

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 3, Sayı 1, Yıl 2013

ISSN 2146 - 1708



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

YAYININ ADI HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YIL 2013 CİLT (3) SAYI (1) AY HAZİRAN
YAYIN SAHİBİNİN ADI Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına
Prof.Dr. Çağlar ÖZEL
SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ Yrd.Doç.Dr. Muammer KETİZMEN
YAYIN İDARE MERKEZİ Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü
Rektörlük Binası 7. Kat
06800 / ANKARA
YAYIN İDARE MERKEZİ TEL. +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77 **FAKS** +90 (312) 297 62 93
İNTERNET ADRESİ <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>
E-POSTA hukukdergi@hacettepe.edu.tr
YAYIN DİLİ Türkçe ve yabancı diller
YAYIN TÜRÜ Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM Hukuk Veri Tabanı tarafından
taranan hakemli bir dergidir
Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi yerel süreli bir yayındır
YAYINLANMA BİÇİMİ Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır
BASIMCININ ADI Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi
Sıhhiye 06100 / ANKARA
BASIMCININ TEL. 0 (312) 310 9790
BASIM TARİHİ / YERİ 07 TEMMUZ 2013 / ANKARA
ISSN 2146 - 1708

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisinin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayınlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Editörler

Doç.Dr. Öykü Didem AYDIN
Yrd.Doç.Dr. Muammer KETİZMEN

Editör Yardımcıları

Dr. Şefik Taylan AKMAN

Arş.Gör. Hale AKDAĞ

Arş.Gör. Tunay TUNOĞLU

Uzman Alper BULUR

Yayın Kurulu

Prof.Dr. Çağlar ÖZEL
Doç.Dr. Öykü Didem AYDIN
Doç.Dr. Luigi CORNACCHIA
Doç.Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU
Yrd.Doç.Dr. Ferhat CANBOLAT
Yrd.Doç.Dr. Muammer KETİZMEN
Yrd.Doç.Dr. Özge OKAY TEKİNSOY
Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Università Degli Studi di Lecce Facolta di Giurisprudenza
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Victoria University of Wellington

Danışma Kurulu

Prof.Dr. Serap AKİPEK
Prof.Dr. Mustafa AKKAYA
Prof.Dr. Meltem CANİKLİOĞLU
Prof.Dr. Zeki HAFİZOĞULLARI
Prof.Dr. Merdan HEKİMOĞLU
Prof.Dr. Çiğdem KIRCA
Prof.Dr. Erdal ONAR
Prof.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
Prof.Dr. Mithat SANCAR
Prof.Dr. Fügen SARGIN
Prof.Dr. Asuman TURANBOY
Doç.Dr. Gülriz UYGUR
Doç.Dr. Türkan YALÇIN SANCAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

NAME OF PUBLICATION **HACETTEPE LAW REVIEW**
YEAR **2013 VOLUME 3 NUMBER 1 MONTH JUNE**
PUBLISHER On the Behalf of Hacettepe University Faculty of Law Deanship
Prof. Dr. Çağlar ÖZEL
RESPONSIBLE MANAGER Asst. Prof. Dr. Muammer KETİZMEN
ADDRESS Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü
Rektörlük Binası 7. Kat
06800 / ANKARA
PHONE +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77 **FAX** +90 (312) 297 62 93
URL <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>
E-MAIL hukukdergi@hacettepe.edu.tr
LANGUAGE Turkish and foreign languages
TYPE OF PUBLICATION Hacettepe Law Review is a refereed journal indexed by ULAKBIM Law Database
Hacettepe Law Review is a local periodical journal
FORM OF PUBLICATION Published twice a year in June and December
NAME OF PRESS Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi
Sıhhiye 06100 / ANKARA
PHONE OF PRESS 0 (312) 3109790
DATE AND PLACE OF PRINTING 07 JULY 2013 / ANKARA
ISSN 2146 - 1708

Hacettepe Law Review

All rights reserved. No parts of the Hacettepe Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Hacettepe University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Hacettepe University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors.

Editors

Assoc. Prof. Dr. Öykü Didem AYDIN

Asst. Prof. Dr. Muammer KETİZMEN

Deputy Editors

Dr. Şefik Taylan AKMAN

Res. Asist. Hale AKDAĞ

Res. Asist. Tunay TUNOĞLU

Expert Alper BULUR

Editorial Board

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL

Assoc. Prof. Dr. Öykü Didem AYDIN

Assoc. Prof. Dr. Luigi CORNACCHIA

Assoc. Prof. Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU

Asst. Prof. Dr. Ferhat CANBOLAT

Asst. Prof. Dr. Muammer KETİZMEN

Asst. Prof. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Lecturer Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Università Degli Studi di Lecce Facoltà di Giurisprudenza

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Victoria University of Wellington

Board of Advisors

Prof. Dr. Serap AKİPEK

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Prof. Dr. Meltem CANİKLİOĞLU

Prof. Dr. Zeki HAFİZOĞULLARI

Prof. Dr. Merdan HEKİMOĞLU

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

Prof. Dr. Erdal ONAR

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ

Prof. Dr. Mithat SANCAR

Prof. Dr. Fügen SARGIN

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Assoc. Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Assoc. Prof. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Dokuz Eylül University Faculty of Law

Başkent University Faculty of Law

İzmir University Faculty of Law

TOBB ETÜ Faculty of Law

Bilkent University Faculty of Law

Galatasaray University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

Ankara University Faculty of Law

İçindekiler

Makaleler

Söylem ve Hukuk İlişkisi: Kamu Personel Rejimi Örneği	1
Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR	
Meşruiyet, Yasallık ve Hukuka Uygunluk: Değişen Uluslararası Politik Ortamda İnsancıl Askeri Müdahalenin Sorgulanması.	9
Dr. Pınar GÖZEN ERCAN	
Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Politika Yaklaşımı Çerçevesinde Türkiye'de Belediyelerin Hukuksal ve Siyasal Durumları	31
Dr. Ahu SUMBAS	
Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması	45
Arş. Gör. H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL	
Kamu Çalışanlarının Büyükşehir Belediye Hizmetlerinden Memnuniyeti: Ankara Örneği	
Arş. Gör. Betül GÜREL & Prof. Dr. Çağlar ÖZEL	65
Tecavüz Kalkanı	75
Arş. Gör. İsmail YÜKSEL	
Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik.	85
Sezal ÇINAR ÖZKAN	
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	99
Çağrı ZEYBEK ÜNSAL	

Contents

Articles

The Relation Between Discourse and Law: The Case of Public Personnel Reform Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR	1
Legitimacy, Legality and Lawfulness: Questioning Humanitarian Military Intervention in a Changing International Political Milieu	9
Dr. Pınar GÖZEN ERCAN	
Legal and Political Status of Municipalities in Turkey in the Framework of Gender Sensitive Policy Approach Dr. Ahu SUMBAS	31
The Protection of Those Taking Over the Financial Rights or Usage Rights Within the Context of Literary and Artistic Works	45
Res. Asst. H. Kübra ERÇOŞKUN ŞENOL	
Government Employees' Satisfaction from Metropolitan Municipality Services: Ankara Example Res. Asst. Betül GÜREL & Prof. Dr. Çağlar ÖZEL	65
Rape Shield	75
Res. Asst. İsmail YÜKSEL	
Economic Analysis of Law and Objectivity	85
Sezal ÇINAR ÖZKAN	
The Compatibility of Google Inc.'s Privacy Policy (1 March 2012) with the Personal Data Protection Principles and the Evaluation of the Policy Regarding to the EU 95/46/EC Directive	99
Çağrı ZEYBEK ÜNSAL	

Söylem ve Hukuk İlişkisi: Kamu Personel Rejimi Örneği¹

Araştırma

Ali Murat ÖZDEMİR*

*Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku ABD.
(Prof. Dr., Hacettepe University Faculty of Law, Department of Public Law)
(E-Posta: alimurat@hacettepe.edu.tr)

ÖZET

Çalışma kamu personel reformu sürecinde yürütülen güncel tartışmaları, kamu sektöründe endüstri ilişkilerini düzenleyen hukuk metinlerinin biçimi ve içeriği üzerinde etkin olduğu varsayılan söylemler ekseninde değerlendirmek maksadını haizdir. Bu bağlamda çalışma, meşruiyet, apaçıklık, temsil, kamu hizmeti ve kamu menfaati gibi nosyonların, söylemler ve buna bağlı olarak siyasi ve yasal keşifler üzerindeki rolünü irdelemektedir. Anılan çaba hukuku bulunduğu yerde daimi ve genel sosyal düzenleme sürecinin mütemmim cüzü olarak resimlemeyi de içermektedir.

Anahtar Kelimeler

Söylem, Kamu Hizmeti, Apaçıklık, Meşruiyet, Kamu Yararı

ABSTRACT

THE RELATION BETWEEN DISCOURSE AND LAW: THE CASE OF PUBLIC PERSONNEL REFORM

This study aims to evaluate the current debates on the public personnel reform on the axis of discourses that are considered to be influential over the content and the form of the legal texts regulating the industrial relations at public sector. Against this background, the study aims to assess the role of the notions of legitimacy, evidentness, representation, public service and common good in the formation of discourses and of our political and legal "discoveries". This endeavour includes an attempt to view law in its location as a component to a general and persistent process of social regulation.

Keywords

Discourse, Public Service, Evidentness, Legitimacy, Common good

1 "Nasıl Bir Kamu Personel Rejimi/Toplu Sözleşme?" başlıklı KESK Paneli kapsamında 09 Şubat 2013 tarihinde, Ankara Barosu Konferans Salonunda yapılan "Reform Siyasetini Nasıl Bilirsiniz: Söylem ve Sendikal Haklar İlişkisi Üzerine Kısa Bir İnceleme" başlıklı konuşmanın makaleye dönüştürülmüş halidir.

Giriş

Kamu yönetimi, reform teşebbüslerinin sürekli gündemde olduğu alanlar arasında en başta gelenidir. Alandaki reform teşebbüsleri, devletin biçimi ve toprak üzerinde örgütlenmesiyle ilgili olduğu kadar -belki de daha fazla- kamuda çalışma ilişkilerini de kapsamaktadır. Çalışma ilişkilerini düzenleyen normlardaki reform çabaları yoğunlaştıkça **Kamu görevlisi ne üretir? Kamu hizmeti nedir? Kaç farklı yola verilebilir? Kamu yararı nedir?** gibi soruların yoğunlaşarak gündemi belirlediğini saptamak mümkündür. Anılan sorulara verilecek cevap muhtelifdir. Üretim neo-liberal diskurunun tahakkümünde ve uluslararası işbölümünün 2013 senesindeki belirleyicilerinin baskısı altında anılan cevapların bazıları diğerlerinden daha net ve açık kabul edilecektir. Bir başka deyişle, cevaplardan bazıları "apaçık" olma iddiasıyla diğerlerinden daha değerli sayılacaktır. Bir yanıtı apaçık, sarıh, besbelli konumuna getiren şey nedir? "Yanıtı için güç ve gerçeklik payı" mıdır? Çoğu kimse için bir yanıtı apaçık, sarıh, besbelli konumuna getiren şey yanıtı için güç ve gerçeklik payıdır. Bu da apaçık bir şeydir. Soralım: Gerçekten öyle midir?

Günümüzde düzenleyici metinlerini kamu personel rejiminde bulan ilişkiler, kaynağını üretimin neo-liberal söyleminden alan reform önerileri ekseninde yeniden biçimlenmektedir. Kamu personel rejimi üzerine her gün yeni oturumlar, paneller, konferanslar yapılmakta ve geniş katılımlı tartışmalar yürütülmektedir. Reformlar düzenleyici metinlerde (hukuk normlarında) somutlaştıkça, dönüşümün, üretimin neo-liberal söylemleri üzerinden gerçekleştiğini saptayamamak saptamaktan, bu bağlamda gidişatın istikametini görememek görmekten daha zor hale gelmektedir.

Okumakta olduğunuz çalışmada kamu kesiminde endüstri ilişkilerini biçimleyen unsurlardan birisi olarak söylemin (dolayısıyla hukuki söylemin) rolü irdelenecektir. Kamu personel rejimi üzerine yapılan tartışmaları biçimlendiren soruları yanıtlayabilmek için önce apaçıklık konusu, ardından söylemlerin (ve bunları oluşturan kavramların) siyasi anlamların ve tavırların oluşmasındaki rolü değerlendirilecektir.

