yapılması kanun dışındaki tüzük yönetmelik gibi düzenlemelerle suç tanımlanamayacağını ve buna dayanılarak cezalandırma yapılamayacağını ifade eder. Suçun unsurlarının açıkça anlaşılması ise bir suça ilişkin; suçun failinin kim olduğunun, konusunun ne olduğunun; mağdurunun kim, kimler veya ne olabileceğinin, hangi hareketin cezalandırıldığına, suçun oluşabilmesi için netice gerekli ise neticenin ne olduğunun, suçun oluşumu için saik aranıyorsa failin hangi saikle eylemi gerçekleştirmesi gerektiğinin ve eğer yalnız kasten işlenebilen bir suç söz konusu ise bu hususun maddeden anlaşılabilir olması gerekir. Bu şekilde suçun tüm unsurları maddeden anlaşılamiyorsa belirlilik ilkesinin açıklık unsuru gerçekleşmediğinden ilgili hüküm belirlilik ilkesine dolayısıyla da kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Bir diğer husus olan suça ilişkin tanımların belirli olması ise açıklıktan farklı bir konudur. Bazı hallerde suçun konusunun ne olduğunu kanundan açıkça anlaşılabilirken dahi belirlilik ilkesi gerçekleşemez. Buna örnek olarak enerji hırsızlığı tartışmaları gösterilebilir. Bu tartışmalar elektrik hırsızlığı hususunda suçun maddî unsurlarından konu unsurunda ve tipiklik unsurunda -1991 yılında eski ceza kanununda yapılan değişikliğe kadar- var olan eksiklikten kaynaklanmıştır. Burada korunan hukukî değer “zilyetlik” kavramıdır. Peki, Ceza Hukuku bağlamında elektrik enerjisi üzerinde zilyetlik mümkün müdür? 1991 yılında 3756 sayılı kanunla yapılan değişiklik öncesi bu sorulardan dolayı suçun oluşmasının mümkün olmayacağı yönünde kararlar verilmekteydi. Ancak bu değişiklik sonrasında elektrik üzerinde de zilyetlik kurulabileceğinden bahisle Eski Türk Ceza Kanunu’na bir fıkra ilave edilerek ve enerji hırsızlığı da kanuna eklenmiştir³³. Bu örnekte belirtilen

³² Koca / Üzülmüş, s. 54; Veli Özer Özbek vd. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Hukuk Yayınları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Basım, Eylül, 2017, s.69 - 70; Nur Centel; Hamide Zafer; Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukuku’na Giriş*, Beta Yayınları, 8. Basım, s. 55.

³³ Bu değişiklik Türk Ceza Hukuku reformu ile yeni kanuna da işlenmiş olsa da 05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6352 sayılı kanunla kaldırılmıştır. Kanunun gerekçesinde maddenin tasarı metninde bulunan “Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanılanlar da yukarıdaki fıkra uyarınca cezalandırılırlar” şeklindeki hükmün TBMM genel kurulu tarafından kabul görmemesi neticesinde bu hüküm madde metninden çıkarılmıştır. Daha sonra enerji hırsızlığını düzenleyen “Ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerji de, taşınır mal sayılır.” hükmünü de madde metninden çıkaran kanun koyucunun bu tasarrufu her ne kadar 6352 sayılı kanunun gerekçesinde yer almıyor olsa da bu durum büyük ihtimalle ilk fıkradaki tipiklik unsurunun yeterli görülmesinden kaynaklanmaktadır. Konu ile ilgili madde gerekçeleri için bkz. http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylari?_adf.ctrl-state=15n9oj1iqtu_49&psira=18675&psorgukriteri=, (Erişim Tarihi: 07.01.2018)

halde suçun konusunun “başkasına ait eşya” olduğu açıktır. Ancak elektrik enerjisinin Ceza Hukuku bağlamında eşya olup olmadığını hususu yahut elektrik enerjisi üzerinde zilyetlik kurulup kurulamayacağı hususu kanunun 1991 yılında geçirdiği değişikliğe kadar belirlilik unsurunu tatmin edebilecek bir yeterlilikte değildir³⁴.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin sonuçlarından birisi de “geçmiş yürüme yasağı” (lex praevia) olarak ifade edilmektedir. Bu kanun hem geçmişe yönelik olarak yeni bir cezanın ortaya konulamayacağını hem de zaten bu cezanın geçmişe yönelik olarak arttırlamayacağını öngörür³⁵. Bunun failin lehine olan hallerde aksinin uygulanması başka ifade ile kanunların geçmişe etkili olarak yahut ileri yürütülerek uygulanması mümkündür³⁶. Bu durum Türk Ceza Kanunu’nun 7. maddesinin 2. fıkrasında da “Suçun işlendiği zamanda yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.” ifadeleriyle belirtilmiştir.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin bir diğer sonucu ise kıyas yasağıdır. Kıyas, bir olaya ilişkin hukuk kuralının, kanun tarafından düzenlenmemiş benzer bir konuya uygulanması demektir. Kıyas yorumdan farklıdır. Kıyas kavramında uyuşmazlık konusu hakkında herhangi bir norm bulunmamaktadır. Oysaki yorum faaliyetinde uyuşmazlık konusu hakkında var olan bir normun anlamlandırılması başka deyişle kanun koyucunun gerçek iradesinin sorgulanması söz konusudur. Kıyas yasağı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinin 3. fıkrasında yer verilmiştir. Kıyas yasağıyla bir yandan vatandaşlar kıyas yoluyla oluşabilecek olan yargılama makamının iradesine karşı korunarak hukuki güvenlik tesis edilmekte, diğer yandan da yasama ve yargı erkleri arasında tutarlılık sağlanmaktadır³⁷. Kıyas yasağı demokrasi ilkesinin (Ay. md.2) de bir sonucudur. Zira bu ilke cezalandırma yetkisini yargılama makamına değil yasama organına vermektedir. Yargılama makamı sadece var olan yetkiyi kullanmaktadır³⁸. Ceza Hukuku doktrininde kıyas yasağının failin aleyhine olan hallerde geçerli olmasına karşılık lehine olan hallerde geçerli olmamasının kaynak ilke olan kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı öngörülmektedir³⁹.

³⁴ Taşdemir / Özkepir, s. 3; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Göz. Geç. 8. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.336. Ayrıca bkz. Yargıtay CGK, E/K. 13/57, T. 20.2.1978, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1978-13.htm&kw=20.2.1978#fm>, (Erişim Tarihi: 30.03.2017)

³⁵ Heinrich, s. 19.

³⁶ Koca/Üzülmez, s. 60.

³⁷ Koca / Üzülmez, s. 50

³⁸ Koca / Üzülmez, s. 50'den Volker Krey, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, B. 1, 2. Aufl* Stuttgart, 2004, s. 86.

³⁹ Kayıhan İçel; Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Birinci Kitap, 3. Basım, İstanbul, 1999, s. 86.

c. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. ... Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." Eşitlik ilkesi Anglo-Amerikan hukuk düşüncesinde yatay eşitlik ve dikey eşitlik olmak üzere iki farklı açıdan ele alınmaktadır. Burada yatay eşitlik anlayışı aynı hukuki konumda bulunanların idarece aynı muameleye tabi tutulmalarını öngörür. Dikey eşitlik ise her vergiyi doğuran olaydan dolayı vergiyi doğuran olay üzerinde gerçekleşen kişinin mükellef olmasını gerektirir⁴⁰.

Ayrıca vergi hukukunda eşitlik ilkesinin hukuki ve mali olmak üzere iki yönü daha vardır. Eşitlik ilkesinin vergi hukukundaki hukuki sonucu vergi kanunları önünde bunlara muhatap olanların eşit konumda bulunmasıdır. Mali yönü ise mali güce göre vergilendirme ilkesidir⁴¹. Bu ilke Anayasa'nın 73. maddesinin ikinci fıkrasında "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır." Anayasa Mahkemesi'ne göre de vergi hukukunda eşitlik ilkesi ödeme gücü aynı olanların aynı vergiyi ödemelerini ifade etmektedir. Burada hukuk devleti kavramı açısından vergilendirmede genellik ve kanun önünde eşitlik ilkesinin çatıştığı da gene mahkeme tarafından belirtilmektedir⁴².

III. Anayasal Vergilendirme İlkeleri Işığında Uzlaşma Kurumu

1. Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Uzlaşma Kurumu

Uzlaşma kurumunun vergilerin kanuniliği ilkesi açısından Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir⁴³. Bu ilkenin konumuz açısından önemi vergi aslına yapılan müdahalenin kanunilik ilkesine ne kadar uygun olduğudur. Şu halde Anayasa'da bulunan "... değiştirilmesi veya kaldırılması kanunla olur..." emredici hükmüne karşılık idarenin mükellefle anlaşmasıyla vergi aslının ortadan kaldırılabilmesine bile sebep olabilen uzlaşma uygulamasının Anayasa'ya uygun olup olmadığı tartışma konusudur. Ürel, bu aykırılık iddiasına kanunilik ve eşitlik ilkeleri açılarından katılmakta ve bir çözüm önermektedir. Buna göre uzlaşma ve cezalarda indirim müessesesi birbirinin alternatifi konumunda-

⁴⁰ Çağan, s. 148.

⁴¹ Ahmet Kumrulu, "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 36, Sayı 1, 1978, s.156, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2896.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.01.2018)

⁴² Anayasa Mahkemesi'nin E. 2003/73, K. 2003/86 sayılı kararı 20.12.2005 tarihli ve 26029 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴³ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 175; Yusuf Karakoç, s. 694 - 695.

dır. İkiyi kıyas edildiğinde ise uzlaşma müessesesi “uzun formalitesi olan”, “içsel tutarlılığı” tam oluşturulamamış ve vergi hukukundaki yeri tartışmalı bir sistemdir. Yazarın öngördüğü çözüme göre uzlaşma kurumu Anayasa’ya aykırıdır ve kaldırılması halinde doğabilecek hukuki ihtiyacı cezada indirim müessesesi Anayasa’ya uygun olarak karşılayabilecektir⁴⁴. Kanaatimizce, cezalarda indirim müessesesi uzlaşma kurumunun alternatifi değildir. Çünkü cezalarda indirim müessesinde sadece belirli bir oranda ceza indirilebilirken uzlaşmada cezanın tümü hatta vergi aslında bile değişiklik mümkündür. Zaten yazarın aykırılık iddiasının temelini de bu olağanüstü takdir yetkileri oluşturmaktadır⁴⁵. Ürel’in görüşlerinden sonra aksi görüş belirten Başaran - Yavaşlar’ın konu ile alakalı yorumlarına değinmekte fayda vardır. vergilerin kanuniliği ilkesine değinen yazar Anayasa madde 73 fıkra 3 hükmüne yer vermiştir. Buna göre; “Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir ve kaldırılır.” Bu nedenle yazar, kanunda uzlaşmanın konusunun “vergi ve ceza miktarı” şeklinde ifade edilmesinden yola çıkan idarenin kendisine sınırsız bir takdir yetkisi tanınmasının yanlış olduğunu ifade etmektedir. Yazar haklı olarak uzlaşmanın amacının vergi ve ceza miktarını değiştirmek olmadığını ifade etmektedir. Buna göre uzlaşmanın amacı “bir yandan, idarenin, tek başına tespitinin çok zor ya da imkânsız olduğu noktaları mükellefin yardımıyla açıklığa kavuşturmasını sağlama, diğer yandan, mükellefe, kendi bakış açısını idareye aktarma ve hatta onu ikna etme imkânını sunma olarak anlaşılmalıdır”⁴⁶. Yazara göre burada cezayı yahut vergiyi kaldırma değil gerçek durumu ortaya çıkarma söz konusu olduğundan kanunilik ilkesine aykırılıktan bahsedilmesi isabetli görülmemelidir.

Gerçek’e göre, uzlaşma kurumunu düzenleyen normlardan⁴⁷ yola çıkan idare kendisi ender rastlanan bir yetkinin verilmiş olduğunu düşünerek hareket etmektedir. Ayrıca burada işin içinde idarenin iradesinin yanı sıra mükellefin de katkısı bulunduğu idarenin takdir yetkisini kullanması tek taraflı olmayıp “sui generis” bir özellik göstermektedir. Bu anlayış nedeniyle uzlaşma kurumu verginin kanuniliği ilkesi ve verginin temel özelliği olan zorlama (cebir) unsuruna ters düşer. Ancak, ihtilafların çoğunu çözmesi nedeniyle kurum vazgeçilmez görünmektedir. Her ne kadar kanunda uzlaşılacak miktarda bir sınırlama getirilmemiş olsa da ve hukuken bunun sifıra indi-

⁴⁴ Gürol Ürel, *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Genişletilmiş 3. Basım, Seçkin Yayınları, 2012, s. 932.

⁴⁵ Bkz. Bölüm 1.1.3.

⁴⁶ Başaran - Yavaşlar, *Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler*, s. 402 - 405. Burada belirtmeliyiz ki yazar farklı tarihlerde konuya dair farklı yaklaşımlar sergilemiştir. Atif yapılan eser yazarın ulaştığımız son yaklaşım tarzıdır. Yazarın aynı yaklaşım tarzına ilk olarak yer verdiği yayını için bkz. Funda Başaran - Yavaşlar, “Uzlaşma Uygulaması Hukuka Uygun mu?”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 257, s. 165 - 173 <http://www.fundabasaran.net/makaleler/>, (Erişim Tarihi: 20.12.2016)

⁴⁷ (VUK Ek md.1 vd., VUK Ek md.11 vd., TÖU Yön., Uzlaşma Yön. ve Mah. İd. Uzlaş. Yön.)

rilebilmesi mümkün olsa da “uygulamada buna pek sık rastlanmaz. Çünkü uzlaşmada takdir yetkisinin kullanılması sonucunda bir karar verilirken, bunun gerekçesinin ortaya konulması ve ancak geçerli bir nedene dayanılarak inceleme sonucu veya takdir kararına istinaden tesis edilen ya da edilecek işlemin düzeltilmesi veya ortadan kaldırılması gerekir... Ayrıca Vergi Usul Kanunu’nun 3. Maddesinde yer alan “vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esas alınır” hükmü gereği, vergilendirmeye hâkim olan “ekonomik yaklaşım” ilkesi uzlaşma açısından da geçerli ve bağlayıcıdır. **Bu bağlamda uzlaşma kurumu, vergi kanunlarının uygulanmasının önüne geçecek bir araç olmayıp, sadece bunların doğru işletilmesini sağlayacak bir yöntem olarak bulunmaktadır**”⁴⁸.