I. Apaçıklık Meselesi

"Herkesin bildiğinin" ortak akıl cinsinden ifadesi "apaçıklık" durumuna denk düşer. **Apaçıklık** hissiyi yaratan önermeler güçlüdür. Onların ve onlara içerik kazandıran kavramların/nosyonların izahatı için ek bir çaba göstermeye gerek yoktur. "Apaçık" sonuçlar ancak cevapları önceden verilmiş soruların önüne konulabilirler. "Herkesin bildiğinin" ortak akıl cinsinden ifadesi "yanlış olanı" "düzeltmeye" yetmeyecektir. Zira bu "apaçıklık/besbellilik" durumunun bizatihi kendisi yapıların ve söylemlerin etkisi ile oluşur. Bu nedenle, "Apaçık" gerçek olarak kabul edilen önermeler ve bunların önvarsayımları, fikri emek süreci ve üretim süreci içerisinde bir şeyler esaslı olarak dönüşmeden sorgulanamaz.

Yukarıdaki paragrafı somut bir örnekle açıklamaya çalışalım: Okumakta olduğunuz satırların yazarının davetlileri arasında bulunduğu bir iktisat kongresi oturumunda, konuşmacılar arasında bulunan popüler/ünlü hukukçu "Meclis ne üretir?" diye sordu. Ona göre cevap apaçıktı: "Yasa". Konuşmacı açıklamalarına devam etti: Meclisin yasaları **etkin** ve **verimli** olarak üretmesi gerekiyordu.

Belirli bir söylemsel formasyon içerisinde konuşan kimsenin (ilgili söylemin taşıyıcısının) çıkarımları da yine aynı formasyon tarafından biçimlendirilir. Konuşma anılan söylemin terimleri ile uyumlu ve **tutarlı** olarak devam etti. Konuşmacı yasaların sadece **etkin** ve **verimli** olarak değil, aynı zamanda **kaliteli** biçimde üretilmesi gerekliliğini vurguladı. İfadesinde geçen **etkinlik**, **verimlilik** ve **kalite** kavramları da besbelli/apaçık (izahat gerektirmeyen) kavramlar olarak konuşmacının sunumu içerisinde yer aldılar, anlam ürettirler. Anılan kavramlar tarafından ifade edilen apaçık gerçeklikler için izahata gerek yoktu.

Konuşma ilerledikçe görüldü ki koalisyonlar karşısında güçlü tek parti hükümetleri oldukça verimkâr yasama faaliyeti gerçekleştirebileceklerdi. Tabii ki muhalefet de gerekliydi, zira muhalefetin varlığında gerçekleşecek **rekabet**, üretimde (**kaliteli** yasaların üretiminde) **verimliliğin** ve **etkinliğin** önkoşuluydu. Ancak muhalefetin -uluslararası normlara uygun üretim kararlarının yaratacağı sosyal etkilerle uğraşmak yerine- yasa üretimi sürecinde **kalite kontrolü** gerçekleştirmesinin daha anlamlı olacağı vurgulanıyordu. Zira

bize neyin üretileceğini siyaset kurumu ve onun ideolojik mülhazaları değil piyasanın kendisi (dolayısıyla neo-klasik iktisat ilminin kapalı ve matematiksel formülasyonları) söyleyecekti.

Öngörü ve önermelerinden istifade ettiğimiz konuşmacının sözleri ona ait değildir. Aslında hiçbirimiz sözlerimizin maliki sayılmayız. Konuşmacı hâkim söylemin taşıyıcısı olarak oldukça tutarlı bir konuşma yapmıştı. Taşındığı söylemi yani verili kabul ettiği (anlatının içyapısı gereği birbiriyle bağlantılı) kavramları kullanmış, bu kavramların verili kabul edilmesinin sonucunda zaten bilinen soruları sormuş ve sorulardan önce mevcut bulunan cevaplara ulaşmıştı.

Bugün kamu yönetimi alanında çalışma ilişkilerini belirleyen tartışmaların da aynı hâkim söylem içerisinden yürütüldüğünü saptayabiliriz. Anılan tartışmalar neticesi sunulan cevaplar, tartışmaların ürettiği sorulardan önce mevcuttur. Daha da ileri gidelim: Bu tartışmalarda cevabı olmayan sorular sorulamaz.

Meclisin ne ürettiği sorusuna başka söylemler içerisinden farklı yanıtlar vermek mümkündür. Kapitalist toplumsal formasyonlarla uyumlu cumhuriyet kuramları içerisinden çekebileceğimiz bir diğer söylemin (ikinci söylemin) zorunlu sonucu olarak meclisin asli işlevinin yasa üretmek olmadığı savlanabilir. Bu sava göre meclisin asli işlevi yasa üretmek değildir: Meclisin asli işlevi yasa üretmek olsaydı meclis feshedilir, çalışan hukukçu kadın ve erkeklerden yüz kişilik bir ofis tertiplenir ardından da takdire şayan bir verimlilikle kanun basılabilir. Hatta internet sitelerinden yayınlanan metinlere SMS mesajları ile destek toplamak da mümkün olurdu. Böyle bir tercih topluma -nominal ücretler bağlamında ve rakip meclisler karşısında- çok daha ucuza yasa üretme yolunu da açardı. Öyle ki başka bir topluma mündemîç (ve bizim meclisimiz kadar verimli ve etkin üretim yapamayan) başka bir meclisin faaliyeti için doğrudan ya da taşeron sıfatıyla dolaylı olarak kanun üretmek gibi yeni gelir kapısı da açılırdı.

Yeri gelmişken şu hususu belirtelim: Kanun üretimi ile terlik üretimi arasında benzerlikler olduğu gibi esaslı farklılıklar da vardır. Normlar bir çıkarı ya da bir kısım menfaati korumakla binlerce çıkarı dışlar. Bir başka ifadeyle, korunan her bir çığara karşılık korunmama kararı alınan, bastırılan

binlercesi mevcuttur. Yasa metinleri teknik sorunlarla uğraşmak için üretilen kullanım kılavuzları değildir. Kısaca, herkes için uygun, yolumuzu şaşırmamış isek anlamamız gereken, rasyonel ve bilimsel yasa metni diye bir şey yoktur.

Peki, o zaman meclis ne üretir? İncelemekte olduğumuz söyleme göre bu sorunun cevabı meşruiyettir. İlgili meclisin bizleri (cumhuru) temsil ettiğini kabul eder isek, böyle bir kanaat husule gelir ise, dolaylı olarak (temsil kurumu vasıtasıyla) kendi irademizle ürettiğimiz normlara kendi isteğimizle uyarız. Klasik parlamenter sistem mantığı içerisinde özgürlük kavramı da bu suretle açığa kavuşur. Buna göre özgürlük serbesti değildir. Özgürlük kendi irademizle yapıldığını farz ettiğimiz normlar aracılığıyla kendi hareket alanımızı daraltmayı kabul etme eylemidir. Kamusal ancak böyle oluşturulur ve böyle sürdürülür. Toplumsal anlamda özgürlük, istediğini yapma değil, toplumsal olanı korumak gaye (ve -bazen- galesiyle) dürtülerini/temel isteklerini sınırlama becerisidir. Kar elde etme dürtüsü de bu kuralın neticelerinden azade değildir.

Neticede incelemekte olduğumuz ikinci söylem içerisinden ifade edildiğinde, meclisin meşruiyeti onun toplumsallığın korunmasında ve yeniden üretilmesinde edindiği işlevden/rolden kaynaklanmaktadır. Buna göre, bizi temsil ettiğine inanmadığımız bir meclisin ya da hukuk bürosunun ürettiği insan yapımı kurallara uyma eylemi özgürlük değildir. Böyle bir durumda çıplak zor devreye girer ancak rıza ortadan kalkar. Böyle bir durumda bir yasallık söz konusu olabilir, ancak meşruiyet yoktur.

II. Söylemlerin (ve Bunları Oluşturan Kavramların) Siyasal Anlamın ve Tavırların Oluşmasındaki Rolü

Kamu kesiminde endüstri ilişkilerini biçimleyen unsurlardan birisi olarak hukuki söylemin rolünü irdelemekte olan çalışmamızda ikinci olarak söylemlerin (ve bunları oluşturan bağlantılı kavramların) hukuki düzenlemelerin oluşumundaki rolüne değinilecektir. Söz konusu amaç gerçekleştirilirken -apaçıklık durumunun tahlilinde olduğu gibi- kapitalist toplumsal formasyonlarda düşünsel üretimin belirleyicileri olan iki ayrı söylem verilen izahatı sarıhleştirme için kullanılacaktır.

Önceki alt başlıkta yürütülen araştırmada meclisin ne ürettiği sorusu amildi. İkinci alt başlığımız kapsamında “kamu görevlisi ne üretir” sorusunu öne çıkaralım. Yukarıda sözlerinden istifade ettiğimiz konuşmacının taşıdığı söylem içerisinden baktığımızda, kamu görevlisi piyasa içerisinde muadili olan mal ve hizmetleri üretir. Dahası da var: Kamu görevlisi söz konusu mal ve hizmetleri piyasa ile rekabet içerisinde üretmelidir. Aksi takdirde dengesizlikler ve sıkıntılar peyda olacaktır. Oysaki kamu görevlileri tarafından üretilen hizmetler (kamu hizmeti) piyasada geçerli üretim ve tüketim normlarıyla müsavi ve uyumlu olarak üretilir ise dengesizlikler ortadan kalkacaktır. Herkes için müreffeh ve uyumlu bir yaşamın kamusal düzenlemesi gayesi de böylelikle pratiğe aktarılabilir. Tüketiciler (yurttaşlar) rekabet baskısı altında oluşan yüksek kaliteli ürünlere (mal ve hizmetlere) en uygun fiyatlarla ve/veya vergilerle kavuşabilecek, toplumsal kaynaklar en verimli, en etkin şekilde değerlendirilecektir.

Anılan söylemin unsurları veri/apaçık/besbelli/bilimsel vs. kabul edilirse, mevcut sorunlar karşısında üreteceğiniz cevaplar kolaylıkla listelenebilir. Tekrar edelim: Bu cevaplar zaten saptanan sorunlar ve sorulan sorulardan önce mevcuttur. Anılan cevaplar mevcut reform önerilerinin hukuki tasarımı belirlemede olduğundan önemlidir. Cevap listesini aşağıdaki gibi sunmak mümkündür:

Rekabet baskısı altında oluşan yüksek **kaliteli** ürünlere (mal ve hizmetlere) en uygun fiyatlarla kavuşabilmek için:

i- Her kamusal hizmet üretim odağı bir firmaya benzetilebilmelidir. Bunlar bütünsel bir sürecin aşamaları olarak değil sosyal işbölümü içerisinde yer alan müstakil birimler olarak düşünülmelidir. Bu bağlamda üniversiteler, ilgili genel müdürlükler, müstakil faaliyet gösteren bakanlık bölümleri ve diğerleri birer marka olmayı hedeflemelidirler. Ortaya konulan mantığın sonucu, kamu hizmetinin toplumsal bütünlüğün yeniden üretimindeki rolünün göz ardı edilmesi (hesaplanamaz hale gelmesi), değer biçime (paraya) tahvil edilemeyen toplumsallık biçimlerinin toplumsallığı oluşturan ilişkiler bütününden dışlanması ve buna bağlı olarak kamu hizmetinin

metalaşmasıdır. Anılan koşullar altında kamu hizmetinin üretim sürecinin farklı uğraklarının koordinasyonu (eşgüdümü) planlamaya değil piyasaya bırakılacaktır. Bu durumda farklı uğraklarda üretim yapan birimler arasında rekabet ilişkisi, işbirliği (elbirliği) ilişkisini dışlayarak hâkim hale gelecek, piyasa mantığı ve hesabına uymayan hizmetlerin sunumu süreç içerisinde ortadan kalkacaktır.

ii- Kamu hizmetinin ifasında **sosyal işbölümü** (marka sahibi müstakil firmalar arası rekabet ortamı) bir kez oluştuğunda (ya da oluştuğu varsayıldığında²), işin işverenin özel alanında, onun emirleri doğrultusunda ve bağımlılık ilişkisinin belirleyiciliğinde yürütülmesi durumu da (bir diğer ifadeyle **teknik işbölümü**) kaçınılmaz olarak gündeme gelecektir. Ele almakta olduğumuz söyleme göre kamu hizmetinin üretim sürecini “piyasa aracılığı ile koordine edilen üretim alanlarındaki süreçlerle” eşitlemek gerekmektedir. Bu bağlamda emek süreçleri dönüştürülmelidir. Teknik işbölümü (işverenin özel alanının bir parçası olarak hizmetin üretim yeri ve bu mekânda gerçekleştirilen ilişkiler) içerisinde kapitalistin işçi üzerinde sahip olduğu iktidar (sözleşmeye dayalı olarak tesis edilen bağımlılık ilişkisi), kamu görevlileri üzerinde de oluşturulabilmelidir. Nasıl ki çalışmayan işçi işinden oluyor ise çalışmayan kamu görevlisinin de işinden olması gerekir. Söz konusu mülahazaya göre işsizlik işçinin tembelliğinden kaynaklanmakta olup, yapısal bir sorun değildir. Aynı damardan ilerlersek, bugün kamu yönetiminin sorunları memurların tembelliğinden kaynaklanmaktadır. Yeni kamu personel sisteminin savunusunda kullanılan “yirmi yaşında işe girip altmışına kadar orada kalıyor” itirazları bu mantığın ürünüdür. “Çalışanla çalışmayan bir olur mu”, “çalışırım elmamı kızartırım”, “nazar etme n’olur, çalış senin de olur”, “performansa dayalı ücretlendirme esas olmalıdır”, “günün şartlarına uygun memur” gibi sloganlar da yine bu söylemin belirleyiciliğinde anlam kazanmaktadır.