Erdem’e göre ise, uzlaşmanın uygulanmasında sorun vardır. Buna göre, “Uzlaşma, ... vergi uyuşmazlıklarının çözümünde vergilendirme ve ceza kesme işlemlerinin hukuka uygunluğunun idare tarafından değerlendirilmesinden ziyade vergi ya da ceza alacaklarından idare tarafından ödün verilerek mükellefi idari işleme ikna etme aracına dönüşmektedir. Bu ise uzlaşmadan beklenen faydaların pratik menfaatlere feda edilmesi ve vergi ve ceza hukuku alanına hâkim Anayasal ilkelerin göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaktadır.” Yazar görüşlerinin devamında bu bölümün başında da ifade edildiği üzere uzlaşmanın amacı ve bu amacın maddi gerçeğe ulaşmadaki faydalarından bahsedip VUK md.3 B bendinde yer alan “... gerçek mahiyet esas alınır.” hükmüne atıf yapmaktadır.⁴⁹

2. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Açısından Uzlaşma Kurumu

Cezada kanunilik ilkesi uyarınca “gerçek anlamda bir suç ve ceza, ancak Anayasa ilkeleri çerçevesinde, yetkili organlar tarafından affedilebileceğinden”⁵⁰ uzlaşma ile cezaların kaldırılması suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından tartışılabilir konumdur⁵¹. Bu görüşü savunanlardan Saban, cezalandırmanın ancak yasama organı tarafından yapılmasına ek olarak af müessesinin de ancak yasama organı tarafından işletilebileceğinden bahisle uzlaşma kurumu neticesinde cezanın kalkmasının af kurumuna benzetilemeyeceğini ifade etmektedir⁵². Dolayısıyla burada bir af kurumu mevcut değildir. Ancak uzlaşma neticesinde mali nitelikli cezaların silinmesi veya tutarının değiştirilmesi Anayasa’ya aykırı görülmemelidir. Zira kanun kaçakçılık suçlarını ayırarak esasen kamu düzenini derinden etkileyen suçlardan kaynaklanan cezaları idarenin ele almasını engellemiştir (VUK Ek md.1). Ayrıca 1982 Anayasası’nın

⁴⁸ Adnan Gerçek, s. 133.

⁴⁹ Erdem, s. 393 - 394.

⁵⁰ Yusuf Karakoç, s. 695.

⁵¹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 175; Karakoç, s. 694 - 695.

⁵² Nihal Saban, s. 568.

suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 38. maddesi hükmünün gerekçesinde de belirtildiği üzere bu ilkenin amacı kişinin eylemini gerçekleştirirken gerçekleştirdiği eylem anlam ve sonuçlarını anlaması yolunda soyut normun yeterliliğini sağlamaktır⁵³. Hal böyleyken yeni ceza getirmeyen aksine var olan cezayı kaldıran uzlaşma uygulamasının suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılığını savunmak eleştiriye açık olacaktır.

3. Eşitlik İlkesi Açısından Uzlaşma Kurumu

Uzlaşma kurumunda eşitlik ilkesi, iki farklı ihtimalle ele alınmaktadır. Birinci ihtimalde, aynı hukuki konumda bulunan iki farklı mükelleften biri uzlaşmaya başvurmakta diğeri ise başvurmamaktadır. Bu halde birinin uzlaşma ile ilgili cezada ve hatta vergi aslında indirimden hatta bunların tümüyle kaldırılmasından faydalanabilmesi mümkün iken diğeri için bu olasılık yoktur. Diğer ihtimalde ise aynı hukuki konumda bulunan iki farklı mükelleften ikisi de uzlaşma yoluna başvurmaktadır. Ancak mükelleflerden birisi hakkında eşitsizlik oluşturacak bir şekilde uzlaşma geniş yorumlanarak vergi aslı dâhil çok yüksek miktarda indirimler yapılabilecek iken diğeri hakkında bu tutar çok daha düşük olabileceği gibi uzlaşma hiç mümkün olmayabilir. Anayasa'ya aykırılık taraftarlarınca bu durum Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırı görülmektedir.⁵⁴

Bir diğer özellik gösteren husus ise beyana dayalı tarhiyatlarda uzlaşma başvurusu yapılamamasıdır. Beyana dayalı tarhiyatta mükellefin beyanının esas alınması söz konusu olduğundan beyannamedeki hususlar -aksi vergi idaresince ispat edilene kadar- geçerlidir. Burada beyana dayalı tarhiyatta mükellefin beyanı karine olarak doğru kabul edildiğinden esasen bu karineye rağmen mükellefin idare ile pazarlığa girişmesinin mantığa uygun düşmeyeceğini öngören kanun koyucu beyana dayalı tarhiyatın var olduğu halleri uzlaşmanın kapsamı dışında bırakmıştır. Fakat bu durum bir takım sakıncalara yol açabilmektedir. Beyanname verildikten sonra VUK 116, 117 ve 118. maddelerinde belirtilen hata hallerinin oluşması söz konusu olduğunda mükellef sadece hata düzeltme yoluna başvurabilmektedir.⁵⁵ Bu halde ise mükellefin hata düzeltme talebi idare tarafından ret olunabilmektedir⁵⁶. Bu halde mükellefin yargı yoluna başvurmadan başka çaresi kalmamaktadır. Bu-

⁵³ http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=bafc0otxd_14&pkanunlarno=41861&pkanunnumarasi=2709, (Erişim Tarihi: 09.01.2018)

⁵⁴ Öncel -Kumrulu - Çağan, s. 175; Yusuf Karakoç, s. 694 - 695. Ayrıca Yılmaz Aliefendioğlu, "Vergi Yargısı ve Sorunları" *Danıştay Dergisi*, Cilt: IX, Sayı: 32 - 33, s. 143'te yazar o dönem yürürlükte olan 1961 Anayasası'nı baz alarak bu kurumun Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmiştir. Bu noktada yazar gene "eşitlik", "vergilerin kanuniliği" ve "verginin kamusalılığı" (yazarın ifadesi ile cebriliği) ilkelerine vurgu yapmıştır. Aynı kavramlara 1961 Anayasası'nda da yer verilmiştir.

⁵⁵ Nas, s. 69.

⁵⁶ Karakoç, s. 770.

rada uzlaşma yolunun hata düzeltme yoluna başvurusu kabul edilmemiş olan mükellef açısından açık olmasının kurumunun varoluş amacına daha uygun olduğu ifade edilmektedir⁵⁷.

Sonuç

Bu çalışmamızda uzlaşma kurumunun Anayasal vergilendirme ilkelerine aykırılık konusu ele alınmıştır. Bunlardan Anayasa'ya aykırılık konusuna 2. bölümde yer verilmiştir. Burada son tahlilde varılan sonuç esasen konu ve amaç unsurları ile ilgilidir. Buna göre uzlaşma kurumunun amacının mükellef tarafıyla iletişime geçilerek vergi ve cezalara ilişkin gerçek mahiyetin ortaya çıkarılması olduğu ve bu durumun esasen var olmaması gereken bir verginin alınmaması sonucunu doğuracak olması karşısında Anayasa'ya aykırılık iddialarına doyurucu bir yanıt verdiği yönündeki doktrin görüşü sorunun çözümü için paylaştığımız bir kanaattir. Burada işlemin amacının gerçek mahiyetin ortaya çıkarmak olması kurum hakkındaki tüm iddialara verilebilecek en temel yanıtıdır. İlkeler bazında görüşler aşağıda teker teker açıklanmıştır.

Eşitlik ilkesine aykırılık iddialarında öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; eşitlik ilkesi (keza hukuk devleti ilkesi) gibi ucu açık koruma sistemleri ancak sağlam gerekçelerle ileri sürülmelidir. Burada ölçüt kişinin kendi durumunu değiştirme imkânının kendi elinde olması olabilir. Bu halde aynı yola iki farklı mükellef başvurunca ortaya çıkan eşitsizlik halleri akla gelebilir. Bu durum kanundan değil, idareden ve uzlaşma muhataplarından kaynaklanmaktadır, dolayısıyla bu nedenle mevcut düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunun ileri sürülmesi rasyonel bir değerlendirme olmayabilir. Ayrıca bir mükellefin kanunen başvurma hakkına sahip bulunduğu bir yola başvurmaması halinde bu tip bir yorumla eşitlik ilkesinden bahis açılacaksa aynı durum dava yoluna başvurma ve diğer idari çözüm yollarına başvurma açısından da geçerli olabilecektir. Gerçekten de bu ihtimalde tüm çözüm yollarının bu açıdan değerlendirilmesi gerekir. Bunlara ek olarak, uzlaşma kurumunun amacının “vergi ve cezaların gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılması” olduğu düşünülürse esasen burada eşit hukukî konumda gözüken ancak gerçek mahiyet ortaya çıkınca aynı hukukî konumda olmadıkları anlaşılan farklı mükellefler söz konusu olacağından eşitlik ilkesine aykırılık iddialarının bir kısmı dolaylı olarak da olsa cevaplanmaktadır. Buna göre, öncelikle bir mükellefin kanunen başvurma hakkına sahip bulunduğu bir yola başvurmaması halinde bu tip bir yorumla eşitlik ilkesinden bahis açılacaksa aynı durum dava yoluna başvurma ve diğer idari çözüm yollarına başvurma açısından da geçerli olabilecektir. Gerçekten de bu ihtimalde tüm çözüm yollarının bu açıdan değerlendirilmesi gerekir.

⁵⁷ Turgut Candan, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2001, s. 240.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık iddiasına yönelik 2.1.3'teki görüşümüze ek olarak suçta ve cezada kanunilik ilkesinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesine dayanarak gerçekleştirilen uzlaştırma müessesini inceleyen doktrindeki yazarların vergi hukuku doktrininin aksine⁵⁸ Ceza Muhakemesi Hukuku doktrininde bu konu neredeyse hiçbir eserde kanunilik ilkesi bağlamında incelemeye tabi tutulmadığı ifade edilebilir⁵⁹.

Ayrıca bu konuda mehzaz hukuk olan Alman Hukuku'nu da irdelemekte fayda vardır⁶⁰. Mehzaz Alman hukukunda 1977'de bugünkü Türk vergi hukuku doktrinin öne sürdüğü kurumun Anayasaya aykırılığı iddiası ciddiye alınarak kanun koyucu tarafından uzlaşmayı düzenleyen hükümler iptal edilmiştir. Oysaki bugün dahi devam edegelen bir uzlaşma uygulamasına Almanya'da sıklıkla karşılaşmak mümkündür. Bu durumun aynısı Türkiye Cumhuriyeti için geçerli olması halinde bu iptal işleminin hukukî güvenlik, kamu düzeni açısından negatif etkileri çok yoğun olacağı muhakkaktır. Zira bu halde, kanun ve hukuk uygulaması arasında ciddi nitelikte farklılıkların olduğu ülkemizde, bir de mevcut bir düzenlemenin tamamen ortadan kaldırılmasına karşılık bu kuruma bir talep olması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, uzlaşma kurumunun kanuna dayanmaksızın uygulamada yürütülmesi söz konusu olursa kamu yararı, hukukî güvenlik ilkesi ve vergide yatay ve dikey eşitlik gibi kavramların kontrolünün neredeyse imkânsız hale geleceği muhakkaktır. Oysaki Anayasal ilkelerin temel amacı topluma ve hukuk düzenine faydalı olabilmektir. Bu halde Tıp Bilimine dair Hipokrat'a atfedilen bir özdeyişi hatırlamakta fayda vardır; "Primum non nocere" (Önce zarar verme). Gerçekten de nasıl ki bir hekim tedavide öncelikle hastanın olduğu halden daha kötü bir hale dönüşmemesi gereğini gözetecekse, hukukçu kişilerin de hukukî düzenlemeleri olduğundan daha kötü hale getirmeme hususuna dikkat etmelerinde çoğu zaman fayda vardır. Bu yaklaşım pek çok Anayasa'ya aykırı kurum için geçerli olabileceği için isabetsizdir. Kaldı ki, uzlaşma kurumu için Anayasa'ya aykırı

⁵⁸ Ürel, s. 931; Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 175; Karakoç, s. 731.

⁵⁹ Ekrem Çetintürk; (dnş.) İzzet Özgenç, "Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Uzlaştırma", *GÜSBE Doktora Tezi*, Ankara, 2008, s. 234 - 240.; Ali Parlar; Muzaffer Hatipoğlu, *Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, Cilt II, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2008, 1572 - 1600; Nur Centel / Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 534 - 548; Bahri Öztürk ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 854; Kubilay Taşdemir; Ramazan Özkepir, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Cilt-II, Dördüncü Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 1197 - 1211; Osman Yaşar, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt III, Seçkin Yayınları, Göz. Geç. 4. Basım, Ankara, 2009, s. 2563 - 2618; Feridun Yenisey; Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Hukuk Yayınları, Güncellenmiş 5. Basım, Ankara, 2017, s. 834 - 857; Ahmet Caner Yenidünya; Zafer İçer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 195 - 202.