2 “Varsayıldığında” diyoruz zira “iflas müeyyidesine dayalı varoluş savaşı” fikri kamu hizmetinin en radikal liberal tahayyülleri için bile düşünülmeli/kabulü zor bir kurgudur.

iii- Buraya kadar söylenenlerden açıktır ki ele aldığımız söylem içerisinden fikir yürütüldüğünde kamusal hizmet üretiminin koordinasyonunda ve toplumsal/kolektif kaynakların değerlendirilme sürecinde piyasalar belirleyici olacaktır. Devlet -piyasada hareket eden bir işveren gibi- **kendi özel alanında** istihdam ettiği personeli, **bu alanın gerektirdiği bağımlılık ilişkilerine istinaden** yönetecektir. Kamu görevlisinin sadakatının **kamuya değil**, -özel hukuk tüzel kişileriyle aynı mantığa tabi olduğu varsayılan- devlet namındaki kimseye olması gerektiği varsayılacaktır. Bir başka ifadeyle burada devlet organizma olarak tahayyül edilmekte, çalışanlarından kamu adına değil, kendi adına sadakat beklemektedir. Listelenen bu mülahazalar -apaçık gerçeklikler olmak hasebiyle- sorgulamaya tabi değildir.

Kamu kesiminde endüstri ilişkilerini biçimleyen unsurlardan birisi olarak hukuki söylemin rolünü inceleyen çalışmamızın ikinci alt başlığında "Kamu görevlisi ne üretir?" diye sorduk ve birinci (neo-liberal) söylem içerisinden genel bir cevap vermeye çalıştık. Şimdi -daha önce meclisin ne ürettiği sorusunda yaptığımız gibi- bir diğer söylemi kullanarak aynı soruya ("Kamu görevlisi ne üretir?" sorusuna) yanıt vermeye çalışalım.

İkinci söyleme göre kamu hizmetlerini gerçekleştiren görevlinin asli işlevi mal ve hizmet üretmek değildir. Öyle olsaydı az önce ele aldığımız neo-liberal söylem içerisinden geliştirilen öneriler anlamlı olurdu.

Ele almakta olduğumuz söyleme göre kamu hizmetlerini gerçekleştiren görevlinin asli işlevi, meşruiyetini yurttaşların temsilini sağlamaktan alan bir meclisin (ya da başka bir merciin) toplumsal bütünlüğü sağlama ve yeniden üretme amacıyla ürettiği kararları, aynı amacı gözeterek ve kollayarak gerçekleştirmektir. Bir başka deyişle, kamusalılığı imkân dâhiline sokarak, yurttaşların özgürleşmesine katkı koymaktır. Kamu görevlilerinin toplu iş sözleşmesi ve grev hakları da bu özgürleştirme görevinden kaynaklanmakta olup, işveren karşısındaki işçilerin bir başka deyişle artı-değer üretimi maksadıyla istihdam edilen kesimlerin saikinden farklı saike dayanmaktadır. Kamu emekçisi ürettiği artı-değerin işveren tarafından el konulan kısmını azalmayı değil, altına girdiği toplumsal sorumluluğu yerine getirirken

ihtiyaç duyduğu değeri edinmeyi hedeflemektedir. Hatırlayalım: Toplumsal anlamda özgürlük, istediğini yapma değil toplumsal olanı korumak gailisiyle dürtülerini/temel isteklerini sınırlama becerisidir. Kamu emekçileri toplumsallığın korunması sürecinde topluma karşı bireysel kazanç yarışının emekçi ve proleterleşen kesimler üzerindeki zararlı etkilerini dengelemekle yükümlüdürler.

Piyasalar çoğunlukla topluma karşı bireysel kazanç yarışının gerçekleştiği alanlardır. Burada birisinin kaybı diğerinin kazancıyla sonuçlanabilir. Dolayısıyla piyasalar toplumsal olanı korumak gailisiyle insanların temel dürtülerini sınırladıkları yerler olmayıp, ferdi ihtiyaçların öncelikle tatmin edildiği yerlerdir. Ekonomi politişin klasik döneminde piyasalar toplumsalın parçası olarak kabul ediliyor ve anılan gerekçeye binaen korunması öneriliyordu. Buna göre piyasadaki karşılanabilir ihtiyacının peşine düşen bireyin eylemlerinin öngörülme sonucunda, toplumsallığın yeniden üretimine engel değildi, aksine kar yarışı bu amele uygun etkiler üretmekteydi. Beyine-i muhalifinden okunduğunda aynı gerekçe, toplumsallığın yeniden üretiminde sorun teşkil etmesi durumunda toplum karşısında piyasa menfaatinin **korunmaması** gerekliliğinin savunusunda da istihdam edilebilecektir. Neo-klasik iktisat bu sorunu kendi dilini matematikselleştirip sorunu görmezden gelerek (görünmez hale getirerek) geçiştirdi. Önce Hayek ve daha sonra Chicago iktisat mektebinin düşünsel geri planını biçimlendirdiği neo-liberal söylem, klasiklerin tutumunu tersyüz ederek, piyasa menfaatinin göz ardı edildiği durumda toplumsal menfaatin her durumda zarara uğrayacağını, dolayısıyla piyasanın menfaatinin toplumun menfaatinden üstün olduğu iddiasını savundu.

Piyasanın menfaati toplumun menfaatiyle çelişir ise ne olacaktır? Ele almakta olduğumuz ikinci söyleme göre bu durumda toplumun menfaati piyasanın menfaatinin üzerindedir. Özel alandaki üretimi piyasanın koordinasyonuna bağlamak bir şeydir, kamu hizmetinin üretiminde piyasa mantığını amil kılmak başka bir şeydir. Kamu hizmetinin üretiminde kararları ve üretim sürecini piyasalara bıraktığınız zaman, kamu görevlileri, toplumun menfaatini değil, piyasaların menfaatini korumayı görev bileceklerdir. Aslında neo-liberalizmin liberalizmden ayrıldığı nokta da budur. Liberalizm -en

azından yukarıda kısaca ele almış olduğumuz klasik formülasyonunda- piyasaları toplumsallığın bir koşulu olarak görüp, toplumu korumak için piyasa korumak düsturunu benimserken, neo-liberalizm topluma karşı piyasayı korur.

Örnek verelim: Piyasa mantığı ile düşünen kamu görevlisinin gözünde, fındık üreticisinin istediği taban fiyatı küresel piyasalardaki ortalama fiyattan yukarıda ise, "piyasa fiyatı üzerinden ödeme yapılması talebi" belirli bir alanda toplumun bütünlüğünün ve ulusal üretimin desteklenmesi değil; toplumun bütününden, etkin ve verimli üretim yapamayan bu gruba kaynak aktarılması anlamına gelir. Aynı mantığı hekimlik hizmetinin istihsal süreci için de etkin kılabiliriz. Parça başına ücret alan bir hekim, teşhisi ve tedavisi çok vakit alan özgün bir hastalıkla mı uğraşacaktır yoksa pansumana çıkmayı mı tercih edecektir? Özgün hastalıklar için yüksek katsayı/puan sistemini nasıl gerçekleştireceğiz? Kanser tedavisinde kullanılan makinelerin fiyatı ve kullanıcı sayısı göze alındığında, bunların yerine saç ekim cihazları getirmek anlamlı/verimli/etkin oluyor ise biz ikincileri mi tercih edeceğiz? İşletmeye talep çok diye Sümeroloji'den vaz mı geçeceğiz? Anlam dünyası bu şekilde belirlenince, kamu hizmetinin biçimlenmesi sürecinde piyasa menfaati toplumun bileşenlerinden birisine ya da toplumun bütününe ait menfaatten üstün hale gelecektir. Kamu, toplum karşısında piyasayı koruyan makam haline geldiğinde, toplumsallığın yeniden üretimi aksayacaktır, aksamaktadır.

Etkin ve verimli üretim potansiyeli taşıyan piyasaların oluşturduğu üretim kararlarını ne yapacağız? Toplumsal kaynaklarımızı tarımsal kapasitemizi artırmak için mi yoksa çok iyi, kaliteli, verimli ve etkin yarış arabası üretimi için mi kullanacağız. Piyasanın verdiği cevaplar bellidir "Arabayı daha etkin yapıyorsan onu yap ve sat sonra edindiğin parayla dünya pazarlarından en kalitelisinden buğday alırsın." Peki, kıtlık durumunda ne olacak? Yapısal uyum programları ekseninde geçimlik tarımı neredeyse tasfiye edecek duruma gelen Rwanda'da yaşanan trajedi piyasa çözümlerinin aksi istikametinde sonuçlar ortaya koymuştur. Dünya piyasaları yarış arabasını tüketmese de olur, ya siz, buğdaysız, aşız, evsiz barksız, gelirsiz kalabilir misiniz? Fındık yiyebilirsiniz tabii, o da o zamana kalır ise!

Soruyu tekrarlayalım: İkinci söylem içerisinden bakıldığında kamu emekçisi ne üretir? Cevap toplumsallık olacaktır. O, piyasada muadili olan işleri yaparken dahi toplumsallık üretir. Kendisi verili olmayan bir şeydir toplumsallık. İnsan toplumları bir organizmaya benzemez. Bir ineğin ömrü dolmadıkça, birisi yatırıp onu kesmedikçe hayvanın ertesi sabah yeniden bütün olarak karşınıza çıkacağını söyleyebilirsiniz. Toplumlar öyle değildir. Onların bütünlüğü bu bütünlüğün yeniden üretilmesine bağlıdır. Kapitalist toplumlarda kamu görevlileri tarafından kullanılan devlet iktidarı piyasanın ve özel mülkiyetin parçalayıcı etkisine karşı etkiler üreterek bu bütünlüğü her gün, her an yeniden üretir.

Memur ilgili toplumun bütününe karşı sadakatle hizmet üretmek durumundadır. Oysaki firmaların sadakati tüketicilere yani alım gücü olan insanların bir kısmıdır. Firma üretim yapmaktan vazgeçebilir. Kamu bundan vazgeçemez.

Kamu görevlisinin bütünsel bir hizmeti -kamu hizmetini - yerine getirip, tüketiciye ya da organizma şeklinde tahayyül edilen devlete değil de topluma karşı sadakat yükümlülüğü altında oluşu, bu hizmeti görürken **iş güvencesiyle** donanmasını gerektirir. Hizmetin -kaliteli olarak değil ama- nitelikli olarak görülmesi zorunluluğu, kamu idaresinden siyaseten sorumlu olan kimselerin yükümlülüğü olup, memura bırakılamaz. Bu konuda **esnekleştirici** ve **güvensizleştirici** tedbirler değil, biçimlendirici ve düzenleyici tedbirler amil kılınmalıdır. Aynı şekilde kamu hizmetleri "rekabet halindeki bireyler tarafından bireysel hak sahiplerine" değil de bir kolektiviteye (kamuya, cumhura) karşı yapıldığı için, düzenlemelerin **rekabetçi** politikalara ve **performans ödemeleri** gibi bireysel çözümlere değil, grup motivasyonuna, dolayısıyla **işbirliğinin** artırılması hedefine odaklandırılması gerekmektedir.

Tekrar edelim: İkinci söylem içerisinden bakıldığında, kamusal hizmet üretimini ve bu üretimi gerçekleştiren kimseleri piyasanın işleyişini taklit etmeye zorlamanın kaçınılmaz maliyeti/neticesi toplumsal bütünlüğün yeniden üretiminin aksaması olacaktır.