⁶⁰ Bu konuda ayrıca bkz. Joachim Englisch, Çev. Altan Rençber, "Vergi Uyuşmazlıklarının Karşılıklı Anlaşma Yolu ile Barışçıl Çözümünde Almanya Deneyimi", *Anayasa'dan Mali ve Vergisel Beklentiler*, On İki Levha Yayınları, Haziran, 2012, s. 113.

rılık iddialarına daha net ve doyurucu bir cevap varken bu yaklaşımın tercih edilmesinin doğru olmayacağı düşünülmektedir⁶¹.

Nihayetinde varılan noktada uzlaşmanın; uyumsuzluk oluşmasını önleme ve mükellefle doğrudan iletişime geçilerek VUK md.3 bağlamında gerçek mahiyete ulaşma amacıyla kanunda yer almış bir idari sözleşme olduğu sonucuna varılmıştır. Bu kurumun Anayasa'ya aykırı olduğunu öne süren görüşler yukarıda ilkelere göre tek tek açıklandığı üzere isabetsiz olup sorunlar hükümün yanlışlığından ziyade uygulamanın yanlışlığından kaynaklanmaktadır. Bu hususun çözümü ise hiç şüphesiz vergilendirme ve hukuk konusunda hem mükellef hem de idare tarafının vergi kavramına bakış açısıyla ilgilidir. Bu noktada vergilendirmenin Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundaki 1 sayılı ilk kanunun konusunu oluşturacak kadar önemli olduğu ve hatta bu yönüyle devletin temeli olduğunun anlaşılması hem vergi ödevlerine muhatap olanların hem de kamu maliyesinin konuya bakışı açısından önemli görülebilir. Bu konuda örnekler çoğaltılabilecekse de vergi bilinci ile alakalı hususlar esasen tek başına bir makaleye dahi sığamayacak kadar geniş olduğundan bu noktadaki eserlerin incelenmesinde fayda vardır⁶².

⁶¹ Aynı şekilde konu ile alakalı önceki tarihli eserlerinde bu yaklaşımın savunucularından kabul edilebilecek Funda Başaran - Yavaşlar daha sonraki tarihlerde farklı bir yaklaşımı benimsemiştir. Bkz. Funda Başaran - Yavaşlar, "Vergisel Düzenin Sağlanmasında Donanımlı Anayasa Dışında Gerekenler", *Anayasadan Mali ve Vergisel Beklentiler*, On İki Levha Yayınları, Haziran, 2012, s. 405; Funda Başaran - Yavaşlar, "Uzlaşma Uygulaması Hukuka Uygun mu?", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 257, s. 165 - 173 <http://www.fundabasaran.net/makaleler/>, (Erişim Tarihi: 20.12.2016)

⁶² Bkz. Derya Şencan, "Türkiye'de Beyana Dayalı Vergilerde Vergi Bilinci, Vergi Ahlakı ve Verimliliğin Sağlanmasında İdare ile Mükellef Arası İlişkiler", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Isparta, 2013.

KAYNAKÇA

- Adil Nas, (dnş.) Esra Ekmekçi-Çalıcıoğlu, “Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma Kurumu”, *İÜSBE Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2008.
- Adnan Gerçek, *Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Ahmet Caner Yenidünya; Zafer İçer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Ahmet Kumrulu, “Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 36, Sayı 1, 1978, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/306/2896.pdf> (Erişim Tarihi: 02.01.2018)
- Azmi Demirci, “‘Uzlaşma’ İçin Öneriler”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S.315, Kasım, 2007.
- Bahri Öztürk ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku, Genel Kısım - I*, Çev. Ed. Yener Ünver, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.
- Billur Yaltı, (Ed.), *Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi - 3 Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümü: Barışçıl Mekanizmalar*, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2015.
- Celal Hocaoglu, “Vergi Hukuku’nda Uzlaşma”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 5, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/155581>, (Erişim Tarihi: 12.12.2017)
- Ceyhan İnaltong, “Gelişmiş Ülke Uygulamaları Işığında Türk Vergi Sisteminde Uzlaşma Müessesesi”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı 375, Kasım, 2012.
- Derya Şencan, “Türkiye’de Beyana Dayalı Vergilerde Vergi Bilinci, Vergi Ahlakı ve Verimliliğin Sağlanmasında İdare ile Mükellef Arası İlişkiler”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Isparta, 2013.
- Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Göz. Geç. 8. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Earl Jowitt, *The Dictionary of English Law*, London, The Eastern Press, 1959.
- Ejder Yılmaz ve Diğerleri, *Türkçe-Azerice Hukuk Sözlüğü*, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Yayın No. 17, 2013.
- Ekrem Çetintürk; (dnş.) İzzet Özgenç, “Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Uzlaştırma”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, Ankara, 2008, s. 234 - 240.,
- Elif Yılmaz, “Uzlaşma Müessesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, Sayı 1 - 2, 2009.
- Feridun Yenisey; Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Hukuk Yayınları, Güncellenmiş 5. Basım, Ankara, 2017.

- Funda Başaran-Yavaşlar, “Keyfilik Yaratıcısı mı? Yoksa Hukuki Barış Sağlayıcısı mı? Sorgudaki Kurum Uzlaşma”, *Mükellefin Dergisi*, Sayı: 91, 2000, <http://www.fundabasaran.net/makaleler/>, (Erişim Tarihi: 20.12.2016)
- Funda Başaran-Yavaşlar, “Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma”, *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, YIL 2008, CİLT XXV, SAYI 2, <https://ikf.marmara.edu.tr/akademik/iib-dergisi/2008-yili-sayi-ii/>, (Erişim Tarihi: 10.10.2016)
- Funda Başaran-Yavaşlar, “Vergisel Düzenin Sağlanmasında Donanımlı Anayasa Dışında Gerekenler”, *Anayasa’dan Mali ve Vergisel Beklentiler*, On İki Levha Yayınları, Haziran, 2012.
- Gelir İdaresi Başkanlığı, *Vergi Uyuşmazlıklarının İdare ile Çözümünde Uzlaşma*, Gelir İdaresi Başkanlığı Yayın No. 22, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ekim 2007.
- Gelir İdaresi Başkanlığı, *Vergi Uyuşmazlıklarının İdare ile Çözümünde Uzlaşma*, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı, Yayın No. 22, Kasım 2006.
- Gül Üstün; Sinan Seçkin, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekeç İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Sayı: Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Cilt 21, Sayı 2, 2015. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/273387>, (Erişim Tarihi: 16.01.2018)
- Gürol Ürel, *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Genişletilmiş 3. Basım, Seçkin Yayınları, 2012.
- Hakan Üzeltürk, *Vergi Kanunları*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Haluk Çolak; Uğurtan Altun, “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 69, 2007.
- http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?_adf.ctrl-state=bafc0otxd_14&pkanunlarno=41861&pkanunnumarasi=2709, (Erişim Tarihi: 09.01.2018)
- http://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylari?_adf.ctrl-state=15n9ojliqu_49&psira=18675&psorgukriteri=, (Erişim Tarihi: 07.01.2018)
- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-1978-13.htm&kw=20.2.1978#fm>, (Erişim Tarihi: 30.03.2017)
- İbrahim Organ, “Eleştirel Bir Yaklaşım-Yasayla Af: Uzlaşma”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı 213, Haziran, 2006.
- İsmet Giritli / Pertev Bilgen / Tayfun Akgüner / Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş 5. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2012.
- Joachim Englisch; (Çev.) Altan Rençber, “Vergi Uyuşmazlıklarının Karşılıklı Anlaşma Yolu ile Barışçıl Çözümünde Almanya Deneyimi”, *Anayasa’dan Mali ve Vergisel Beklentiler*, On İki Levha Yayınları, Haziran, 2012.
- Kamil Mutluer - Fethi Heper - Recai Dönmez - Erkan Üyümez, *Vergi Hukuku*, Anadolu Üniversitesi, 2003.
- Kayıhan İçel; Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Birinci Kitap, 3. Basım, İstanbul, 1999.

- Kemal Dayınlarlı, *İngilizce-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2010.
- Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt 1, Ekin Yayınları, İkinci Basım, Bursa, 2009.
- Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin Yayınları, İkinci Basım, Bursa, 2009.
- Kubilay Taşdemir; Ramazan Özkepir, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Cilt-II, Dördüncü Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Göz. Geç. Gün. 4. Basım, Ankara, 2011.
- Merih Öden, *Türk Anayasa Hukuku'nda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Metin Günday, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Göz. Geç. 10. Basım, Ankara, İmaj Yayınevi, 2012.
- Mualla Öncel / Ahmet Kumrulu / Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 25. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- Nami Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.
- Nihal Saban, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Bir Vergi Hukuku Kavramını Okumak: Arama", *Polis Dergisi Cumhuriyetin 90. Yılına Armağan Sayısı*, Sayı: 36, Temmuz/Ağustos/Eylül, 2003.
- Nur Centel; Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- Nur Centel; Hamide Zafer; Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukuku'na Giriş*, Beta Yayınları, 8. Basım, İstanbul 2015.
- Osman Yaşar, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt III, Seçkin Yayınları, Göz. Geç. 4. Basım, Ankara, 2009.
- Rızkullah Çetin, "Vergi Aslı ve Cezalarına Karşı Yapılan Tarihîyat Öncesi ve Sonrası Uzlaşmanın Özellikleri", *Malî Çözüm Dergisi ISMMMO*, http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/113malicozum/12_rizkullahcetin.pdf, (Erişim Tarihi: 25.10.2016)
- Selim Kaneti, *Vergi Hukuku*, 2. Basım, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.
- Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku'nun Umumî Esasları*, 3. Basım, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.
- Şerafettin Aksoy, *Vergi Yargısı ve Türk Vergi Yargısı Sistemi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.
- Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Cilt 1, Güncelleştirilmiş 2. Basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.
- Şükrü Kızılot / Zuhul Kızılot, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, 12. Basım, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2007.
- Şükrü Kızılot, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, 2. Basım, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2000.

- Tahir Erdem, *Vergi Hukukunda Uyuşmazlıkların İdari Aşamada Çözümü ve Alternatif Çözüm Yolları (Türkiye ve ABD Karşılaştırmalı)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Turgut Candan, "Uzlaşma - XXXIII", *Maliye Postası Dergisi*, Sayı: 298, 1993.
- Turgut Candan, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2001.
- Veli Özer Özbek ve diğerleri, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Hukuk Yayınları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Basım, Eylül, 2017.
- Volker Krey, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, B. 1, 2. Auflage, Stuttgart, 2016.
- Yasemin Yaşa, *İtalyanca-Türkçe/Türkçe-İtalyanca Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2013.
- Yılmaz Aliefendioğlu, "Vergi Yargısı ve Sorunları" *Danıştay Dergisi*, Cilt: IX, Sayı: 32 - 33, 1976.

Teknolojinin Pandora Kutusu: Robotların Hukuki Kişilikleri(!) ve Hukuki Sorumlulukları

Pandora Box of Technology: Legal Personalities(!) and Liabilities of Robots

Av. Meliha AKBİLEK (LLM)^()*

Özet

Bu çalışmanın amacı, artık toplumun her alanında sıklıkla kullanılan robot ve yapay zekâya sahip sistemlerin hukuki kişilikleri ve sorumlulukları üzerine yapılan tartışmaları değerlendirmektir. Yapay zekâ ile donatılmış robotlar ve birçok teknolojik sistemler gündelik hayatımızda her geçen gün daha da fazla karşımıza çıkmaktadır. Robotlar, emek sektörü, hizmet sınıfı, askeri ve güvenlik, araştırma ve eğitim, eğlence, tıp ve sağlık, kişisel bakım ve diğer alanlardaki toplumun geniş yelpazesindeki yerini almıştır. Buna rağmen, teknolojik gelişmeler dikkate değer ve hızlı olmasına rağmen bu yeni sistemlerin sosyal, etik ve yasal etkileri yeterince düzenlenmemiş ve tartışılmamıştır. Öyleyse, gerçekten robot yasasına ihtiyacımız var mı sorusu gerçeklikten çok bilimkurgu dünyasına ait gibi görünebilir; ancak teknolojik ilerlemeler bu durumu önemli bir meseleye dönüştürdü. Bu makalede robot teknolojisi yasal boyutu ile ele alınarak robotların hukuki kişiliğe sahip olup olmadıkları tartışılmıştır.

Robot teknolojisindeki otonom seviye arttıkça, robotların hukuki suje olarak yeri ve sorumluluklarına dair ihtilaflar da artacaktır. Bu sebeple; mevcut kanunlar yeniden düzenlenmeli ve ayrı bir robot kanununun da çıkarılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Robot, Yapay Zekâ, Hukuki Kişilik, Teknoloji, Hukuki Sorumluluk.

Abstract

The purpose of this study is to evaluate the discussions on the legal personalities and liabilities of robot and artificial intelligence systems which are used frequently in all areas of society. Robots and several technological systems which are equipped with artificial intelligence are becoming more and more present in our everyday life. Robots are located in the wide range of society roles such as, labor and services, military and security, research and education, entertainment, medical and healthcare, personalcare. However, while the technological advances have been remarkable and rapid, the social, ethical and legal implications of these new systems have not been sufficiently regulated and discussed. So, do we really need the robot law question that

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

^(**) Avukat, Yüksek Lisans Mezunu, melihaakbilek@gmail.com

seems to belong to the world of science fiction rather than reality; but technological advances have turned it into an important issue. In this article deals with the legal dimension of robot technology and is discussed whether robots have legal personality.

As the level of autonomy in robot technology increases, disputes about the position and liabilities of robots as legal entities will also increase. For this reason; existing laws must be rearranged and robot law must be enacted by separately.

Keywords

Robot, Artificial Intelligence, Legal Personality, Technology, Legal Liability.

I. GİRİŞ

İnsanoğluna genleri (*DRD4-7R¹*) vasıtasıyla aktarılan merak duygusu ve keşfetme hisleri gerçekten de insanoğlunun başına bela olabilir mi? İlk insandan bugüne kadar gelen keşfetme süreci insanoğlunu nerelere taşıyacaktı? Solucan deliklerinden, otonom araçlara, *Hadron* çarpıştırıcısından, farenin sırtında üretilen insan organı (kulak) denemelerine kadar insanoğlunun amaçladığı saik, sağlıktan, ulaşım, barınmadan enerji kaynaklarına kadar insan hayatının devamlılığını en kaliteli şekilde sağlamaktır. Günümüz teknolojisinde ise, bu amacın gerçekleşmesine en önemli katkıyı yapacak/yapan yegâne araç yapay zekâ ve robotlar vasıtasıyla olacaktır. Yakın gelecekte Dünyadaki insan sayısına yakın yapay zekâyâ sahip robotlarla karşılaşacağımız varsayıldığında yapay zekâ ile insan ilişkilerinin düzenlenmesi önem arz edecektir. Yapay zekâ ve robotların hukuki suje olarak varlıklarını tanımlayabilmek, bunun sonucu olarak robot-hukuk ikileminde sorumluluk ilişkisini anlatabilmek çok heyecanlı görünse de teknolojik gelişme ivmesinin her geçen gün arttığı bir alanda yazılması oldukça zor bir konu olduğunu da itiraf etmek gerekir.

Hukuk ilminin karşılaştığı en bilim kurgu konulardan birisi ile karşı karşıya kaldığımızı söylemek bu aşamada hiç de yanlış olmaz. Söz konusu robot ve yapay zekâyâ sahip kişilikler(!) ile toplum arasındaki ilişkide robotların hukuki yeri konusunda nasıl bir düzenleme yapılacaktır? Bu makale ile biraz olsun bu sorulara cevap bulmaya çalışılmışsa da, karanlıkta fili tarif etmeye çalıştığımızı da kabul etmek gerekir.

II. YAPAY ZEKÂYA GENEL BİR BAKIŞ

Yapay zekâ, bilgisayar kontrollü bir robotun veyahut bir dijital bilgisayarın akıllı varlıklar ile işbirliği halinde ortak görevleri yerine getirme yeteneği

¹ Bu gen dopamin reseptörünün D4 alt tipini kodlar. Bu gen özellikle, yenilik arayan ve meraklı kişilik özelliklerine sahip insanlarla ilişkilendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: United States National Library of Medicine, Genetics Home Reference, <https://ghr.nlm.nih.gov/gene/DRD4> (Erişim Tarihi: 14.01.2018)

olarak tarif edilebilir². Bu terim tanımına insanoğlunun karakteristik gelişim sürecinin ilerlemesine dair, örneğin, akıl yürütme, anlamlandırma, genellenme ya da geçmiş tecrübeleri öğrenme ve benzeri projeler yönüyle sıklıkla başvurulmaktadır. Diğer bir anlatımla, yapay zekâyı, görme, konuşma, karar verme ve diller arasında çeviri gibi insan zekâsı gerektiren görevleri yerine getirebilen bilgisayar sistemleri olarak da tarif edebiliriz.

Yapay zekâ (*Artificial Intelligence*)³ teknolojisinin bugünlere nasıl geldiğinin anlaşılabilmesi için tarihine göz attığımızda, yaşanan tüm süreçlerin aslında bir bilim-kurgu, gerçeklik, olasılıklar ve umut çerçevesinde şekillendiği/şekilleneceği görülmektedir. Diğer yandan ise, yapay zekâ teknolojisinin tamamen şekillendiği yakın gelecek için insanoğlunun yapay zekâ ve toplum ilişkilerini iyi analiz ederek özellikle hukuk alanında ciddi düzenlemeler yapması kaçınılmaz olmalıdır.

Yapay zekâ olarak tanımlanan ilk işlerden birisi *Warren McCulloch* ve *Water Pitts* tarafından 1943 yılında yapılmıştır. *Mc Culloch* ve *Pitts* bu çalışmalarını ile yapay zekânın üç kaynağını tasvir etmişlerdir. Bunlar bilginin temel fizyolojisi, beyindeki nöronların işlevleri ile *Russell* ile *Whitehead* ve *Turing*'in öne sürdüğü resmi mantıksal öneri kuramsal hesaplamalar teorisidir⁴. *McCulloch* ve *Pitts* yaptıkları çalışma ile her bir nöronun "on" veya "off" olarak karakterize edilerek yeterli sayıda komşu nöronun bir anahtar vasıtasıyla cevap vererek uyarıldığı yapay nöron modeli önerdiler. Bu model ile herhangi bir hesaplanabilir fonksiyon birbiriyle bağlantılı bazı nöron ağları ile hesaplanabilir tüm bu mantıksal bağlantılar, basit net yapının hayata geçirilmesini sağlayacaktır⁵.

1950 yılında *Alan Turing* tarafından önerisi sunulan *Turing* testi de savaş sırasında istihbarat alanında tatmin edici şekilde zekânın kullanılması için tasarlanmış ve yapay zekâ tarihinde mihenk taşı etkisi yaratan bir keşif olarak tarihe adını altın harflerle yazdıran, bilgisayar teknolojisinin atası olarak kabul edilebilir bir testtir. *Turing*, bu test ile akıllı davranışı yani bir diğer deyişle yapay zekâyı, sorgulayanı (jüriyi) kandırmaya yeterli insan algı düzeyi seviyesinde performansla tüm bilişsel görevleri idrak edebilme yeteneği olarak tanımlamıştır⁶.

² <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> (Erişim tarihi 14.10.2017)

³ Türkçe karşılığı yapay zekâ olmakla, literatürde kısaca AI olarak da anılmaktadır.

⁴ Stuart J. RUSSELL, Peter NORVIG, *Artificial Intelligence a Modern Approach*, Simon & Schuster Company, Englewood Cliffs, New Jersey 1995, s.16. <https://pdfs.semanticscholar.org/bef0/731f247a1d01c9e0ff52f2412007c143899d.pdf> (Erişim Tarihi: 16.10.2017)

⁵ Russell, Norvig, *Artificial Intelligence a Modern Approach*, s. 16 <https://pdfs.semanticscholar.org/bef0/731f247a1d01c9e0ff52f2412007c143899d.pdf> (Erişim Tarihi: 16.10.2017)

⁶ Russell, Norvig, *Artificial Intelligence a Modern Approach*, s. 5, <https://pdfs.semanticscholar.org/bef0/731f247a1d01c9e0ff52f2412007c143899d.pdf>

Yapay zekâ sistemlerinde temel alınan *Turing* testi şu şekilde işlemektedir⁷:

- Testin işlevini yerine getirmesi için bir makine, bir gönüllü insan ve jüri heyeti olmalıdır.
- Makine ve gönüllü insan jüri heyetinin olmadığı bir ortamda jürinin sorularını yanıtlamalıdır.
- Yanıtlar jüriye monitör aracılığıyla iletilir ve akabinde jürinin hangi cevabın insandan hangi cevabın makineden geldiğini tahmin etmesi çabasıyla test sonuçlanır.
- Eğer bu teste jüri olarak katılanların belli bir oranı insan ile makineyi birbirinden ayırt edemezse o makine "*yeterince insansı*" kabul edilir.

Turing testi, kasti olarak jüri heyeti ile bilgisayarın doğrudan fiziksel etkileşim içinde bulunmasından kaçınır. Çünkü yapay zekâ fiziksel olarak insana benzemeye ihtiyaç duymaz. Nitekim *Turing* testi, jürinin insan bilişsel yeteneklerini test edebildiği video sinyalleri içermektedir. *Turing*'in geliştirdiği bu test ile yapay zekâ ve robot teknolojisinin gelişmesi için işaret fişeği atılmış olup, 1 ve 0'lerden oluşan sayı bütünü içerir bilgisayar sistemleri de hızlı ilerlemelerle bugünlere ulaşmıştır.

Turing'e göre, bilgisayarların aslında bilinçli olup olmamaları bir şeyi değiştirmeyecekti. Önemli olan husus insanların, bilgisayarların bilinçli olup olmadıkları konusunda ne düşündükleriydi⁸. *Turing*'in 1950'lerde bilgisayarlar hakkındaki bu öngörüsü çerçevesinde 21. yüzyılda artık robotların bilinçlerinin bulunup bulunmadığı hakkında etik, sosyo-kültürel, ekonomi, hukuk, sağlık, ulaşım ve diğer pek çok alanda tartışmalar yapılmaktadır. Peki, *Turing*'in bu öngörüsü robot ve yapay zekâ teknolojisi karşısında ne kadar daha geçerliliğini koruyabilecektir? Aşağıda genel sorunlar çerçevesinde robot, yapay zekâ ve hukuk bermuda şeytan üçgeni çerçevesinde konu incelenmeye çalışılmıştır. İnsanlığın teknolojiyi geliştirmeye dair merak ve arzusu hiçbir dönemde geriye dönüş yönünde seyir izlemediğinden, teknolojinin 21. yüzyılda seyrettiği değişim hızıyla artık *Pandora*'nın kutusunun açıldığını da söyleyebiliriz.

(Erişim tarihi: 16.10.2017)

⁷ Ali Küçükçelebi, *Alan Turing ve Yapay Zekâ*, <http://lepicalidus.com/teknoloji/alan-turing-ve-yapay-zeka>, (Erişim tarihi 16.10.2017)

⁸ Yuval Noah Harari, *Homo Deus Yarının Kısa Bir Tarihi*, 1. Baskı, Kolektif Kitap, İstanbul, Aralık 2016, s. 131.

III. YAPAY ZEKÂ VE ROBOTLARIN HUKUKİ KİŞİLİK(!) VE SORUMLULUKLARI SORUNSA LI ÜZERİNE TARTIŞMA İLE DEĞERLENDİRMELERİN İNCELENMESİ

Yapay zekâ ile donatılmış robotlar ve yapay zekâ sistemleri her geçen gün gündelik hayatımızda daha da yer kaplamaya başlamıştır. Uluslararası Robotik Federasyonunun 2015 yılında yayınladığı rapora göre, Federasyon, 2015-2018 yılları arasında Dünya genelindeki 29 fabrikada insanlarla beraber çalışmak üzere yaklaşık 1.3 milyon yeni endüstriyel robotun istihdam edileceğine yönelik tahminde bulunmuştur⁹. Yapay zekâ sistemlerinin hayatımızda kapladığı yerin farkına tam olarak varamasak da yapay zekânın insanoğlunun yaratacağı son buluş olacağı, sonraki buluşları ise yapay zekâ sistemlerinin yapacağı öngörülüyor. Hal böyleyken, yapay zekâ ile donatılmış bu sistemler öngörülemez bir şekilde davranış göstererek zarar ve/veya yaralanmalara yol açarsa hukuki açıdan ne tür yaptırımlar ve kurallar uygulanacaktır? Robotların yaptıkları eylemler neticesinde kendilerine yaptırım ve kurallar uygulanması için hukuken robotlara tanınacak kişilik(!) ve/veya düzenlemeler ile içerikleri ihtilafların çözümlenebilmesi için gerekli hale gelecektir. İşbu makale ile robot hukuki kişiliği(!) ve varsa sorumlulukları üzerine hukuki kurgu-deneme tarzında tartışmalara değinilmeye çalışılmıştır.

Robot ve yapay zekâ teknolojisinin otonom ivme hızı her geçen gün arttıkça, yapay zekâ ve robotların dâhil olduğu vakalara ilişkin durumlarda, yapay zekâ ve robotlara kişilik tanınıp tanınmayacağı daha da sorgulanır hale gelmiştir.

Yapay zekâ ve robotların dâhil olduğu vakalarda kimin sorumlu olduğuna dair yapılabilecek tespitlere yönelik karşılaşılan başlıca sorun, her robotun bir diğer robottan farklı ve bambaşka otonom seviyeye sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durum, sorumluluk hukukuna dair çözüm önerilerinin netleştirilmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Keza, belirtildiği üzere, sorunun temelini robotların birbirinden farklı olarak tasarlanmaları teşkil etmektedir. Şöyle ki, bir robotun işlevini yerine getirme ve karar verme biçiminin doğrudan robotun tasarım ve programlanmasından mı veyahut yarı otonom (insan zekâsı ile yapay zekâ birlikteliği) tasarım özelliklerinden mi kaynaklandığına yönelik farklılıklar¹⁰ sorumluluk hukukuna dair çözüm önerilerinin tespitini zorlaştırmaktadır. Bir görüşe¹¹ göre ise de, insanın robotun karar verme süre-

⁹ S.M. Solaiman, *Legal Personality of Robots, Corporation, Idols and Chimpanzees: A Guest For Legitimacy*, University of Wollongong Australia Faculty of Law, Humanities and the Arts Paper, Artificial Intelligence and Law 2017/25(2), s.2. <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=4088&context=lhpapers> (Erişim Tarihi: 12.01.2018)

¹⁰ *Artificial Intelligence and the Law: According Liability*, <https://projectlegalrenaissance.wordpress.com/2016/06/19/artificial-intelligence-and-the-law-according-liability/> (Erişim Tarihi: 10.01.2018)

¹¹ *Artificial Intelligence and the Law: According Liability*, <https://projectlegalrenaissance.wordpress.com/2016/06/19/artificial-intelligence-and-the-law-according-liability/> (Erişim Tarihi: 10.01.2018)

cine dâhil olduğu durumlarda, sorumluluk hukuk kurallarını gözden geçirmek için bir gereklilik olmazdı. Nitekim insanın robotun karar verme sürecinde önemli bir rol oynadığı durumlarda, -yaptıkları fiilleri ihmalkâr veya kasıtlı olsun- haksız fiillerden sorumlu tutulabilirler. Bahsedilen bu sorumluluk kuralları, robotların ayrı bir hukuki kişiliğe sahip olmadığı savunması için geçerli olacaktır. Oysa ki günümüzde, robotların her geçen gün daha fazla otonom seviyeye ulaştığı gözetildiğinde robotların sorumluluklarına dair çerçevenin insandan bağımsız olarak düzenlenmesi gereğinin duyulacağı net olarak söylenebilir.