Nihayetinde, kamu hizmetinin dayandığı siyasal iktidar, bir takım kadın ve erkeğin bireysel menfaatini geliştirmek için değil, toplumsallığın korunması için meşru olarak kullanılabilir. Bizi

temsil ettiğine inanmadığımız bir yapının ürettiği insan yapımı kurallara uyma gerekliliği olsa olsa korkuya dayanacaktır. Kamu hizmeti rızanın, meşruiyetin, cumhuriyetin ve toplumsallığın her gün yeniden üretimi için gerçekleştirilen bir hizmettir, ne piyasaya dayanır ne de piyasa rasyonalitesine.

Sonuç Yerine

Meclis *yasa* mı *meşruiyet* mi üretir? Kamu görevlisi *meta* mı yoksa *toplumsallık* mı üretir? “Bu soruların yanıtı kişisine göre değişir” diyebilir miyiz? Geline noktada şunu söyleyebiliriz (ve söylenmiştir de): Anlamları, kavramları, anlatıları ve dolayısıyla yanıtları -kendi eylem ve potansiyelleri çerçevesinde- “yazar ya da okuyucu”, “konuşmacı veya muhatabı”, “göstergeyi salan ya da alınmayan” vs. *belirlemezler*. Bu sorulara verilebilecek cevabı içerisinden konuştuğunuz söylem belirler. Ancak anlamın üretildiği nihai merci söylem değildir. Söylemin dışında bulunan ama söylemleri baştanbaşa donatarak var eden, pozisyonları ve kapsadıkları mücadeleleri üreten maddi pratikler alanı, anlamın inşa sürecinde amil mercidir. Bir başka deyişle, kelimenin/göstergenin söylem içerisindeki pozisyonu üzerinden genelliğine kavuşup etkilerini üreten anlam, okuyucunun, yazarın ve söylemin ötesinde antagonistik ve nesnel olan toplumsal ilişkiler dünyasında mevcut pratikler üzerinden vücut bulur. Bu yordamla, anlamlar, olumsuzluğun zorunluluğunu dile getirircesine, mücadeleler içerisinde oluşur ya da kaybolurlar. Söylemler de bu mücadelelerin parçasını oluştururlar. Hukuk söylemi de böyle olup korunacak menfaatin ne olduğu sorusuna cevap veren grupların devlet aygıtları içerisindeki temsil imkân ve kabiliyetine göre her dönem ve mekânda farklılık arz eder. Kendi başına bir anlamı ve herkes için aynı sonuçları üreten “bilimsel” bir içeriği yoktur. Kısacası hangi mücadelenin hangi tarafında olduğunuz taşıyıcısı olduğunuz [hukuki] söylemle ve bunun ürettiği etkilerle doğrudan bağlantılıdır.

Yukarıda savunulan düşüncelerin soyut bir mahiyette kalmaması için mevcut sorunların çözümünde ve çözüm için oluşturulan hukuki düzenlemelerin biçimlenmesinde amil olacak bir takım ilkeleri vurgulayarak çalışmayı bitirmek mümkündür. Bu ilkeler yazı boyunca ikinci söylem olarak sunulan söylemin mantıksal ürünü olarak sunulabilir.

Buna göre:

- Öncelikle “verimlilik”, “rekabet”, “kalite”, “sosyal diyalog”, “esnekleşme”, “paydaşlık (hissedarlık)”, “tüketim”, “tatmin”, “bireysel haklar”, “performans”, “halkla ilişkiler” gibi terimlerle kendisini açığa vuran ve topluma karşı piyasaları koruyan neo-liberal söyleme ait kavramların yerine, “nitelikli hizmet”, “liyakat”, “işbirliği”, “dayanışma”, “katılım”, “topluma karşı sorumluluk”, “toplumsallığın korunması”, “kolektif haklar”, “emeğe saygı” gibi terimlerin hâkim olduğu toplum odaklı (insan odaklı!) bir başka söylemi koymak gerekir.
- Merkezi ve yerel yönetimleri, düzenleyici kurumları ve -kaldığı kadarıyla- KİT’leri idare eden personelin toplumsal bütünlüğü yeniden üretme işlevi üzerinden biçimlenen ortaklıklarını sürekli akılda tutmak, memur tanımını bu işleve dayandırmak ve bunlara ait çalışma alanlarını firmalara has kurullarla düzenlemek elzemdir. Farklı kamu yönetimi tasarımları farklı personel rejimleri içerse de hepsi bu temel işlevin yerine getirilmesi ön-koşulu ile kısıtlı/bağlı olacağı için kamu yönetiminin sermaye birikiminin gerekliliklerine indirgenemeyecek bir yanı olduğu unutulmamalıdır.
- Bu bağlamda kar hesaplarının dışında ve işbirliği esasında yürütülmesi gereken kamu hizmetini üretenler için mevcut farklı statüler kaldırılmalı, özlük hakları geniş tutulup herkesi kapsayacak şekilde bir örnekletirilmelidir. Kamuda tek tip istihdam şekli benimsenmelidir.
- Farklı kamu hizmet birimlerinin kuruluş kanunlarındaki düzenleyici hükümler kaldırılmalı tek yasal çerçeveye dayalı personel rejimi geliştirilmelidir.
- Kamu çalışanlarının “başkanın adamları” olmadığı gerçeği akılda tutulmalı ve adı geçenlerin, devletin toplumsal bütünlüğün yeniden üretimi olarak betimlenen temel işlevinin temel unsurlarından oldukları bilinciyle hareket edilmelidir. Bu tavrın bir uzantısı olarak disiplin cezalarının kamu hizmetinin nitelikli ve sorumlu olarak verilmesi için adil ve tarafsız bir yönetimi imkân dâhiline sokacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.
- Kamu hizmetinin her aşamasında işbirliğinin koşullarını sağlamak, bu maksatla kamu

emekçileri arasında oluşturulabilecek yeni örgütlenme formlarını teşvik etmek yerinde olacaktır.

- “Toplumsal bütünlüğü yeniden üretme” işlevi üzerinden biçimlenen farklılıklarına rağmen, üstlendiği toplumsal sorumluluğu yerine getirirken ihtiyaç duyduğu maddi imkânları edinmeyi hedefleyen kamu emekçilerinin, çalışma ilişkisinin doğasından kaynaklanan toplu sözleşme ve grev haklarına sahip oldukları her daim akılda tutulmalı, toplu sözleşmelerin kapsamı bütün çalışanlara sirayet edecek şekilde genişletilmelidir.

Legitimacy, Legality and Lawfulness: Questioning Humanitarian Military Intervention in a Changing International Political Milieu

Araştırma

Pınar GÖZEN ERCAN*

*Dr., Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku ABD.
(Dr., Hacettepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of International Relations, Public
International Law Branch)
(E-Posta: mpgozen@hacettepe.edu.tr).

ÖZET

MEŞRUIYET, YASALLIK VE HUKUKA UYGUNLUK: DEĞİŞEN ULUSLARARASI POLİTİK ORTAMDA İNSANCIL ASKERİ MÜDAHALENİN SORGULANMASI

Her ne kadar insancıl sebeplerle güç kullanımı (diğer bir deyişle insancıl askeri müdahale) üzerine tartışmalar yeni olmasa da, bunlar Soğuk Savaş döneminden bu yana insan haklarının uluslararası boyutta korunmasına verilen önemin artmasıyla zenginleşmiştir. 1990larda yaşanan büyük ölçekli insan hakları ihlalleri karşısında yapılan müdahaleler ve zaman zaman tepkisiz kalınması sonucunda uluslararası hukuk ve politika literatüründe önemli bir yer edinen insancıl müdahale tartışmaları koruma sorumluluğu kavramının ortaya çıkmasıyla yeni bir yön kazanmıştır. Halihazırda koruma sorumluluğu çerçevesinde Güvenlik Konseyi yetkilendirmesiyle ve son çare olarak uygulanacak bir yöntem olarak nitelendirilen insancıl müdahale hala devletlerce bireysel ya da kolektif olarak uluslararası platformda bir araç olarak kullanılmaktadır. Bu bağlamda gerek akademik gerekse de siyasi platformda tek taraflı olarak ya da Güvenlik Konseyi yetkilendirmesi olmaksızın gerçekleştirilen insancıl müdahaleler ikilik yaratmaya devam etmektedir. İlk olarak Bosna-Hersek'e ve Kosova'ya, yakın zamanda da Libya'ya yapılan müdahaleler sonucunda insancıl müdahale doktrininin meşruiyeti, yasallığı ve hukuka uygunluğuna dair tartışmalar hız kazanmıştır. Tüm bu gelişmeler ışığında, bu makalede insancıl müdahale doktrini uluslararası hukuk çerçevesinde, hukuka uygunluk ile yasallık yönünden analiz etmektedir. Bu amaçla ilk olarak insancıl sebeplerle askeri müdahale yapma fikrinin normatif kökenleri sorgulanmakta, daha sonra da mevcut uluslararası hukuki düzen incelenmektedir. Son olarak Birleşmiş Milletler Sözleşmesi sonrasındaki dönem esas alınarak ortaya çıkan olayların genel bir resmi çerçevesinde devlet uygulamalarının ve mevcut hukuki anlayış ve tartışmaların koruma sorumluluğunun inşasına nasıl yön verdiği ortaya konmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Meşruiyet, yasallık, hukuka uygunluk, insancıl müdahale, koruma sorumluluğu.

ABSTRACT

Albeit the debate on the use of force for humanitarian purposes (i.e. humanitarian military intervention) is not new, it has been flourishing since the early years of the Cold War as a result of the increasing importance placed on the international protection of human rights. After gaining a prominent place in the international law and politics literatures, with cases of action and inaction/indifference in the 1990s, the question of (and the need for) undertaking intervention to stop mass atrocities took a new turn with the introduction of the "responsibility to protect" (RtoP) understanding. Now also enlisted as a measure within the RtoP framework but only as a last resort and to be undertaken with Security Council authorisation, humanitarian (military) in-

tervention continues to be adopted individually or collectively by states in their international conduct. In this vein, its unilateral or unauthorised practices continue to create controversy in the political and academic platforms.

Primarily with the military interventions in Bosnia-Herzegovina and Kosovo, then most recently with the intervention in Libya, the debates on the legitimacy, legality and lawfulness of the controversial doctrine of humanitarian intervention once again gained momentum. In the light of these developments, this article analyses the doctrine of humanitarian intervention in relation to international law with a specific focus on the questions of lawfulness and legality. To this end, it first traces the normative roots of the idea of undertaking military intervention on humanitarian grounds, and then, analyses the current legal framework. Finally, through an overview of cases in the post-Charter era, it tries to reveal how state practice alongside the legal understandings and debates led to the construction of the RtoP norm.

Keywords

Legitimacy, legality, lawfulness, humanitarian intervention, responsibility to protect.

Introduction

Albeit the debate on the use of force for humanitarian purposes (i.e. humanitarian military intervention) is not new, it has been flourishing since the early years of the Cold War as a result of the increasing importance placed on the international protection of human rights. After gaining a prominent place in the international law and politics literatures, with cases of action and inaction/indifference in the 1990s, the question of (and the need for) undertaking intervention to stop mass atrocities took a new turn with the introduction of the “responsibility to protect” (RtoP) understanding. Now also enlisted as a measure within the RtoP framework but only as a last resort and to be undertaken with Security Council authorisation, humanitarian (military) intervention continues to be adopted individually or collectively by states in their international conduct. In this vein, its unilateral or unauthorised practices continue to create controversy in the political and academic platforms.

Primarily with the military interventions in Bosnia-Herzegovina and Kosovo, then most recently with the intervention in Libya, the debates on the legitimacy, legality and lawfulness of the controversial doctrine of humanitarian intervention once again gained momentum. In the light of these developments, this article analyses the doctrine of humanitarian intervention in relation to international law with a specific focus on the questions of lawfulness and legality. To this end, it first traces the normative roots

of the idea of undertaking military intervention on humanitarian grounds, and then, analyses the current legal framework. Finally, through an overview of cases in the post-Charter era, it tries to reveal how state practice alongside the legal understandings and debates led to the construction of the RtoP norm.