Makalemizde de vurgulandığı üzere, her ne kadar tam otonom özellikli robotlardan bahsedemezsek de robotların eskiye nazaran otonom özelliklerinin her geçen gün artması beraberinde robotlar nezdinde kişilik ve sorumluluk hukuku tartışmalarının da alevlenmesine sebebiyet vermektedir.

Hem biyokimya profesörü hem de bilimkurgu yazarı olan *Isaac Asimov* 1942 yılında yayımladığı *Durağan Döngü* adlı öyküsünde bir hukuk kuralı niteliğinde olmasa da Robotbilimin 3 Kanunu¹² nu ileri sürmüştür. Bu Kanuna göre, robotların insanlar karşısında uymak zorunda olduğu kurallar aşağıda belirtildiği şekilde sıralanmıştır:

- Bir robotun bir insana zarar veremeyeceği ya da hareketsiz kalmak suretiyle de bir insanın zarar görmesine mahal veremeyeceği,
- Bir robotun insanlar tarafından verilen emirlere, bu emirler birinci kurala ters düşmediği sürece, itaat etmek zorunda olduğu,
- Bir robotun birinci ve ikinci kurala ters düşmediği sürece kendi varlığını korumak zorunda olduğu ifade edilmiştir.

Asimov, ileri sürdüğü Robotbilimin 3 Kanununa, ilerleyen yıllarda robot ve yapay zekâ teknolojisindeki ilerlemelere paralel olarak yeni bir madde eklemek istemiş, ancak Robotbilimin 3 Kanunu teorisi kuramını bozmak istemediğinden yeni eklediği maddeye 0. Kanun ismini vermiştir. Önceki 3 Kanunda robotların birey olarak insana verebileceği zararlara karşı düzenlemeler yapan *Asimov*, yeni eklediği bu maddeyle toplumsal açıdan tüm insanlığa karşı robotların uyması gereken kuralı tanımlamıştır. Söz konusu sonradan eklenen 0. Kanun ise şu şekildedir:

- Bir robot, insanlığa zarar veremez ya da insanlığın zarar görmesine seyirci kalamaz.

¹² Robin R. Murphy, David D. Woods, *Beyond Asimov: The Three Laws of Responsible Robotics*, IEEE Computer Society, Browse Journals and Magazines, Volume 24, Issue 4, July-Aug 2009, s.15, 16. <http://www.inf.ufrgs.br/~prestes/Courses/Robotics/beyond%20asimov.pdf> (Erişim Tarihi: 18.11.2017)

Asimov'un 3 Robotbilim Kanunu belirtildiği üzere hukuk kuralı niteliğindedir. Ancak, Avrupa Parlamentosu'nun Robotlar Hakkındaki Medeni Hukuk Kuralları Tasarı Raporu içerisinde de yer alarak genel kabul görmektedir¹³.

Avrupa Parlamentosu'nun 2016 yılında yayımladığı Robotlar Hakkındaki Medeni Hukuk Kurallarına göre¹⁴ ise de, akıllı otonom robotlar ve onların alt kategorilerinin ortak Avrupalı tanımına dair bir akıllı robotta bulunması gereken özellikler şu şekilde önerilmiştir:

- Bir akıllı robot, bağımsızlığını sensörler ve/veya çevresi ile veri alışverişinde bulunarak yani bir diğer deyişle birbirine bağlayarak edinir ve verileri işleyerek analiz eder.
- Bir akıllı robotun, kendi kendine öğrenme süreci isteğe bağlı bir ölçüttür.
- Bir akıllı robotun, fiziksel bir desteği her zaman vardır.
- Bir akıllı robot, davranışlarını ve hareketlerini çevresine uyumlu hale getirir.

Robot-hukuk ilişkisi bağlamında birçok kuruluş ve örgütler de çalışmalar yapıp önerilerini rapor halinde Parlamenta sunmaktadır. Bu bağlamda, Mayıs 2014 tarihinde son şekli verilen *Robolaw* projesi ile Avrupa'da gelişen robot teknolojisinin hukuk ve etik kuralları açısından düzenlemelerini içerir rapor Avrupa Parlamentosu'na öneri olarak sunulmuştur. Bu raporda robotların tanımlarından yola çıkılarak en sık belirtilen robot özellikleri şu şekilde sıralanmıştır¹⁵:

- Robot spesifik amaç veya uygulama için tasarlanmıştır. Bu doğrultuda bir iş veya hizmet yürüttüğü ve nitekim robot kelimesinin Çekçe "*robot*"dan geldiği ve Çek kelime etimolojisinde robot kelimesinin zorla çalıştırma anlamına geldiği,
- Robot eylemlerini kendi dışında ve çevresinde gerçekleştirir. Bu şekilde uzayda, havada, suda, insan vücudunda (veya diğer biyolojik ortamlarda) ve siber alanlarda bulunabildiği,
- Bir robotun otonomluğu, bir görevi yürütmesinde insan gözetmeninden bağımsız olarak hareket edip karar alabilmesini sağlamaktadır. Otonomluk, tam, yarı ve uzaktan kontrol şeklinde farklı otonom seviyelerinde olabilir. Örnek olarak *Google*'ın otonom araçları ile uzaktan kontrolle sağlanan cerrahi alanda yardımcı *Da Vinci* robotu gibi.

¹³ European Parliament Committee on Legal Affairs *Draft Report*, 2015/2103 (INL) s.4 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML%2BCOMPACT%2BPE-582.443%2B01%2BDOC%2BPDF%2BV0//EN> (Erişim tarihi: 06.01.2018)

¹⁴ European Parliament Committee on Legal Affairs, *European Civil Law Rules in Robotics*, Study for the Jury Committee, 2016, s. 8. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (Erişim tarihi: 06.01.2018)

¹⁵ *Robolaw, Guidelines on Regulating Robotics*, s.16 http://www.robolaw.eu/RoboLaw_files/documents/robolaw_d6.2_guidelinesregulatingrobotics_20140922.pdf (Erişim Tarihi: 13.01.2018)

Genel tarif edilmeye çalışılan robot özelliklerinden yola çıkarak hangi robotların hareket ve davranışları sebebiyle onların hukuki sorumluluklarına gidebileceğimiz sorunsalı ile karşı karşıya kaldığımızı söyleyebiliriz. Bu sebeple robotları, otonom robotlar, otonom olmayan robotlar ve akıllı robotlar olarak üçe ayırabiliriz. Otonom robotlar, kendi başına yani dışarıdan herhangi bir müdahale olmaksızın kararlar alarak bu kararları dış dünyada yine kendi başına uygulayabilen robotları ifade etmektedir¹⁶. Bu çerçevede, karar ve eylemlerinin uygulamasına dışarıdan müdahale edilebildiği ve böyle bir müdahale olmaksızın karar ve hareket eylemi gerçekleştiremeyen robotları otonom olmayan robotlar olarak tanımlayabiliriz. Akıllı robotlar ise, çevreyi algılayarak ve/veya dış kaynaklarla etkileşerek bu algılama ve etkileşim neticesinde davranışlarını uyarlayarak görev yapabilen robot olarak tarif edilmektedir¹⁷.

Robotların türlerine yönelik açıklamalardan sonra otonom olmayan robotların sorumluluklarından bahsetmenin mümkün olmadığı açık olarak görülmektedir. Nitekim bu robotlar, kendi başına herhangi bir karar alıp uygulayamadığı için sorumluluk hukuku çerçevesinde robotlara dair herhangi bir sorumluluktan bahsedilemeyecektir. Velhasıl, hukukun asıl çözüm yolu bulması gereken sorunu, otonom robotlar insandan bağımsız olarak kendi iradesi ile kararlar alıp uyguladığı için bu robotların hukuki sorumluluğunun olup olmadığının belirlenmesidir. Şu an ki yapay zekâ ve robot teknolojisi göz önüne alındığında yapay zekâ ve robotlarda bilinç olduğu söylenemese de zekâyâ sahip oldukları görülmektedir. Böylelikle, robotların otonom düzeyleri arttıkça robotların kendi eylem ve hareketleri neticesine dayalı olarak belli başlı düzenlemeler yapma gereksinimini hukuk ilmi duyacaktır.

Avrupa Parlamentosu'nun ortak Avrupalı otonom robotlara yönelik tanımlamasından hareketle, aslında uluslararası bilim çevrelerince robotun ortak bir uzlaşma çerçevesinde tanımlanamadığı görülmektedir. Güncel araştırmalar, geniş anlamda bir robotun çeşitli koşulları yerine getirmesi gerektiğine ve çevresiyle hareket edebilen ve karar alabilen fiziksel bir makineden oluştuğuna inanmaktadır. Parlamente'ye göre ise de, ancak ve ancak sadece bazı robotların öğrenme yeteneğine sahip olabileceği, iletişim kurmayı, etkileşimde bulunmayı ve hatta otonom derecesine ulaşabileceği ifade edilmektedir¹⁸.

¹⁶ <https://www.techopedia.com/definition/32694/autonomous-robot> (Erişim Tarihi: 10.01.2018)

¹⁷ European Parliament Committee on Legal Affairs, *European Civil Law Rules in Robotics*, s.9, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (Erişim tarihi: 06.01.2018)

¹⁸ European Parliament Committee on Legal Affairs, *European Civil Law Rules in Robotics*, s.8, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (Erişim tarihi: 06.01.2018)

Avrupa Parlamentosu iki hassas konu yönüyle robot tanımına ulaşmanın zorluğuna dikkat çekmektedir¹⁹. İlk konuda, tıp alanında kullanılan cerrahi robotların genel robot kategorisine girdiği kabul edilirken, bu robotların otonom robot olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Şöyle ki, *Da Vinci* cerrahi robotunda da olduğu gibi, aslında cerrahi robotlar çoğunlukla sahip/köle modeliyle bir pratisyen tarafından kontrol edilerek çalıştırılmaktadır. *Da Vinci* robotunda bir insan karar verme sürecinin bir parçası olarak yer aldığından, robotun burada otonom olduğu söylenemez.

İkinci konuda ise, araştırmacılar bağımsız dronlar geliştirmesine rağmen, çoğunluğu bir operatörle uzaktan kumanda edilmekte ve bu durumun neticesinde de dronların akıllı, otonom olduklarına dair kanıya kolaylıkla varılmadığı görülmektedir. Bir diğer görüşe göre de, insan talimatından yoksun kendi bilgi ve analizlerine dayanarak bağımsız olarak hareket eden dronların verdiği karar ve sonuçlarını ise üreticileri tahmin edemez. Bu sebeple sorumluluğunun kime ait olduğunun belirlenmesi, hukuk sisteminin robotları ayrı bir hukuki kişilik olarak kabul edip etmeyeceği ve bu sorunlara robotlardan bağımsız olarak yaklaşmak ve çözmek odaklı olup olmadığına göre değişecektir²⁰.

Robot tanımına ulaşmanın zorluklarına yönelik fikir birliğine varılamayan tartışmaların akabinde gelecek bilimciler ise *machina sapiens*²¹ denilen zeki makineleri insanoğlunun dünyevi yaşam alanını belki de gasp ederek paylaşacak yeni bir türün doğuşu olarak ilan etmişlerdir²².

Bilim kurgu yazarı *Asimov* Robotbilimin 3 Kanununu 1942 yılında oluşturduğunda muhtemelen sadece insan benzeri-*android* robotların hizmetçiler gibi hareket ettiği ve bu robotların insanlara ve çevreye zarar vermelerini önlemek için sadece bir dizi programlanmaya ihtiyaç duyulacak bir dünya öngörüordu²³.

Asimov'un Robotbilim Kanununun üzerinden yaklaşık 80 yıl geçmesiyle beraber robot teknolojisindeki baş döndüren ivme karşısında, insanoğlu, robotların nasıl görüldüğü ve onlarla nasıl iletişim kurabileceğimiz konusunda ilk zamana nazaran oldukça farklı bir anlayışa sahiptir.

¹⁹ European Parliament Committee on Legal Affairs, *European Civil Law Rules in Robotics*, s. 8-9 [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (Erişim tarihi: 06.01.2018)

²⁰ *Artificial Intelligence and the Law: According Liability*, <https://projectlegalrenaissance.wordpress.com/2016/06/19/artificial-intelligence-and-the-law-according-liability/> (Erişim Tarihi: 10.01.2018)

²¹ *Machina Sapiens* Latince bir kelime olup; Türkçe karşılığı zeki makine olarak geçmektedir.

²² Terry Winograd, *Thinking machines: Can there be? Are we?*, <http://hci.stanford.edu/winograd/papers/thinking-machines.html> (Erişim Tarihi: 06.01.2018)

²³ Mark Robert Anderson, *After 75 Years, Isaac Asimov's Three Laws of Robotics Need Updating*; <https://theconversation.com/after-75-years-isaac-asimovs-three-laws-of-robotics-need-updating-74501> (Erişim Tarihi: 06.01.2018)

Hızla gelişen robot teknolojisi sayesinde, otonom elektrikli süpürgelerden, otonom araçlara, askeri dronlardan, fabrika üretim araçlarına kadar çok geniş alanda cihazlar üretir hale gelinmiştir. Tüm bu teknolojinin arkasında ise, muhakkak yapay zekâ ve bununla ilişkili otonom sistemler bulunmaktadır. Hızla artan bu gelişmelerle robot, toplumun her alanında yaygın şekilde kullanılabilir hale gelmiş ve bu durum da insan-robot etkileşimlerinin daha da artacağı bir zamana doğru hızla ilerlediğimiz gerçeğini gözler önüne sermektedir.

Asimov'un Kanunu, halen şu andaki robot gelişimine rehberlik ve önderlik misyonunu devam ettirse de, robot ve robotik makinelerin ne kadar değiştiği ve değişeceği göz önüne alındığında yapay zekâ ve robotlar için günümüz ve gelecekte hukuki alanda nasıl düzenlemeler ve güncellemeler yapacağımız önem arz etmektedir.

Asimov'un Kanunu çerçevesinde robotik gelişmelerin seyrine dair 21. yüzyılda eleştiri ve değerlendirme yapıldığında ise, gelişmenin yaşandığı birçok alanda *Asimov*'un Kanununun ne yazık ki yeterli rehberliği gösteremediği de artık açıkça görülmektedir. Şöyle ki, örnek vermek gerekirse, askeri alanda casusluk, bomba atma veya yük taşıma amaçlı tasarlanmış robotların, bu şekilde son derece tehlikeli ortamlarda insan hayatına karşı riskleri azaltmaya dair tasarlanmaları nedeniyle *Asimov*'un kurallarına ilk bakışta uyumlu görüldüğü söylenebilir. Ancak askeri açıdan nihai hedefin, savaş alanına yerleştirilecek silahlı robotlar yaratmak olduğu bir tasarım hedefinde ise, bu hedefin *Asimov*'un robotların insanlara zarar vermeyeceğine dair 1. Kanunu ile çelişeceği açıktır. Bu durumda ordunun birinci amacı asker ve sivilleri kurtarmak iken, diğer yanda savaş alanındaki düşmanlara zarar vermek amacı da kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla *Asimov* Kanunlarının farklı açı ve yorumlamalarla analiz edilmesi gerekmektedir²⁴.

Sorunun kaynağının bir robotun aslında tam olarak ne olduğuna dair tanımlamaların yeterince yapılamamasından kaynaklandığı görülmektedir. Nitelik moleküler açıdan gelişen robotik alt dalları ile robotu tanımlamak daha da zorlaşmıştır. Örneğin, *DNA* ve proteinlerden yapılan robotlar genetik hastalıkları düzeltmek için kullanılabilir. Bu robotların *Asimov*'un Kanunlarını takip etmesi gerektiği söylenebilir. Ancak robotların *DNA* sinyalleri yoluyla emirleri takip edebilmesi için, üzerinde çalıştıkları insanın ayrılmaz bir parçası olmaları gerekir. Ancak bu uyumun sağlanabilmesi, robotun *Asimov*'un Kanunlarına uyabilecek kapasiteye, otonom düzeyine ulaşır ulaşmadığı veya bunların haricinde çalışıp çalışmayacağına bağlı olmakla, bahsedilen uyuma

²⁴ Anderson, *After 75 Years, Isaac Asimov's Three Laws of Robotics Need Updating*; <https://theconversation.com/after-75-years-isaac-asimovs-three-laws-of-robotics-need-updating-74501> (Erişim Tarihi: 10.01.2018)

dair bilinmezlikler öngöründe bulunmayı zorlaştırmaktadır. Diğer yandan ise, robotun, aldığı emirleri gerçekleştirdiğinde insanlara zarar verip veremeyeceğini analiz edecek kapasiteye sahip olduğu da söylenemeyecektir²⁵.

Avrupa Parlamentosu ise, tüm bu tartışmalara farklı bir boyut getirerek robotlar hakkında özel bir yasal statü geliştirerek elektronik kişiler başlığı ile yepyeni bir kategori oluşturulmasını teklif etmiştir. Böylelikle, özel hak ve yükümlülüklerle donatılmış ve elektronik kişiliğe sahip en gelişmiş otonom robotların üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlarda, otonom akılla vermiş olduğu kararlarda veya üçüncü kişilerle etkileşimleri içerir vakalar da dahil olmak üzere tüm otonom robotların elektronik kişiliğe sahip olabileceği önerilmiştir²⁶.

Avrupa Parlamentosu'nun önerisinden de anlaşılacağı gibi, Parlamento özellikle otonom robotların hukuki kişilik olarak kabulünden kaçınarak robotlara dair ayrı bir yasal statü getirilmesini önermiştir. Nitekim Parlamento tarafından hukuki kişilik kavramının insanoğluna izafe edilebileceği, bu tür tartışmaların hayvan hakları açısından da yapıldığı, hayvan hakları savunucularının hayvanların bilinçli yaratık olması, acıyı hissetmesi gibi hususlarla diğerlerinden ayrıldığı ve bu sebeple hukuki kişiliğe sahip olmaları gerektiğinin savunulduğu belirtilmiştir²⁷. Ancak, Parlamento, herhangi bir potansiyel bilinç sonucu bir kararı gerçekleştirmek için yapılan hareketi robotlara hukuki kişilik tanınması için yeterli görmemektedir. Robotun bilinçli bir varlığı olduğu şüphesi varsayımından kaçınarak, robotun içsel varlığı ya da duyguları, robota hukuki kişilik tanınması için Parlamento tarafından yeterli görülmemektedir. Kaldı ki, robotlara böylesi hukuki kişilik tanınması halinde robotların eylemlerinden ötürü sorumlu olmalarının da yolunun açılmış olacağı ve bu durumun kabulünün istenmediği ifade edilmektedir²⁸. Görüldüğü üzere, Avrupa Parlamentosunun robotlara hukuki kişilik(!) tanınması hususundaki tartışmalara çok da robotlar lehine bakmadığı açıktır. Söz konusu bu hukuki tartışmaların beraberinde felsefi ve etik tartışmaları da körükleyeceği kesindir.

²⁵ Anderson, *After 75 Years, Isaac Asimov's Three Laws of Robotics Need Updating*; <https://theconversation.com/after-75-years-isaac-asimovs-three-laws-of-robotics-need-updating-74501> (Erişim Tarihi: 06.01.2018)

²⁶ European Parliament Committee on Legal Affairs *Draft Report*, 2015/2103 (INL), s. 11-12 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML%2BCOMPARL%2BBPE-582.443%2B01%2BDOC%2BPDF%2BV0//EN> (Erişim Tarihi 06.01.2018)

²⁷ European Parliament Committee on Legal Affairs, *European Civil Law Rules in Robotics*, s. 14 [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (Erişim tarihi: 06.01.2018)

²⁸ European Parliament Committee on Legal Affairs, *European Civil Law Rules in Robotics*, s. 15 [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (Erişim tarihi: 06.01.2018)

Robotlara hukuki suje olarak kişilik hakları tanımlayabilmemiz için, robotların ne gibi eylem ve işlemleri yapabilme kabiliyetlerinin olduğunu tespit etmek ya da daha doğru tanımla tespit edebiliyor olmak önemlidir. Bu çerçevede Türk Hukuku açısından robotların hukuki suje olarak tanınıp tanınmayacaklarını belirleyebilmek amacıyla Türk Mevzuatını incelediğimizde hak ve fiil ehliyeti noktasında konuyu incelemek de fayda görülmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²⁹ 8. maddeye göre, “*Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittir.*”

Türk Medeni Kanununun 9 ve 10. Maddesi ile de, fiil ehliyetine sahip olan kimsenin (ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyetinin olduğu) kendi fiilleriyle hak edinebildiği ve borç altına girebildiği düzenlenmiştir.

Kanunun lafzından hareketle, fiil ehliyeti bir kimsenin kendi fiil ve davranışlarıyla, kendi isteğiyle hak kazanması, bu hakları değiştirmesi, ortadan kaldırması, borç altına girmesi, borçları değiştirmesi, ortadan kaldırması yani bir diğer deyişle kendi fiilleriyle hak kazanması ve borç altına girebilmesi olarak tarif edilebilir.

Kanunun hak ehliyetine sahip olmak için ise, insan koşulunu aradığı izah-tan varestedir. Hal böyleyken robotlara hukuki suje olarak kişilik tanınıp tanınmayacağı tartışmalarının neresinde durmalıyız?

Hukukta kişi kavramı hak ve borçlara sahip olabilen yani bir diğer deyişle hak ve borçları bulunabilen varlıkları ifade eder. İnsan olmak ise, hukuki kişiliğe sahip olmanın -tüzel kişilik bunun apaçık örneğidir- gerekli bir koşulu değildir. Şöyle ki, hukuk düzeni biri gerçek kişi, diğeri tüzel kişi olmak üzere iki türlü kişi kabul etmektedir. Gerçek kişiler sadece insanlardan ibarettir. Tüzel kişiler ise, belli bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulmuş ve hukuk düzeninin aradığı koşullara sahip bulunan kişi toplulukları ile mal topluluklarıdır. Hem gerçek hem de tüzel kişi hak ve sorumluluklara sahip olmasından ötürü dava açma, aleyhine dava açılması, mülkiyet hakkı gibi birçok temel haklara sahiptir.

Kimlerin hukuki yönden kişi olarak kabul edilebileceğine dair tarihsel döngüye baktığımızda ise, hukuki olarak kişi olarak kabul edilmek için hukuk ilminin, insan olma koşulunu dahi yeterli görmediğini bilmekteyiz. Roma Hukukunda aile babaları (*pater familias*) ya da ailenin başkanı, aile halkı adına yasal hak ve yükümlükleri kullanabiliyordu. Aile halkı (kadın ve çocuklar)

²⁹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22/11/2001 Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 08/12/2001 Sayı: 24607, Tertip: 5 Cilt: 41

ise dolaylı yoldan hak ve yükümlülüklerle sahipti. Köleler ise hukuki yönden kişi olarak kabul edilmiyordu³⁰. Robotların hukuki kişiliklerinin hukuk ilmi tarafından kendilerine ihdas edilip edilmeyeceğine dair yapılan tartışmalarda ilk akla gelen Roma Döneminde kölelere uygulanan hukuk kurallarının benzerinin kişilik tanınması yönüyle robotlara uygulanmasıdır. Kanaatimizce, robotlara hukuki kişilik tanınması mevzusunda dahi kölelik kavramının tekrardan hukuk sistemine getirilmeye çalışılması kabul edilemez niteliktedir. Teknoloji ve medeniyet ilerledikçe kıyas yoluyla dahi kölelik kurumunun getirilmeye çalışılması tekrardan geriye dönüş mü olacak sorusunu akıllara getireceğinden kölelik hukukuna dair bu tartışma uzun yıllardır kölelik hukukunu terk etmiş görünen insanoğlunu uygarlık ve hukuki gelişim anlamında geriye götürme çabasından başka bir işe yaramayacaktır. Bundan ötürü, robotlara kişilik tanınması hususunda kölelik hukukuna dair öneriler, seçenekler içerisinde dahi düşünülmemelidir.

Robotların kullanıldığı pek çok alan bulunmakla birlikte robotların kullanıldıkları alanlara özgü hukuken cevaplanması gereken birçok husus da ayrıca bulunmaktadır. Örneğin, robotlar tarafından oluşturulmuş elektronik sözleşmeler bakımından birçok hukuki zorluklar bulunmaktadır³¹:

- Hukuk sistemi tarafından alıcı-satıcı gibi sözleşmenin ilgili iki tarafının bulunması şartının sözleşme yapımı için gerekli olduğunun kabulü karşısında robotlar hukuki kişilik olarak kabul edilmez.
- Şartların robot tarafından oluşturulduğu sözleşmeler hakkında sözleşmenin bir tarafının bu durumdan habersiz olması halinde neler yapılabileceği hususunda hukuk sistemi bir anlaşma yolu bulmakta zorlanmaktadır.
- Sözleşmenin tarafları açısından, taraflar arasında bir hukuki ilişki oluşturulması için niyet unsuru gereklidir. Peki böyle bir durumda sözleşmenin sonuçlandırılması/tamamlanabilmesi niyeti açısından bu durumdan tamamen habersiz robottan sorumlu kimseye karşı nasıl ve ne şekilde niyet izafe edilecektir?

³⁰ Samir Chopra, Laurence White, *Artificial Agents - Personhood in Law and Philosophy*, Proceedings of the 16th European Conference on Artificial Intelligence, Valencia Spain, 22-27 August 2004, https://www.researchgate.net/profile/Laurence_White/publication/220837427_Artificial_Agents_- (Erişim Tarihi 14.01.2018)

³¹ Chopra, White, *Artificial Agents - Personhood in Law and Philosophy*, https://www.researchgate.net/profile/Laurence_White/publication/220837427_Artificial_Agents_- (Erişim Tarihi 07.01.2018) Tom ALLEN, Robin WIDDISON, *Can Computers Make Contracts?*, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 9, Number 1, Winter 1996, s. 30-31. <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v09/09HarvJLTech025.pdf>; (Erişim Tarihi: 08.01.2018) Uniform Law Conference of Canada 1999 Winnipeg MB Annual Meeting, <http://www.ulcc.ca/en/1999-winnipeg-mb/359-civil-section-documents/362-providing-for-autonomous-electronic-devices-in-the-electronic-commerce-act-1999> (Erişim Tarihi: 07.01.2018)

Elektronik sözleşme hususunda belirtilen bu ve benzeri ihtilaflara yönelik birçok görüş olmakla işbu hususta fikir birliğine varılabildiği ise söylene- meyecektir. Doktrindeki fikirlere genel olarak bakarsak³², görüşlerden ilkinde göre, bazı hukuki problemleri barındırsa da hukuk sistemlerinde yapılacak küçük çapta değişiklikler ve tabiri caizse esnek uygulamalar ile ihtilaflarla baş edilebilir. İkinci ve oldukça radikal yaklaşıma göre ise, robotlara hukuki kişilik tanınmadan insanlarla aynı statüde değerlendirilmesidir. Günümüzde robot- ların sahip olduğu otonom dereceleri göz önüne alındığında ikinci yaklaşımı benimsemek mümkün görünmemektedir. En radikal yaklaşım ise, sorunların robotlara hukuki kişilik tanınarak aşılabilmesine dair olan yaklaşımdır.