1. Normative Roots

Certain features of just war principles, specifically to *jus ad bellum*, hint at just causes for undertaking interventions in the name of humanity. In this regard, earlier works in Christian political theology constitute a starting point for analysis, and an introductory example is the writings of St. Augustine (354-430). St. Augustine believes that “[f]or every man even in the act of waging war is in quest of peace, but no one is in quest of war when he makes peace.”¹ The similarity between the just war understanding of St. Augustine and contemporary humanitarian interventions lies in the fact that the latter as a coercive act undertaken through use of force as a means to re-establish the order and human rights within a country, which also results in the reestablishment of (domestic and international) peace although this is not an explicitly pronounced objective. In the waging of just wars, St. Augustine differentiates between the wise man and the other, and asserts that it is the injustice done by the other that necessitates the undertaking of a just war:

1 ST. AUGUSTINE, *City of God*, Vol. VI, Book xix, (translated by W.C. Greene), William Heinemann Ltd., Great Britain, 1969, p. 165.

The wise man, they say, will wage just wars. As if he would not all the more, if he remembers his humanity, deplore his being compelled to engage in just wars; for if they were not just, he would not have to wage them, and so a wise man would have no wars. For it is the injustice of the opposing side that imposes on the wise man the necessity of waging just wars.²

Consideration of war as a necessity under certain circumstances emanates from the injustice or the wrong done. As a just war arises from injustice, in ideationally parallel terms, the need to undertake a humanitarian intervention in the contemporary world arises from an unjust act of the man –that is gross and systematic violations of human rights.

In this vein, a perspective on legitimate interventions against unjust acts can be seen in the writings of St. Augustine. As for the idea of responsibility, the roots can be traced back to Thomas Aquinas who talks about the existence of a notion of responsibility all over the Christian Republic. Aquinas (1225-1274) while defining the system of *Respublica Christiana* claims responsible “every prince [...] for the welfare of the total *Respublica* as well as his own specifically defined territory.” He accordingly posits that a prince “may be called upon to resist aggression or unjust treatment of subjects any place in the *Respublica Christiana*.”³ Though in a limited manner, what Aquinas put forth is parallel to the idea of a “responsibility to react”⁴ of the doctrine of the responsibility to protect. In the responsibility to react, the responsibility pertains to the international community where it has to display a collective response to grave violations of human rights whereas in the responsibility of Aquinas the community concerned is limited to the *Christian Republic* and the primary responsibility is that of the princes.

2 ST. AUGUSTINE, 1969, p. 151.

3 KUSANO, Hiroki, “Humanitarian Intervention: the interplay of norms and politics”, **International Intervention in the Post-Cold War World: moral responsibility and power politics**, (eds. Michael C. Davis, Wolfgang Dietrich, and Bettina Scholdan), 2003, 125.

4 This is the second aspect of the RtoP doctrine as established by the ICISS, consisting of coercive measures (such as political, economic and military sanctions) up to and including military intervention. For purposes of this article, the details of the RtoP understanding will not be studied.

This also stands for a moral duty to maintain common good in response to unjust treatment. Following St. Augustine’s line of thinking, Thomas Aquinas adds that “[t]rue religion looks upon as peaceful those wars that are waged not for motives of aggrandisement, or cruelty, but with the object of securing peace, of punishing evil-doers, and of uplifting the good.”⁵ One similarity between the ancient and contemporary theories in terms of undertaking just wars concerns the “securing of peace.” As proponents of humanitarian intervention and/or interveners argue, humanitarian interventions serve to “secure peace”, which can be peace within a country as well as international peace and security. Nevertheless, what is meant by the “good” may vary depending on the interpretation of the theorist/philosopher. In general terms, it can be a social order (whether religious, moral, economic or political, etc.) or as in the case of humanitarian interventions and RtoP something concrete (since it is the lives of human beings and the protection of their fundamental rights that is the main concern). Thus, from the spectacle of RtoP, Aquinas’s proposition of a responsibility of the rulers to “uplift the good” if necessary through military means, constitutes a basis for a more restricted interpretation of the RtoP notion. Such view, rather than focusing on a general social order, confines it to ensuring human rights as established by international law and stopping mass atrocities against humanity.

Its theological roots providing the moral basis, just war notion has been elaborated within the natural law tradition. Although some legal scholars consider humanitarian intervention as a “relatively new doctrine,” it is possible to trace its legal roots back to philosophers of law like Alberico Gentili (1552-1608), Francisco Suárez (1548-1617) and Hugo Grotius (1583-1645).⁶ Similar lines of thought are apparent in the arguments of Gentili and Suárez since both of them make reference to the responsibility towards the human race in cases of inhuman treatment against people that occur in another sovereign’s land.⁷ For

5 AQUINAS, Thomas, **Summa Theologica**, II-II, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 40, 1.

6 MERON, Theodor, “Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez,” **American Journal of International Law**, 85(1) (January 1991): p. 115.

7 Cited in MERON, 1991: p. 115.

example, Gentili “raise[s] the notion of sovereign accountability, noting that there must be some mechanism to remind the sovereign of his/her duty towards his people and hold him in restraint, ‘unless we wish to make sovereigns exempt from the law and bound by no statutes and no precedents.’”⁸ This understanding is, for instance, prevalent in the responsibility to protect doctrine where sovereignty is understood as the responsibility of the sovereign state towards its citizens.

Hersch Lauterpacht posits that Grotius⁹ made “the first authoritative statement of the principle of humanitarian intervention -the principle that exclusiveness of domestic jurisdiction stops when outrage upon humanity begins.”¹⁰ Grotius maintains that there may be a just cause for undertaking war on behalf of the subjects of another ruler, in order to protect them from wrong at his hands.¹¹

[I]f the wrong is obvious, in case some Busiris, Phalaris, or Thracian Diomedes should inflict upon his subjects such treatment as no one is warranted in inflicting, the exercise of their right vested in human society is not precluded.¹²

It is therefore up to another state/sovereign to take the necessary measures “to help the persecuted” since the subjects themselves are incapable of taking action.¹³

Based on historical examples, Grotius acknowledges that the claim of “taking up arms” to this end is prone to be used as a cover for an act of invasion of others’ territories. Nevertheless, he adds that the abuse or misuse of a right does not necessitate the annulment of that right.¹⁴ In his *De Jure Praedae*, Grotius argues: “the protection of infidels from injury (even from injury by

Christians) is never unjust.”¹⁵ As can be inferred from Grotius’s statement, his main emphasis is the justness of an act rather than its lawfulness, and although an act can be just, this does not mean that it is also lawful.¹⁶ Samuel Pufendorf (1632-94) following a similar line of thought, in an attempt to establish a just principle for undertaking action asserts: “we cannot lawfully undertake the defence of another’s subjects, for any other reason than they themselves can rightfully advance, for taking up arms to protect themselves against the barbarous savagery of their superiors.”¹⁷ With this argument, Pufendorf brings in lawfulness of the act alongside its justness.

Similar lines of reasoning for justification of intervention in the name of humanity in the domestic affairs of another state followed in the later centuries. An example from the eighteenth century is the arguments of Emmerich de Vattel (1714-1767), who posited that

if the prince, attacking the fundamental laws, gives his people legitimate reason to resist him, if tyranny becomes so unbearable as to cause the Nation to rise, any foreign power is entitled to help an oppressed people that has requested its assistance.¹⁸

In the light of the referred assertions, it is possible to argue that although not essentially named as humanitarian intervention in the then times, philosophers of law have articulated just reasons for undertaking action in order to stop atrocities against humanity. Moreover, it can be observed that they have provided moral arguments based on ethical constraints rather than legal ones, fending rather for legitimacy than legality or lawfulness.

8 Quoted in CHESTERMAN, Simon, **Just War or Just Peace: Humanitarian Intervention and International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 14.

9 Hugo Grotius’s *De Jure Belli Ac Pacis* (1625) is an example of the works where Grotius makes reference to the notion of humanitarian intervention.

10 LAUTERPACHT, Hersch, “The Grotian Tradition in International Law,” **British Yearbook of International Law**, 23 (1946), p. 46.

11 Quoted in MERON, 1991: p. 111.

12 Quoted in CHESTERMAN, 2001, p. 15.

13 MERON, 1991: p. 11, and Chesterman, 2001, p. 15.

14 GROTIUS, Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku (De Jure Belli Ac Pacis): Seçmeler**, (translated by S.L. Meray), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1967, p. 171.

15 Quoted in NARDIN, Terry / WILLIAMS, Melissa S. (eds.), **Humanitarian Intervention**, New York University Press, New York, 2006, p. 15.

16 Here, it is important to make a distinction between the notions of lawful and just. Although both suggest an ethical content, lawful stands for “according to or acceptable to the law”, whereas just means “fair and/or morally correct” (PROCTER, Paul (ed.), **Cambridge International Dictionary of English**, 2005, pp. 774, 801).

17 Quoted in CHESTERMAN, 2001, p. 15.

18 Quoted in FONTEYNE, Jean-Pierre L. “The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: Its Current Validity under the U.N. Charter”, **California Western International Law Journal**, Year: 1973-1974, Volume: 4, (p. 215).

In a similar way, some of the contemporary scholars from strands of liberal internationalism develop their arguments on moral aspects while talking about a duty to intervene. Their inspiration is the cosmopolitan arguments of Immanuel Kant, a philosopher who argues for the authority of moral law over that of the sovereign state. Kant notes:

For Hugo Groius, Pufendorf, Vattel and the rest (sorry comforters as they are) are still dutifully quoted in *justification* in of military aggression, although their philosophically or diplomatically formulated codes do not and cannot have the slightest *legal* force, since states as such are not subject to a common external constraint. Yet there is no instance of a state ever having been moved to desist from its purpose by arguments supported by the testimonies of such notable men. This homage which every state pays (in words at least) to the concept of right proves that man possesses a greater moral capacity, still dormant at present, to overcome eventually the evil principle within him (for he cannot deny it exists), and hope that others will do likewise. Otherwise the word *right* would never be used by states which intend to make war on one another.¹⁹

Such idea of moral capacity provides a basis for the universality of human rights. Accordingly, Kant posits:

The peoples of the earth have thus entered in varying degrees into a universal community, and it has developed to the point where a violation of rights in *one* part of the world is felt *everywhere*. The idea of a cosmopolitan right is therefore not fantastic and overstrained; it is a necessary complement to the unwritten code of political and international right, transforming it into a universal right of humanity. Only under this condition can we flatter ourselves that we are continually advancing towards a perpetual peace.²⁰

Kant, while establishing that a cosmopolitan right and a moral capacity exists, does not make authoritative statements regarding intervention in the internal affairs of states on grounds of humanity, but lays the possible grounds for such understanding. Nevertheless, a nineteenth century international lawyer Henry Wheaton presents a detailed discussion of the "right to intervene" where he arrives at the conclusion that "[n]oninterference is the general rule, to which cases of justifiable interference form exceptions limited by the necessity of each particular case."²¹ In this vein, by suggesting that it is unlikely to have a definitive statement/judgement about the absolute-ness of non-interference, Wheaton, on the basis of historical examples, argues for the possibility of recognition of legitimacy for unilateral practices on the basis of a right to intervene as an exception to the general rule of non-intervention.²²

An intellectual of the same century, John Stuart Mill, presents his thoughts regarding the issue of non-intervention on a more general background. In his short essay entitled "A Few Words on Non-Intervention" Mill asserts:

There seems to be no little need that the whole doctrine of noninterference with foreign nations should be reconsidered, if it can be said to have as yet been considered as a really moral question at all. [...] To go to war for an idea, if the war is aggressive, not defensive, is as criminal as to go to war for territory of revenue; for it is as little justifiable to force our ideas on other people, as to compel them to submit to our will in any other respect. But there assuredly are cases in which it is allowable to go to war, without having been ourselves attacked, or threatened with attack; and it is very important that nations should make up their minds in time, as to what these cases are. There are few questions which more require to be taken in hand by ethical and political philosophers, with a view to establish some rule or criterion whereby the justifiableness of intervening in the affairs

19 REISS, H.S. (ed.), "Perpetual Peace," *Kant: Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 103.

20 REISS (ed.), 2000, pp. 107-8.

21 KNUDSEN, Tonny Brems, "The History of Humanitarian Intervention. The Rule or the Exception?" Paper for the 50th ISA Annual Convention, New York, February 15-18, 2009, p. 7.