Elektronik sözleşme sorununa dair en güncel ve en etkili çözüm yolu olarak ise, robotların sadece ama sadece işleticisinin araçları ya da sadece iletişimin araçları olarak görüp buna uygun hukuk kuralları çerçevesinde mu- amele etmek olduğu belirtilmiştir³³. Yani bir diğer deyişle, robotun kasıtlı, öngörülebilir ya da yanlışlıkla yapılmış olsun ya da olmasın tüm eylemlerin- den robotun işleticisinin sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir.

Robot aracılığıyla tamamlanan sözleşmelerde her daim işleticiye sorum- luluk yüklemek sıkı sorumluluk ilkesinin benimsendiğini göstermektedir. Son dönemde bu şekilde robotları sadece işleticisinin aracı gören ilkeye daya- lı problemlere yaklaşmak ve çözmek, yasal sorunlarla başa çıkmak için yegâne yol olarak tercih edilmektedir. Ancak bu yaklaşımın ömrünün kısa olacağı öngörülmektedir. Nitekim robotların otonom özellikleri arttıkça, robotlara işleticisinin araçları ya da iletişim araçları olarak bakmak daha az gerçekçi bir hale gelecektir. Diğer yandan, robotları sadece işleticisinin aracı olarak gören ilkenin, robotların planlanan tarzdan başka bir tarzda yani robotun kendisinin belirlediği hareket çizgisi doğrultusunda hareket etmesi sonucu sonlanacağı da vurgulanmaktadır³⁴. Bir kısım görüşe göre ise de³⁵, otonom ya da daha az otonom bir sistem tarafından yaratılan herhangi bir hukuki sonucun, bu sistemin hizmete sunulması seçimini yapmış olan tüzel ya da gerçek kişiye (işletici) böylesi ağır bir sorumluluk yüklemesi, bu kişilerin sistem üzerindeki

³² Chopra, White, *Artificial Agents - Personhood in Law and Philosophy*, https://www.researchgate.net/profile/Laurence_White/publication/220837427_Artificial_Agents_-_Personhood_in_Law_and_Philosophy/links/555c804408ae8f66f3aeec63.pdf (Erişim Tarihi: 07.01.2018)

³³ Chopra, White, *Artificial Agents - Personhood in Law and Philosophy*, https://www.researchgate.net/profile/Laurence_White/publication/220837427_Artificial_Agents_-_Personhood_in_Law_and_Philosophy/links/555c804408ae8f66f3aeec63.pdf (Erişim Tarihi: 07.01.2018)

³⁴ *Artificial Intelligence and the Law: According Liability*, <https://projectlegalrenaissance.wordpress.com/2016/06/19/artificial-intelligence-and-the-law-according-liability/> (Erişim Tarihi: 10.01.2018)

³⁵ Rob van den Hoven van Genderen, *Robot Law, a Necessity or Legal Science Fiction? Machine Medical Ethics and What About the Law?*, Amsterdam, December 2013, <http://www.switchlegal.nl/robot-law-a-necessity-or-legal-science-fiction-machine-medical-ethics-and-what-about-the-law/> (Erişim Tarihi: 07.01.2018)

kontrol derecelerinin ne kadar olduğuna dair bilinmezlikler nedeniyle kişilerin sorumluluklarına dair ayrıca şüpheye de yol açabilmektedir.

Hali hazırdaki yasal düzenlemeler yalnızca tüzel ve gerçek kişiye sorumluluk ile kişilik hakkı yüklemekte ve bahsetmektedir. Otonom sistemin başarısızlığı ya da hatası hukuk kişinin hesap verebilirliği ile ilgilidir. Bir diğer deyişle, bu durum da sorumluluk asla robota atfedilemez, nitekim açıklandığı üzere robotun hukuki sorumluluğuna dair hukuki düzenleme olmadığından robotun sorumluluğu da söz konusu olamaz.

Yapay zekâ ile donatılmış sistemin kullanıcısı, adam istihdam edene benzer bir şekilde sistemin kendisine yüklenen işi yaparken sergileyeceği bilişsel yeterliliğe güvenmiş ve bu nedenle de kullanıcının sonuçlara katlanmayı göze almış olduğu da kabul edilebilir. Buna ek olarak hayvan tutucunun veya yapı malikinin sorumluluğuna dair hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması akla gelse de, bu hükümlerin doğrudan yapay zekâ ile donatılmış sistemlere uygulanması mümkün görülmemektedir³⁶. Tüm bu tartışmalar ışığında, Güney Kore 2012 yılında toplum-robot ilişkisindeki sosyal ve hukuki anlaşmazlıkların bertaraf edilebilmesini sağlamak amacıyla bir tüzük³⁷ yayımlamıştır. Yayımlanan tüzük 3 kısım başlığıyla ele alınmıştır. 1. Kısımda üreticinin robot üretim standart koşulları, 2. Kısımda robot sahibinin hakları ve sorumlulukları 3. Kısımda ise robot ve sorumlulukları düzenlenmiştir.

Tüzüğün 1. Kısımında robot üreticilerine, üretmiş oldukları robotların otonom düzeylerinin sınırlı olduğundan emin olma şartı getirilerek, insanın robot üzerinde her daim kontrol sahibi olarak kalmasını mümkün kılmaları gerektiği belirtilmiştir. Güney Kore bu maddeyle robotlara insandan bağımsız olarak ayrı bir hukuki kişilik tanımadığını zımni olarak ifade etmiştir.

Tüzüğün 2. Kısımında ise, robot tüketicilerinin/kullanıcılarının robotu kontrol ve kullanma haklarının olduğu belirtilmiştir. Böylelikle 1. Kısımda da zımni olarak belirtilen robotlara hukuki kişilik tanınmayacağına dair yaklaşım Güney Kore tarafından bir kez daha yinelenmiştir. Ayrıca robot tüketici/kullanıcısının robotu kullanma ve kontrol etme hakkının çerçevesi çizilerek söz konusu bu hakların sadece adil ve yasal olduğu müddetçe kullanılabilceği vurgulanmıştır. 2. Kısımın devamında ise, tüketici/kullanıcılara robotlarının çevreye ve insanlığa karşı tehlike teşkil etmediğine dair makul önlem alma şartı getirilmiştir. Bu şartla tüketici/kullanıcılar aleyhine bir sorumluluk yüklenmişse de, hangi önlemin makul önlem olarak değerlendirilebileceği tüzükte belirsizdir. Makul önleme dair çerçevenin tüzükte çizilmemesi kanaati-

³⁶ Emre Bayamlioğlu, *Akıllı Yazılım ve Hukuki Statüsü*, 17 Haziran 2008; <http://bthukuku.blogspot.com.tr/2008/06/akilli-yazilim-ve-hukuki-stats-dr-emre.html> (Erişim Tarihi 12.01.2018)

³⁷ *South Korean Robot Ethics Charter 2012*, <https://akikok012um1.wordpress.com/south-korean-robot-ethics-charter-2012/> (Erişim Tarihi 10.01.2018)

mizce tüketici/kullanıcıya ağır bir sorumluluk yüklemiştir. Nitekim robotun otonom seviyesi arttıkça ve/veya küçük bir ihtimal otonom seviyesi aynı kalırsa dahi bu durumları tüketici/kullanıcının önceden öngörmesi beklenemez.

Tartışılması gereken bir diğer hususta, Tüzüğün 1. kısmında üreticiler, robotların otonom düzeylerinin sınırlı olduğunu ve 2. Kısımda tüketici/kullanıcı robotun herhangi bir tehlikeli davranışının olmadığını ve buna dair önlem aldığını nasıl ispat edebileceğidir? Tüzükte bu hususlara dair düzenleme yer almamakla, hem üretici hem de tüketici/kullanıcı aleyhine sonuç doğurabilecek sorumluluk düzenlemeleri yapılmış olup, Tüzüğün sorumluluk hukuku açısından genişletilmiş düzenlemeye ihtiyacı bulunmaktadır.

Tüzüğün 2. Kısımında yapılan bir diğer düzenleme ile de bir robotu kasıtlı olarak hasara uğratmak ve zarar görmesine izin vermek ve benzeri eylemlerin Güney Kore Yasasınca suç kabul edildiği belirtilerek robotların hakları bu çerçeveye korunmaya çalışılmıştır.

Tüzüğün 3. Kısımında da, robotlara yaralanma ya da ölüm korkusu olmadan ve sistematik istismardan arınmış bir varoluş hakkı tanınmıştır. Tüzükte yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, robotlara hukuki kişilik tanınmasına dair herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Robot hakları ise sadece varoluş ve robotun zarar görmemesi temelinde ele alınmıştır.

Robot teknolojisi ve akabinde getirebileceği sorunları öngören ülkelerden biri olan Estonya Cumhuriyeti'nde de, yaklaşık 10 ay süren çalışma ile 2017 yılında bir araştırma yürütülmüştür. İlgili Bakanlıklar ile uzman ekiplerin robotik araçlar hakkında yaptığı bu araştırma sonucu açıklanan öneriler arasında özel bir robot yarasının çıkarılması ile Medeni Kanunda ciddi değişiklikler yapılması rapor edilmiştir. Ancak, tartışılan başlıca konulardan biri ise, robotik araçların arızalanması ya da işleyişinde bir hata olması halinde kimin sorumlu olacağıdır. Sorumluluğa dair çözüm önerileri bu kapsamda 4 başlık altında toplanmıştır³⁸:

- Önerilerin ilkinde, tam otonom araçlar üzerinde yoğunlaşarak sadece Trafik Kanunlarında değişiklikler yapmak,
- ikincisinde, Trafik Kanunlarındaki değişikliklere ek olarak fiziksel bedene sahip robotlar ile diğer robotların algoritmalarına ve sensörlerine odaklanıp, robotların farklı alanlarını da düzenleyen özel kanunların çıkarılması,
- üçüncüsünde ise, özel robot yarasının yanı sıra, Medeni Kanun ve Trafik Kanunlarında da köklü değişiklikler yapmanın gerekliliği vurgulanmıştır. Bir diğer deyişle, Robot Yasasına paralel olarak farklı Kanunların da revizi-

³⁸ *Robots May Receive the Status of a Legal Entity in Estonia*, September 2017, <https://investestonia.com/robots-may-receive-the-status-of-a-legal-entity-in-estonia/> (Erişim Tarihi: 12.01.2018)

ze edilmesinin şart olduğu özellikle ifade edilmiştir. Örneğin, bir yapay zekâya sahip robot buzdolabında süt bittiyse yenisini sipariş verecek yetkiye sahip olmalıdır.

- dördüncü başlıkta ise, robotlara sahibini temsil etme yetkisini de içerir şekilde kendi başına bir hukuki kişilik tanınmanın sağlanması gerektiği belirtilerek bu son başlığın öneriler arasında en radikal çözüm yolu olduğu söylenebilir.

Gelinen noktada, robotların kişilikleri açısından nasıl bir yaklaşımla düzenlemeler yapılmalıdır? Sorumluluk hukuku açısından, sorumluluk düzenlenirken, tek bir olayda birden fazla taraf vardır ve tarafların kusur durumuna göre sorumlulukları tespit edilerek zarar oranı taraflar arasında paylaşılır. Robotların sorumluluk hukuku çerçevesinde hukuki kişiliklerinin tartışılması en zor konulardan biri de, tek bir tarafın sorumluluğu nasıl ve ne şekilde bölüp dağıtabilecektir?³⁹ Modern hukuk sistemleri ise tüm yasal varlıkların hukuki kişiliğe sahip olduğunu kabul eder. Örneğimizde de olduğu gibi herhangi bir kişiliği olmayan(!) ya da yarın-insan niteliğindeki robotlara nasıl davranacağımız hakkında hukuk ilmi öneriler sunma zorunluluğu içerisinde tabiri caizse debelenmektedir.

Robot ve yapay zekâdaki otonom seviyesine göre robotun veya yapay zekânın öğrenebilir hale gelmesi mümkün olduğundan robotun bilinçli bir şekilde yapmış olduğu hareketlerinden sorumlu olması, dolayısıyla, hukuk nazarında mevcut hukuki düzenlemelerde özne insanken artık robot ve yapay zekâların da bir özne olarak kabul edilmesine dair gelecekte yapılacak etik tartışmalar da artacaktır⁴⁰. Her ne kadar robotlardaki otonom seviye artsa da, söz konusu bu otonom seviyeye rağmen, robotların görev ve eylemleri gerçekleştirirken yaptığı birçok ara karar aşama işleminde veri toplama, depolama özelliği gibi özellikler robotlarda olmadığından robotlara hukuki sorumluluk atfedilebilmenin nasıl mümkün olacağı da önemle ve öncelikle düşünülmalıdır.