22 KNUDSEN, 2009: p. 7.

of other countries, and (what is sometimes fully as questionable) the justifiableness of refraining from any intervention, may be brought to a definite and rational test. Whoever attempts this, will be led to recognise more than one fundamental distinction, not yet by any means familiar to the public mind, and in general quite lost sight of by those who write in strains of indignant morality on the subject.²³

While raising the controversial issue of interference in the domestic affairs of states, Mill raises the question on what grounds an intervention, (for instance in case of a civil war or in terms of providing assistance for the people of another country in struggling for liberty), can be justified. He also mentions intervention on the basis of the imposition "on a country any particular government or institutions, either as being best for the country itself, or as necessary for the security of its neighbours."²⁴ The traces of Mill's rationalisation can be found in the contemporary understanding of "failed states." Furthermore, a resemblance with the principles emanating from the UN Charter can be seen in Mill's question since he raises the issue of the security of neighbours. On the basis of Chapter VII of the UN Charter, threats to or breaches of international peace and security may create situations where non-interference is no longer prioritised and states may intervene for the maintenance of international peace and security. In this respect, threats to or breaches of regional security, as is valid in contemporary cases, may provide legitimate grounds to intervene in the domestic matters of states.

Mill asserts that the principle of non-intervention prevails in the case where a "government which needs foreign support to enforce obedience from its own citizens" as he considers intervention of this sort as a support for despotism. Nevertheless, in case "of protracted civil war" which is considered "injurious to the permanent welfare of the country," Mill talks about the possibility of an intervention that receives "general approval, that is [to say] legitimacy may be considered to have passed into a maxim of what is called international law."²⁵

In the absence of delineation between the understandings of humanitarian war and humanitarian intervention in its contemporary sense, ascendant humanitarian concerns (which also led to the conclusion of Geneva Conventions) have marked the end of the nineteenth century. Following the natural law tradition, in the following century some scholars argued for a right of humanitarian intervention. Writing during the pre-Charter period, Edwin Bouchard posits that

where a state under exceptional circumstances disregards certain rights of its own citizens over whom presumably it has absolute sovereignty, the other States of the family of nations are authorized by international law to intervene on grounds of humanity.²⁶

It should be noted that the invocation of "humanity" for undertaking action is also likely to constitute a point of criticism. For instance, Carl Schmitt argues against wars waged in the name of humanity as he suggests that

humanity as such cannot wage war because it has no enemy, at least not on this planet. [...] When a state fights its political enemy in the name of humanity, it is not a war for the sake of humanity, but a war wherein a particular state seeks to usurp a universal concept against its military opponent. At the expense of its opponent, it tries to identify itself with humanity in the same way as one can misuse peace, justice, progress, and civilization in order to claim these as one's own and to deny the same to the enemy. The concept of humanity is an especially useful ideological instrument of imperialist expansion.²⁷

Nonetheless, differing from the just causes that have been put forth by philosophers of law in the earlier centuries, Bouchard touches upon the lawfulness of coercive action undertaken for humanitarian purposes. He further maintains that when these "human rights" are habitually violated, one or more States may

23 MILL, John Stuart, "A Few Words on Non-Intervention," **Foreign Policy Perspectives**, Year: 1859, Volume: 8, (p. 4).

24 MILL, 1859: p. 5.

25 MILL, 1859: p. 5.

26 DUKE, Simon, "The State and Human Rights: Sovereignty versus Humanitarian Intervention," **International Relations**, Year: 1994, Volume: 12, (p. 33).

27 SCHMITT, Carl, **The Concept of the Political**, The University of Chicago Press, Chicago, 2007, p. 54.

intervene in the name of the society of nations and may take such measures as to substitute at least temporarily, if not permanently, its own sovereignty for that of the state thus controlled.²⁸

Bouchard's assertions, which are based on the conditions of the pre-Charter period, reflect only one faction of the legal positions regarding humanitarian intervention, and these lie at the far end of the counter-restrictionist side of the spectrum.

Malcolm N. Shaw argues that in the nineteenth century there is an acceptance, at least in appearance, of "a right of humanitarian intervention, although its range and extent were unclear."²⁹ Likewise, Ulrich Beyerlin indicates an acceptance of "the idea of lawful humanitarian intervention" while emphasizing the doctrinal confusion concerning "the legal foundation and the extent of that institution."³⁰ Nonetheless, neither prior to World War I nor in its immediate aftermath, there is any substantial evidence (i.e. consistent and accepted state practice) to suggest that humanitarian intervention was a soundly established principle of customary international law.³¹

Olivier Corten posits that basing the conduct of humanitarian intervention on an existent "right to intervene" places the doctrine and related discussions

within the legal sphere and not in the realms of ethics or politics. [...] The term 'right' also denotes the idea of an autonomous legal basis: a 'right' of humanitarian intervention, it can be surmised, would justify a military action independently of the classical foundations for such justification such as the host State's consent, Security Council authorisation, or even self-defence.³²

In this regard, the argument for the existence

of a right to intervene allowing for unilateral or unauthorised collective humanitarian interventions is highly contested in the post-Charter period. The assessment of the validity of such argument requires a deeper analysis of the international legal framework and the debates within international law literature, which is in order.

2. Restrictionist and Counter-Restrictionist Approaches to Humanitarian Military Intervention

Especially after experiencing two major wars, states have tried to find ways to avoid large scale armed conflicts. To this end, in the aftermath of World War I and particularly World War II, different legal rules on the basis of the customary rules of international law of the then days have been adopted. Following the end of the First World War, recognising the cruelty of war, states engaged in developing norms, for instance of *jus in bello*,³³ like the 1929 Geneva Convention. Norm development continued in the aftermath of the Second World War with the conclusion of multilateral agreements, such as the 1949 Geneva Convention revising its predecessor.

The second line of rules emerged under the UN framework through the establishment of the Charter as well as the adoption of decisions and resolutions by the relevant organs of the Organisation. On this basis, war and aggression were outlawed while "non-use of force" and "non-intervention" have become two fundamental principles of international law as well as a part of *jus cogens* norms in interstate relations. This was a fundamental change that took place since recourse to force in the conduct of international affairs was not prohibited in the pre-Charter period. Within the context of the post-Charter period, to argue for the existence of a right to intervene means assuming that unilateral or collective humanitarian interventions undertaken without Security Council authorisation can be accepted as lawful. The

28 DUKE, 1994: p. 33.

29 SHAW, Malcolm N., *International Law*, 5th Edition. Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 252.

30 BEYERLIN, Ulrich, "Humanitarian Intervention," *Encyclopaedia of Public International Law*, Rudolf Bernhardt, (ed.), Vol. II, 926-36, North-Holland, Amsterdam, 1992, p. 927.

31 Cited in BERNHARDT, 1992, p. 927.

32 CORTEN, Olivier, *The Law Against War: The Prohibition of Use of Force in Contemporary International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 496.

33 It can be observed that philosophers of law of the earlier centuries who focused on just causes of war, or helped the evolution of the just war theory for that matter, mainly directed their attention to *jus ad bellum*. Distinctively, the Geneva Convention brought in the *jus in bello* aspect to international law. This is the "Convention relative to the Treatment of Prisoners of War" signed at Geneva on 27 July 1929 and entered into force on 19 June 1931.

fundamental challenge to such assertion comes from restrictionist scholars.

2.1. Sovereignty, Non-Intervention and Non-Use Of Force

The core of the restrictionist arguments lies in the Westphalian notion of national sovereignty, according to which States are not legally permitted to intervene in the internal affairs of another state for any reason. According to the terms of Article 1 of the 1933 *Montevideo Convention on the Rights and Duties of States*, which as a model is also reflected in the UN Charter, “[t]he state as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states.” Such qualities of statehood are also connected with the understandings of territorial integrity and political independence.

In this context, as it can be observed from its several resolutions throughout the years, the Security Council has expressly reaffirmed its “commitment to the sovereignty, territorial integrity and political independence of” states, and underlined this as a priority while taking action. There are numerous examples of such resolutions, like for instance Resolution 688 (1991) concerning Iraq, Resolution 1079 (1996) concerning the Republic of Croatia, Resolution 1802 (2008) concerning Timor-Leste, and Resolution 1858 (2008) concerning Burundi. Although it is placed as a higher value, from an international law point of view it is important not to confuse sovereignty by considering it an equivalent of “unlimited power” on the part of a state; it is rather “the fact of not being subject to any higher authority, or to any obligation to which the sovereign has not consented.”³⁴ Therefore, as Hélène Ruiz Fabri suggests it can be conceived as a freedom, naturally having its limitations.

The notion of sovereignty is interconnected with the principle of non-intervention, which is laid out in Article 2(7) of the UN Charter as follows:

Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter.

Although this paragraph neither defines the principle of non-intervention nor is directed towards organizing interstate relations, it identifies the boundaries of action within the framework of the UN. Therefore, it is of importance when it comes to discussing actions to be undertaken by the Organisation as well as the expected behaviour in upholding general principles of the UN Charter.

The UN General Assembly, in its 1408th plenary meeting on 21 December 1965, by a resolution confirmed this principle in the following words:

No state has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. Consequently, armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic, or cultural elements are condemned.³⁵

This provision not only reaffirms the sanctity of state sovereignty and the principle of non-intervention, but also carries these two principles to the level of interstate relations.³⁶ Although a direct reference by the Security Council in its resolutions to Article 2(7) is not very common, an example of this can be seen in Resolution 688 on Iraq dated 5 April 1991 where the Council explicitly recalls “the provisions of Article 2, paragraph 7 of the Charter.”³⁷

In addition, the judgements of the International Court of Justice (ICJ) provide precedents as well as confirmation of fundamental principles. For instance, in the Judgement of the Case Concerning the Military and Paramilitary

34 FABRI, Hélène Ruiz, “Human Rights and State Sovereignty,” **Human Rights, Intervention, and the Use of Force**, Philip Alston and Euan MacDonald (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 34.

35 General Assembly, A/RES/2131 (XX), **Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty**, 21 December 1965.

36 The same principle is established also in Article 3, paragraph 2 of the Additional Protocol II to the Geneva Conventions.

37 Security Council, **Resolution 688** (1991), preambular paragraph 2.

Activates in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) dated 27 June 1986, the ICJ in paragraph 241 found that giving support of any sort to the opposition (military and paramilitary forces and activities, and in this case the *contras* whose aim was to overthrow the Government of Nicaragua) signals intervention and also falls contrary to Article 2(4). As indicated in the summary of the judgement under the section entitled *the principle of non-intervention* (paras. 239 to 245), the Court

considers that if one State, with a view to the coercion of another State, supports and assists armed bands in that State whose purpose is to overthrow its government, that amounts to an intervention in its internal affairs, whatever the political objective of the State giving support.³⁸

Therefore, this sort of an act is taken as an undisputed breach of the customary law principle of non-intervention.

Restrictionists also argue that humanitarian intervention falls contrary to the principle of the prohibition of the threat or use of force, which is established in the UN Charter by Article 2(4). This provision, in principle, requires that "all members in their international relations shall refrain from the threat or use of force against the territorial integrity and political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the UN," (e.g. providing assistance to one of the parties during the course of a civil war, engaging in humanitarian violations, or getting involved in acts of aggression, etc.). It prohibits war and any sort of aggression.³⁹ Moreover, Resolution 2625 (XXV), entitled the Declaration

38 "Case Concerning the Military and Paramilitary Activates in and Against Nicaragua" (Nicaragua v. United States of America), **Summary of the Judgement of the Court**, 27 June 1986.

39 Two explicit references to this principle with almost exact wording are present in Resolutions 573 (1985) and 611 (1988) concerning the conflict between Israel and Tunisia (Resolution 573 concerning Israel-Tunisia dated 4 October 1985. An implicit reference to non-use of force can be seen in Resolution 1318 (2000) on "ensuring an effective role for the Security Council in the maintenance of international peace and security, particularly in Africa", where the Security Council under Paragraph 1 of the Annex "[r]eaffirms the importance of adhering to the principles of the non-threat or non-use of force in international relations in any manner inconsistent with the Purposes of the United Nations, and of peaceful settlement of international disputes" (S/RES/1318 (2000)).

on Principles of International Law (24 October 1970) establishes: "Every State has the duty to refrain from the threat or use of force to violate the existing international boundaries of another State or as a means of solving international disputes, including territorial disputes and problems concerning frontiers of States."⁴⁰ The wording of the Resolution strengthens the principle laid out in Article 2(4) of the Charter. Likewise, a number of Security Council resolutions⁴¹ and presidential statements⁴² make affirmative references to this principle. Despite the fact that this provision addresses only the Member States in a direct manner, also covers non-Member States since it has become an *erga omnes* principle of law as well as a *jus cogens* rule. Paragraph 6 of Article 2 also reads that "the Organisation shall ensure that States which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security."⁴³ Therefore, this provision acquires a binding nature also upon non-Member States as far as international peace and security are concerned.

40 General Assembly, **Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations**, 6th Committee, 25th session, 2625 (XXV), 24 October 1970, pp. 122-3.

41 For instance, a Security Council resolution reaffirming this principle is S/RES/884 (1993) on Armenia-Azerbaijan dated 12 November 1993, which in its 7th preambular paragraph states "the inviolability of international borders and the inadmissibility of the use of force for the acquisition territory. Another example is Resolution 748 (1992) dated 31 March 1992, which reaffirmed "that, in accordance with the principle in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations, every state has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts, when such acts involve a threat or use of force."

42 Some examples of these presidential statements are as follows: S/21418 of 31 July 1990; S/22176 of 30 January 1991; S/22862 of 31 July 1991, S/23495 and S/23496 of 29 June 1992, S/23597 of 14 February 1992, S/23610 of 19 February 1992, S/23904 of 12 May 1992, S/23945 and S/23946 of 18 May 1992, S/23982 of 20 May 1992, S/24241 of 6 July 1992 and S/24362 of 30 July 1992. S/25185, para. 2; S/26183, para. 2; S/PRST/1994/5, para. 2; S/PRST/1994/37, para. 2; S/PRST/1995/4, para. 2; S/PRST/1995/35, para. 2.

43 An example of such an attempt can be observed in Resolution 558 (1984) on South Africa dated 13 December 1984, where the Council "[r]equests all States, including States not Members of the United Nations, to act strictly in accordance with the provisions of the present resolution."

General Assembly Resolutions 2131 (1965) and 2625 (1970), which do not have legally binding effect but can be interpreted under certain circumstances as evidence of state practice, are also taken as references in support of the restrictionist approach. Resolution 2131 (UN Doc. A/6220) states that “[n]o state has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State.” To this, Resolution 2625 (UN Doc. A/8028) adds that “armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements, are in violation of international law.

Restrictionists like Ulrich Beyerlin argue that humanitarian intervention is, “clearly enough, in conflict with the prohibition on the use of (armed) force in Article 2(4) of the Charter.”⁴⁴ Disagreeing with this, Reisman argues that Article 2(4) “should be interpreted in accordance with its plain language, so as to prohibit the threat or use of force *only when directed at the territorial integrity or political independence of a State.*”⁴⁵ Since humanitarian interventions are directed neither at the territorial integrity nor the political independence of a state, Reisman posits, “this specific modality of the use of force is “not only not inconsistent with the purposes of the United Nations but is rather in conformity with the most fundamental peremptory norms of the Charter.”⁴⁶ In support of this view, Garrett notes that the purpose of humanitarian intervention is “to compel the state to observe fundamental international norms of human rights.”⁴⁷ On the other hand, Olivier Corten criticises these *contrario* interpretations of the UN Charter by asserting that

no provision of the Charter provides for a right of humanitarian intervention, whether in its parts on armed action or those on human rights. Then because article 2(3) of the Charter very generally compels States to

settle their disputes peacefully. As humanitarian intervention invariably follows from a disagreement between the intervening State and the State that is the target of allegations about human rights’ violations, and so from a ‘dispute’ in the legal sense of the term, such an intervention can hardly be considered compatible with the UN Charter.

Furthermore, in objection to Reisman, Fonteyne argues that Article 2(4) is not necessarily concerned with the intentions of the states involved in the action. Any sort of intervention, even though temporary, constitutes a breach of the territorial integrity and political independence of the state, as long as it is undertaken without the consent of that state. Moreover, in the specific case of humanitarian intervention, Fonteyne notes that this is a far serious breach since an effective long-term solution to the issue often times rests in the “change of government or even a secession.” Therefore, the intervention eventually ends up with a vital impact on the domestic political and/or legal order of the state that has been subjected to the humanitarian intervention.⁴⁸

2.2. Possible Legal Grounds under the UN Framework

Despite the fact that the principles of sovereignty, non-intervention and non-use of force have been widely recognized by the international community, the aftermath of World War II brought about new challenges to the implementation of these principles. First, with the drafting of the Charter of Nuremberg Tribunal in 1945, “crimes against humanity” were recognized in international law. Then, especially after genocide was officially defined to be a crime by the “Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide” in 1948, humanitarian concerns and human rights became paramount issues of international law. It was within such a context that states have begun to assume a right or (to put more mildly) a responsibility to take action, up to and including use of force, against atrocities towards people.

Such direct connection is seen in the formulation of the responsibility to protect understanding by paragraphs 138 and 139 of the World Summit Outcome Document (A/RES/60/1), which talks

44 Cited in DUKE, 1994: p. 34.

45 Quoted in FONTEYNE, Jean-Pierre L. “The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: Its Current Validity under the U.N. Charter” *California Western International Law Journal*, Year: 1973-1974, Volume: 4, (p. 253).

46 Quoted in FONTEYNE, 1974: p. 254.

47 GARRETT, Stephen A., *Doing Good and Doing Well: an examination of humanitarian intervention*, Praeger Publishers, Westport, 1999, p. 47.

48 FONTEYNE, 1974: p. 255.

about a “Responsibility to Protect Populations from Genocide, War Crimes, Ethnic Cleansing and Crimes Against Humanity”, establishing the notion within the limits of the four grave crimes. In this vein, the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1948, and the Rome Statute of the International Criminal Court of 1998 constitute the two key documents where the four grave crimes are defined. Additionally, for war crimes, International Humanitarian Law establishes the legal basis.

Article I of the Genocide Convention states that both in times of war and peace, genocide⁴⁹ is considered as a crime under international law. In addition, Article VIII states: “Any Contracting Party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action [that is granting extradition] under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in article III.”⁵⁰ In this vein, UN involvement can be made possible on the basis of the international criminal law –that is to say in case the crimes defined under this law are committed– which in the end may invoke a military intervention under the auspices of the UN upon the observance of a gross violation of human rights. It is important to note that, in general terms, humanitarian interventions are not authorised on the basis of international criminal law itself, but rather the crimes that are defined by this law fall under the scope of humanitarian intervention and RtoP.

Also given the exception to the general rule implied under Chapter VII⁵¹ as well as the exceptions⁵² of cases listed under Article 2(7), towards the end of the twentieth century the principles

of sovereignty and non-use of force validated by the UN Charter under Article 2 began to lose their solid character due to substantial infringements of human rights taking place in Yugoslavia and in some African States. These post-Cold War events⁵³ weakened the idea that humanitarian intervention is an indisputably unlawful act.⁵⁴ In this vein, the question of what to do in cases of mass humanitarian atrocities and the legal basis of taking action once again became a prominent area of concern.

According to counter-restrictionist scholars, the UN Charter leaves room for legitimacy and/or lawfulness of humanitarian interventions, although, as Sean D. Murphy asserts, “the language and intent behind the UN Charter does not provide an express legal basis for the conduct of humanitarian intervention by States or by regional organisations.”⁵⁵ Olivier Corten in his criticism of a *contrario* interpretation of the UN Charter asserts that the wording of the Charter, in terms of its prohibition of the use of force, was

devised to strengthen and not weaken the stringency of the prohibition. Allowance for context argues along the same lines. First because no provision of the Charter provides for a right of humanitarian intervention, whether in its parts on armed action or those on human rights. Then because article 2(3) of the Charter very generally compels States to settle their disputes peacefully. As humanitarian intervention invariably follows from a disagreement between the intervening State and the State that is the target of allegations about human rights’ violations, and so from a ‘dispute’ in the legal sense of the term, such an intervention can hardly be considered compatible with the UN Charter.⁵⁶

49 The term genocide is defined in Article II of the Convention as well as in Article 6 of the Rome Statute, which deals with the crime of genocide, war crimes, and crimes against humanity. For a detailed definition of crimes against humanity see Article 7, for war crimes see Article 8(2).

50 Article III states the following acts as punishable: “(a) Genocide; (b) Conspiracy to commit genocide; (c) Direct and public incitement to commit genocide; (d) Attempt to commit genocide; (e) Complicity in genocide.”

51 Article 51 of the Charter defining self-defence also constitutes an exception to the general rule of non-use of force. Nonetheless, it is outside the context of humanitarian intervention, and thus not a relevant reference as a cause for undertaking such an intervention.

52 Reference to Article 2(7) as a legal basis is especially made in cases of intervention in civil wars for humanitarian purposes.

53 Robertson posits: “the first clear-cut abandonment of the pure sovereignty doctrine in favour of humanitarian intervention was probably the UN action in Iraq after the Gulf War of 1991 to protect both the Kurds in the north and the Marsh Arabs in the south” (ROBERTSON, David, **A Dictionary of Human Rights**, 2nd Edition, Europa Publications, London, 2004, p. 199).

54 GRIFFITHS, Martin / O’CALLAGHAN, Terry, **International Relations: The Key Concepts**, Routledge, NewYork, 2002, p. 146.

55 MURPHY, Sean D., **Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996, p. 83.

56 CORTEN, 2010, p. 501.

In this vein, Corten argues against any claim for justification of humanitarian intervention doctrine on the basis of the UN Charter. Addressing the same aspects of the legal context, Hersch Lauterpacht defines humanitarian intervention as an act signifying “dictatorial interference of the State,” involving threat or use of force.⁵⁷ Nevertheless, he considers intervention as permissible in legal terms when a state commits atrocities against fundamental human rights.⁵⁸

In this regard, counter-restrictionist scholars take the Preamble to the Charter as well as Articles 1, 13, 55 and 56 as a legal basis for humanitarian intervention.⁵⁹ In other words, the arguments in favour of the legitimacy and/or lawfulness of humanitarian intervention are based on the purpose of the promotion and protection of human rights, which are indicated in the Charter among the purposes of the UN. Both the Preamble and Article 1(3) of the Charter place human rights⁶⁰ as a higher value. The referred paragraphs, in a consecutive order, read as follows:

We the peoples of the United Nations determined [...] to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small [...] have resolved to combine our efforts to accomplish [the stated] aims.

The Purposes of the United Nations are to achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

Article 13 establishes that “the General Assembly shall initiate studies and make

recommendations for the purpose of [...] assisting in the realization of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion.” More importantly, Article 55(c) reads: “the United Nations shall promote [...] universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion. In this vein, Article 56 establishes that “[a]ll Members pledge themselves to take joint or separate action in co-operation with the Organisation for the achievement of the purposes set forth in Article 55.”

In addition to what has been stated in the UN Charter, the 1948 Universal Declaration of Human Rights in Article 28 recognizes for everyone the right “to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized.” Moreover, Article 30 aims to assure that nothing in the content of the Declaration “may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein.” Although these provisions by themselves do not necessarily constitute exceptions to the prohibition of the use of force, they can be interpreted as complementary to what has been established by the Charter regarding respect for human rights.

In this vein, as an exception to the dictates of Article 2(7), proponents of humanitarian intervention argue that human rights standards are not simply matters of domestic jurisdiction of states if states are parties to the related international treaties. It is as a result of these legal bonds that human rights matters need to be considered as part of the international duties of states leading to or allowing “for the supervision and possible sanction of the international community.”⁶¹ For instance, Oppenheim acknowledges that although it might be possible for a state to get around its legal –but not moral– responsibility towards its subjects in certain cases through changing parts of its municipal law, the same is not necessarily true concerning the state’s legal responsibility in so far as its international duties are concerned.⁶²

57 Cited in GARRETT, 1999, p. 4.

58 DUKE, 1994: p. 33.

59 DUKE, 1994: p. 35.

60 There are also references in Security Council resolutions. An example of this can be seen in Annex I of Resolution 1318 (2000) where it is stated that the Security Council “[p]ledges to uphold the Purposes and Principles of the Charter of the United Nations, **reaffirms** its commitment to the principles of sovereign equality, national sovereignty, territorial integrity and political independence of all States, and **underlines** the need for respect for human rights and the rule of law.”

61 GARRETT, 1999, p. 47.

62 OPPENHEIM, L.F. Lawrence, **International Law: a treatise**, Vol. 1 Peace, ed. Hersch Lauterpacht. Longmans, Great Britain, 1955, pp. 336-7.

There is general agreement that, by virtue of its personal and territorial authority, a state can treat its own nationals according to discretion. But a substantial body of opinion and of practice has supported the view that there are limits to that discretion and that when a state commits cruelties against and persecution of its nationals in such a way as to deny their fundamental human rights and to shock the conscience of mankind, the matter ceases to be of sole concern to that state⁶³ and even intervention in the interest of humanity might be legally permissible.⁶⁴

Evaluated from this perspective, RtoP as established by the Outcome Document does not leave much of a leeway for States since it defines sovereignty primarily as responsibility,⁶⁵ in which the international society is to monitor and assist states in keeping up with this duty. In this regard, the protection of the fundamental rights of populations is placed in the international realm rather than the domestic one.