Yapay zekâ ve robot teknolojisinin sürekli değişmesi/yenilenmesi çıkabilecek uyumsuzluklara hukuk sisteminin çözüm yolu bulmasını zorlaştırmaktadır. Robotlar birden fazla amaç için üretiliyor ve hangi amaçla kullanılabileceklerinin önceden kestirilmesinin zor⁴¹ olmasının yanı sıra berabere otonom seviyelerinin her geçen gün ilerlemesi robotlara dair hukuki

³⁹ Peter M. Asaro, *Robots and Responsibility from a Legal Perspective*, <http://www.peterasaro.org/writing/asaro%20legal%20perspective.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.01.2018)

⁴⁰ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Robot Hukuku*, http://www.academia.edu/32452626/ROBOT_HUKUKU_Robot_Law, s. 92, (Erişim Tarihi: 08.01.2018)

⁴¹ Yüksel, *Robot Hukuku*, s. 90, http://www.academia.edu/32452626/ROBOT_HUKUKU_Robot_Law, (Erişim Tarihi: 11.01.2018)

düzenlemeler yapma ihtiyacını arttırdığı gibi gitgide zorlaştırmaktadır da. Ayrıca, yapay zekâ ve robot teknolojisi evrim sürecini tamamlamadığından bu sebeple hukuki düzenleme yapabilme hızının yavaş kalacağı da öngörülmektedir. Tüm yapılan bu tartışmalar belki de en çok robot tasarımcıları için önem arz edecektir. Robotların yasal hak ve yetkileri kazanacak kadar otonom olarak tasarlanıp tasarlanmadığı da ayrıca sorgulanmalı ve tespit edilmelidir.

Robot-yapay zekâ teknolojisi ile hukuk ilişkisini değerlendirirken cevap verilmesi zor birçok soruda bulunmaktadır. Bilim insanları dahi, henüz beyin, zekâ ve bilinç üzerine çok kısıtlı bilgiye sahipken, yapay zekâ ile robotların gerçekten bilinç sahibi olup olmadığı ve/veya insandan tamamen bağımsız şekilde karar alıp/uygulayabilme potansiyellerine göre hukuki kişiliklerinin olup olmadığına dair tartışmalar ne yazık ki temelsiz kalmaktadır. Tüm bu tartışmaların ötesinde, Avrupa Parlamentosu Robotlar Hakkındaki Medeni Hukuk Kurallarına dair önergesinde, elektronik kişi olarak tanımladığı ve kabul ettiği robotların akıllı, otonom kararlar alabildiği veya üçüncü kişilerle etkileşim kurabildiği takdirde eylemleri açısından sorumluluğunun bulunacağını ve ancak bu şekilde robotlara hukuki kişilik tanımlanabileceğini vurgulamaktadır. Ne zaman ki bir robot başka biri tarafından kontrol edilemezse o zaman kendisine hukuki kişilik atfedilmesi gerektiği Parlamento tarafından ifade edilmektedir. Önergenin devamında, robotların hukuki kişiliğinin bulunmadığı fikrine o kadar inanılmış ki, duygu, düşünce ve kendi iradesinden yoksun bir makineye nasıl hukuki kişilik tanınmaya çalışıldığının anlaşılacağı ve durumun netleşmesinin tahmini 10-15 yılı bulabileceği ve robotların halen insanoglu tarafından kontrol edildiği, bu nedenle şu an için hukuki kişiliğine kavuşamadığı belirtilmiştir⁴².

Robot ve yapay zekâların kişiliklerine(!) dair yapılan tartışmalar ışığında değerlendirme yapılırsa, Kanunlara göre fiil ehliyeti, ancak, kişinin davranışına, eylemlerine hüküm ve sonuç bağlayabilir. Şu aşamada robotlar eylem ve işlemlerini kendi isteğiyle yani dışarıdan herhangi bir müdahale olmaksızın yapabilecek seviyede otonom olmadıkları için kanımca fiil ehliyetleri olduğu yönünde fikir belirtmek mümkün değildir⁴³.

⁴² European Parliament Committee on Legal Affairs, *European Civil Law Rules in Robotics*, s.15, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (Erişim tarihi: 06.01.2018)

⁴³ *Artificial Intelligence and the Law: According Liability*, <https://projectlegalrenaissance.wordpress.com/2016/06/19/artificial-intelligence-and-the-law-according-liability/> (Erişim Tarihi: 10.01.2018) Bu makalede yapay zekânın otonom, olağanüstü deneyim ve yüksek zekâ yeteneğine sahip olması ile yapay zekânın bu yönüyle ahlaki olarak sorgulanması birlikte düşünüldüğünde, davranış değiştirerek ceza tehdidine karşılık vermeleri anlamında, yapay zekâların ayrı yasal varlık olarak düşünülebileceği belirtilmektedir.

IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yapay zekâ ve robotların hukuken ayrı bir suje olarak kabul edilip edilmeyeceğine dair yapılan tüm tartışmalarda da görüleceği üzere, *Harari*⁴⁴'nin de dediği gibi bugüne kadar yapılan en büyük keşfin cehaletin keşfi olduğunu söylemekte sanırım bir beis bulunmamaktadır. Askeri, tıp, ulaşım, bilgi teknolojileri alanları ile birçok hizmet ve sanayi sektöründe, yerini her geçen gün arttıran yapay zekâ ve robotlar sayesinde birçok alandaki kritik kararlar günümüzde algoritmalara devredilmekte, insanoğlunun da bu devir işleminden kısmen mutlu görüldüğü kabul edilebilir.

21. yüzyıldaki bu apaçık devir-teslim karşısında insanoğlu doğası gereği kendi türünden başka bir türe kendi hak ve sorumluluklarına yakın hak bahsetme arzusunda değil, kaldı ki, robotların hak ve sorumluluğa dair devir-teslim törenine hiç değil. Oysa ki değişim baş döndürücü hızla ilerlerken, bu aşamada özellikle yapay zekâ ve robot üreticisi, yazılımcısı, programcısı ve hatta kullanıcılarına birçok sorumluluk ve görev düşmektedir. Hukuki, sosyal, ekonomik, etik ve daha birçok alandaki olası ihtilaflar ve sorunlar için muhakkak etik algoritmalarla programlanmış yapay zekâ ve robotların üretilmesi ve kurgulanması gerekmektedir. Bununla beraber hukukçular olarak bizlerin yapay zekâ ve robotlar ile çevre ilişkisine dair yapacağımız hukuki düzenlemelerde muhakkak üretici, yazılımcı, mühendisler, toplumbilimci ve diğer disiplinler ile işbirliği içinde düzenlemeler yapmamız elzem nitelikte görünmektedir.

Teknolojinin hızına yetişir adalet ve hukuk sisteminin inşası ve yerleştirilmesi açısından diğer disiplinler ile koordineli çalışma esas teşkil etmelidir. Belirtilen koordineli çalışma karşısındaki en büyük handikap ise, robot ve yapay zekâların her geçen gün artan otonom seviyelerine insanoğlunun ne ölçüde uyum gösterebileceğidir? Bu soru felsefi, etik, sosyolojik, psikolojik açılardan cevaplanmaya muhtaçtır.

İnsanoğlunun yapay zekâ ve robotlara kişilik tanınması noktasında istekli olduğu söylenemese de, yapay zekâ ve robotların otonom seviyelerinin bu aşamaya henüz gelmediği de söylenebilir. Kanaatimizce, geldiğimiz şu anki aşamada yapay zekâ ve robotlara ayrı bir hukuki kişilik tanınması mümkün gibi görünmemektedir. Mamafih, insanoğlunun kişilik tartışmasındaki üstün gücü, şimdilik robotlar üzerindeki hâkimiyetimizden de kaynaklanıyor olabilir. Ancak günümüzde insanoğlunun günlük hayatı da dâhil olmak üzere birçok alanda yaptığı her seçime en az bir tane algoritma eklendiği düşünüldüğünde insanoğlunun bireysellik ve mahremiyet alanlarının da git gide azaldığı ve ileride bitme noktasına gelebileceği öngörülebilir hale gelmiştir.

⁴⁴ Harari, s. 224.

Siborg, kovan zihin çalışmaları gibi yapay zekâ ve robotlara ilişkin birçok yenilik karşısında hukukun düzenleme yapma isteği, laboratuarda çemberin içinde dönerek yiyeceğini yakalamaya çalışan farenin gayretine benzemektedir. Açıklanan sebeplerle ilgili disiplinlerle işbirliği halinde bir an önce hukuki düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Ali Küçükçelebi, “Alan Turing ve Yapay Zekâ”, Yayınlanma Tarihi 30.01.2016, <http://lepicalidus.com/teknoloji/alan-turing-ve-yapay-zeka>, (Erişim tarihi 16.10.2017)
- Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Robot Hukuku”, http://www.academia.edu/32452626/ROBOT_HUKUKU_Robot_Law, (Erişim Tarihi: 08.01.2018)
- Emre Bayamlıoğlu, “Akıllı Yazılım ve Hukuki Statüsü, Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, 17.06.2008, <http://bthukuku.blogspot.com.tr/2008/06/akilli-yazilim-ve-hukuki-stats-dr-emre.html> (Erişim Tarihi 12.01.2018)
- European Parliament Committee on Legal Affairs 2015/2103 (INL) Draft Report, Yayınlanma tarihi: 31.05.2016, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML%2BCOMPARL%2BPE-582.443%2B01%2BDOC%2BPDF%2BV0//EN> (Erişim tarihi: 06.01.2018)
- European Parliament Committee on Legal Affairs, European Civil Law Rules in Robotics, Study for the Jury Committee, Yayınlanma Tarihi Ekim 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (Erişim tarihi: 06.01.2018)
- Mark Robert Anderson, “After 75 Years, Isaac Asimov’s Three Laws of Robotics Need Updating”, Yayınlanma Tarihi: 17.03.2017, <https://theconversation.com/after-75-years-isaac-asimovs-three-laws-of-robotics-need-updating-74501> (Erişim Tarihi: 06.01.2018)
- Peter M. Asaro, “Robots and Responsibility from a Legal Perspective”, <http://www.peterasaro.org/writing/asaro%20legal%20perspective.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.01.2018)
- Project Legal Renaissance, “Artificial Intelligence and the Law: According Liability”, <https://projectlegalrenaissance.wordpress.com/2016/06/19/artificial-intelligence-and-the-law-according-liability/> (Erişim Tarihi: 10.01.2018)
- Rob van den Hoven Van Genderen, “Robot Law, a Necessity or Legal Science Fiction? Machine Medical Ethics and What About the Law?”, December 2013, Amsterdam, <http://www.switchlegal.nl/robot-law-a-necessity-or-legal-science-fiction-machine-medical-ethics-and-what-about-the-law/> (Erişim Tarihi: 07.01.2018)
- Robin R. Murphy, David D. Woods, “Beyond Asimov: The Three Laws of Responsible Robotics”, <http://www.inf.ufgrs.br/~prestes/Courses/Robotics/beyond%20asimov.pdf> (Erişim Tarihi: 18.11.2017)
- Robolaw, Guidelines on Regulating Robotics, Gönderilme Tarihi: 22.09.2014, http://www.robolaw.eu/RoboLaw_files/documents/robolaw_d6.2_guidelinesregulatingrobotics_20140922.pdf (Erişim Tarihi: 13.01.2018), <https://www.techopedia.com/definition/32694/autonomous-robot> (Erişim Tarihi: 10.01.2018)
- Robots May Receive the Status of a Legal Entity in Estonia, September 2017, <https://investinestonia.com/robots-may-receive-the-status-of-a-legal-entity-in-estonia/> (Erişim Tarihi: 12.01.2018)
- Samir Chopra, Laurence White, “Artificial Agents - Personhood in Law and Philosophy”, *Proceedings of the 16th European Conference on Artificial Intelligence*

- ce, ECAI'2004, Including Prestigious Applicants of Intelligent Systems, PAIS 2004, 22-27 Ağustos 2004, Valencia, Spain https://www.researchgate.net/profile/Laurence_White/publication/220837427_Artificial_Agents_- (Erişim Tarihi 14.01.2018)
- Sm. Solaman, “Legal Personality of Robots, Corporation, Idols and Chimpanzees: A Guest For Legitimacy”, *University of Wollongong Faculty of Law, Humanities and Arts*, 2017, <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=4088&context=lhapapers> (Erişim Tarihi: 12.01.2018)
- South Korean Robot Ethics Charter 2012, <https://akikok012um1.wordpress.com/south-korean-robot-ethics-charter-2012/> (Erişim Tarihi 10.01.2018)
- Stuart J. Russell, Peter Norvig, “Artificial Intelligence a Modern Approach”, *A Simon & Schuster Company*, 1995, <https://pdfs.semanticscholar.org/bef0/731f247a1d01c9e0ff52f2412007c143899d.pdf> (Erişim Tarihi: 16.10.2017)
- Terry Winograd, “Thinking Machines: Can There Be? Are We?”, Berkeley: University of California Press, 1991, <http://hci.stanford.edu/winograd/papers/thinking-machines.html> (Erişim Tarihi: 06.01.2018)
- Tom Allen, Robin Widdison, “Can Computers Make Contracts?”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 9, Number 1, Winter 1996, <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v09/09HarvJLTech025.pdf>; (Erişim Tarihi: 08.01.2018)
- Uniform Law Conference of Canada 1999 Winnipeg MB Annual Meeting, Civil Section Document, Providing For Autonomous Electronic Devices in the Electronic Commerce Act 1999, <http://www.ulcc.ca/en/1999-winnipeg-mb/359-civil-section-documents/362-providing-for-autonomous-electronic-devices-in-the-electronic-commerce-act-1999> (Erişim Tarihi: 07.01.2018)
- United States National Library of Medicine, Genetics Home Reference, <https://ghr.nlm.nih.gov/gene/DRD4> (Erişim Tarihi: 14.01.2018), <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> (Erişim tarihi: 14.10.2017)
- Yuval Noah Harari, *Homo Deus Yarının Kısa Bir Tarihi*, Kolektif Kitap, 1. Baskı, Aralık 2016, İstanbul.