Concerning the principle of non-use of force, Richard B. Lillich argues for "a right of forcible humanitarian intervention"⁶⁶ and makes reference to the argument, also cited by Brownlie, that "Article 2(4) does not constitute an absolute prohibition against all unilateral humanitarian interventions."⁶⁷ On the other hand, Ian Brownlie

argues that the "position taken up by Lillich is completely outside the general consensus of state practice and the opinion of experts of various nationalities,"⁶⁸ and that no such right exists.

As Corten notes, on the basis of the UN Charter one may possibly talk about lawful use of force in relation to humanitarian intervention only under the three circumstances of self-defence, State consent, or Security Council authorisation. He adds that "in all cases where there is genuine use of force, the protection of nationals cannot be considered as a distinctive argument but must be connected up with others such as the consent of the State in question, self-defence or Security Council authorisation."⁶⁹ Nevertheless, self-defence when invoked on the basis of the protection of nationals, in general terms, does not qualify as a humanitarian intervention.⁷⁰

Oppenheim draws attention to the fact that the unilateral character of an intervention tends "to weaken its standing as a lawful practice" since it can be a conduct of abuse by a state.⁷¹ Nonetheless, he adds, such a case is not applicable to collective interventions,⁷² because "the growing involvement of the international community on both a global and a regional basis, with the protection of human rights diminishes any need for states to retain or exercise an individual right of humanitarian intervention."⁷³ In this vein, what is legally contested by default is the existence of

63 For instance, in the case of *Duško Tadi*, "the Appeals Chamber (in considering jurisdictional issues) concluded that article 3 of its Statute, which gave it jurisdiction over 'violations of the laws or customs of war', provided it with jurisdiction 'regardless of whether they occurred within an internal or international armed conflict'" (SHAW, 2005, p. 1070).

64 OPPENHEIM, L.F. Lawrence, *Oppenheim's International Law*, vol. 1 Peace, Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), Longman, Harlow, 1992, p. 442.

65 Sovereignty as responsibility understanding can be summarised as follows: "First, it implies that the state authorities are responsible for the functions of protecting the safety and lives of citizens and promotion of their welfare. Secondly, it suggests that the national political authorities are responsible to the citizens internally and to the international community through the UN. And thirdly, it means that the agents of state are responsible for their actions; that is to say, they are accountable for their acts of commission and omission" (ICISS, 2001a, p. 13).

66 BROWNLIE, Ian, "Humanitarian Intervention," *Law and Civil War in the Modern World*, John Moore (ed.), The Johns Hopkins University Press, Maryland, 1974, p. 218.

67 LILLICH, Richard B., "Humanitarian Intervention: A Reply to Ian Brownlie and Plea for Constructive Alternatives," *Law and*

Civil War in the Modern World, John Moore (ed.), The Johns Hopkins University Press, Maryland, 1974, p. 241.

68 BROWNLIE, 1974, p. 227.

69 CORTEN, 2010, p. 547.

70 An example in this regard is the US intervention in Grenada, where the US failed to receive support from the Security Council although it based its intervention on "an invitation from the Grenadan Governor General to restore order to the island, a request from the Organization of East Caribbean States for collective security action in Grenada, and the need to protect US nationals in Grenada" (Murphy, 1996, p. 109). The intervention was debated in the Security Council and a draft resolution that condemned the US's action failed due to a veto by the US itself (ICISS, 2001b, p. 65). Therefore, in a sense, the Security Council process was hindered by Washington. Nevertheless, the US was not able to prevent the drafting of a General Assembly resolution condemning the intervention as a "flagrant violation of international law" (MURPHY, 1996, p. 111).

71 OPPENHEIM, 1995, p. 443.

72 An example of a UN authorised multilateral intervention is the July 1994 intervention in Haiti.

73 OPPENHEIM, 1995, pp. 443-4.

a right for unilateral intervention. Furthermore, Bruno Simma argues that the availability of Security Council authorisation for a humanitarian intervention that would take place through threat or use of force is of vital importance in order to assess whether this act violates international law or not.⁷⁴ In this vein, Security Council authorisation provides the parties involved with the legal grounds to undertake a lawful military intervention.

The basis for such authorisation may be found in the last part of Article 2(7), where it is stated the principle of non-intervention “shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.” In this vein, a fundamental exception to the dictates of Article 2(4) is Chapter VII of the Charter dealing with “action with respect to threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression.” Despite the fact humanitarian intervention has so far not been legalised, as can be inferred from a review of the literature, international law scholars seem to agree that the UN Security Council is legally capable –but not necessarily morally obliged– to authorize humanitarian interventions given Article 39 of the Charter vesting the power on the Security Council “to determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression, [...] to make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.” If there is a case of gross violation of human rights that constitutes a threat to international peace and security, Brownlie notes, then action can be undertaken within the terms of Chapter VII. “Such action may relate to Articles 40 (provisional measures), 41 (economic sanctions), or 42⁷⁵ (military sanctions).”⁷⁶ Provisions of this Chapter comprise of measures (up to and including use of force) to be adopted in order to ensure international peace and security, specifically

74 SIMMA, Bruno, “NATO, the UN, and the Use of Force: Legal Aspects,” *European Journal of International Law*, Year: 1999, Volume: 10, (p. 4).

75 “Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations.”

76 BROWNLIE, 1974, p. 226.

in cases of “threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression”.

Despite all the disagreements between the restrictionist and counter-restrictionist legal scholars, there is one point of clear consensus, that is, on the basis of the UN Charter the Security Council stands out as the organ with the power to authorize lawful use of force. In this vein, humanitarian interventions, whether unilateral or collective, undertaken without Security Council authorisation have always been contested in terms of legality as scholars have failed to reach a consensus at the theoretical level about the existence of a right to intervene. As Ian Brownlie posits: “a jurist asserting a right of forcible humanitarian intervention has a very heavy burden of proof”.⁷⁷ If such proof exists, it is to be found in state practice. The subsequent brief historical overview of past conducts of humanitarian interventions prior to the introduction of RtoP serves to (1) question the existence of a right to intervene; (2) understand the stance of the international community towards humanitarian interventions, and (3) outline the remaining constraints about the lawfulness of military interventions that needs to be tackled within the RtoP framework.

3. Overview: Practice vs. Theory

The subsequent overview on practices of humanitarian intervention focuses on two main periods: the Cold War-era, and the 1990s. The reason for differentiating between these two periods is to reflect the change in state behaviour as well as the evolution of a sense of moral responsibility within the international community, which paved the way for the construction of RtoP. Among scholars three cases in the Cold War-era, namely those of East Pakistan, Cambodia, and Uganda came to be widely accepted as primary examples of humanitarian intervention. Despite the fact that in these cases the intervening states justified their actions on grounds of self-defence,⁷⁸ and “humanitarian” concerns, when (and if) mentioned, were not claimed to be the main motives for action, the humanitarian results of these unilateral acts constituted the foundations of the contemporary debate on humanitarian intervention from

77 BROWNLIE, 1974, p. 218.

78 ICISS, 2001b, p. 47.

various aspects. On the other hand, “[s]ince 1990 there haven been many precedents of military operations conducted essentially in the context of internal conflicts formally motivated by humanitarian interventions. In this sense, humanitarian intervention has without contest taken on a new dimension compared with the Cold War years.”⁷⁹

Speaking about a right of humanitarian intervention, state practices as well as the debates⁸⁰ within the UN in the period between 1945 and 1990 reveal neither a foundation of nor support for it.⁸¹ The evidence suggests an adherence to the principles of state sovereignty, non-intervention and non-use of force more rigidly than before. The period was characterised by the ideological differences between the two blocks, which frequently resulted with the use of the veto right by one or more of the five permanent members during the Security Council meetings. As a consequence, there were no examples of humanitarian interventions authorised by the Security Council or undertaken by the UN itself during the Cold War.⁸²

In numerous cases of the Cold War the Council was made inoperable by the use of the veto. The end result was a deadlock which was followed by a call –through a General Assembly resolution, based on the authorisation of the Uniting for Peace Resolution, and Article 10⁸³ of the UN Charter– for an immediate withdrawal of all foreign forces, which in nature implicitly addressed

the intervening state itself but none other. A prominent example of this was the Indian intervention in Pakistan, which followed the civil war that erupted in March 1971 in East Pakistan. During the war, the actions of the West Pakistani troops led ten million people to take refuge in India, which in the end caused tension between India and Pakistan. Following its occupation of the province of former East Pakistan, India in a Security Council session presented its main justification as an act of self-defence, and claimed that “the influx of 10 million refugees amounted to ‘refugee aggression’ and represented such an intolerable burden that it constituted a kind of ‘constructive’ attack.”⁸⁴ A minor point of justification raised was the necessity to aid the “Bengali victims of the Pakistani Army’s onslaught.”⁸⁵

In the Security Council meeting, India’s justifications of self-defence and humanitarian action for its use of force against Pakistan found support from the Soviet Union. The United States and China objected to the claimed justifications and “condemned India’s action as ‘an unjustified move that could lead to international anarchy’.”⁸⁶ During the discussions, the United States argued for an “immediate ceasefire” and China repeated its condemnation of India many times, whereas the Soviets asked for a “ceasefire as part of a political settlement.” Later on, the Soviet Union vetoed the Security Council draft resolutions asking for an “immediate ceasefire,” and caused a deadlock.⁸⁷ Upon the pressure of the non-aligned group, the issue was brought before the General Assembly for a discussion, and as a result Resolution 2793 (XXVI) which called for the withdrawal of all military forces was adopted.⁸⁸ Nevertheless, this resolution was a compromise between the superpowers, as it was a decision calling for an immediate ceasefire without a condemnation on India.⁸⁹

A similar situation existed in the 1978 intervention of Vietnam in Cambodia where the UN Security Council was yet again made inoperable

79 CORTEN, 2010, p. 537.

80 For instance, “on the occasion of the armed action by the USA in Lebanon in 1958, Ethiopia stated in the GA [General Assembly]: ‘Ethiopia strongly opposes any introduction or maintenance of troops by one country within the territory of another country under the pretext of national interest, protection of lives of citizens or any other excuse. This is a recognized means of exerting pressure by stronger Powers against smaller ones for extorting advantages. Therefore, it must never be permitted (see GAOR, 3rd Emergency Special Session, 742nd Plenary Meeting, 20 August 1958, para. 75). On the same occasion Poland argued that the protection of nationals abroad constituted an ‘old pretext’ (ibid. 470th plen. meeting, at §84)” (CASSESE, Antonio, *International Law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 368).

81 ICISS, 2001b, 68.

82 MURPHY, 1996, 84.

83 Article 10 establishes that “the General Assembly may discuss any questions or any matters within the scope of the present Charter or relating to the powers and functions of any organs provided for in the present Charter, and, except as provided in Article 12, may make recommendations to the Members of the United Nations or to the Security Council or to both on any such questions or matters.”

84 ICISS, 2001b, pp. 54-55.

85 ICISS, 2001b, pp. 54-55.

86 WHEELER, 2000, pp. 65-6.

87 WHEELER, 2000, p. 68.

88 ICISS, 2001b, pp. 55-6.

89 WHEELER, 2000, p. 70.

through the use of the veto right. From March 1978 to March 1979, human rights abuses in Cambodia were recorded in the resolutions of the UN Commission on Human Rights.⁹⁰ In the ongoing war between Cambodia and Vietnam on the border, “humanitarian” reasons were available for Vietnam to claim as a justification of its acts. However, as in the example of India, the primary reasoning for intervention was presented as the right of “self-defence” against the aggression by the Khmer Rouge regime.⁹¹

The opposition to the Vietnamese intervention came from three different groups. The first was “the USA and its allies, who interpreted Vietnam’s action as a move in the game of cold-war power politics.”⁹² The second was the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), which interpreted the intervention in Cambodia as a sign of the Vietnamese ambition to become a regional hegemon, and the last group was of the neutrals and non-aligneds which considered the Vietnamese intervention as an erosion of “the rule of law in international relations.”⁹³ On the other hand, the Soviets and the eastern block countries sided with Vietnam, and the Soviet Union vetoed the draft resolution asking “for the withdrawal of all foreign (that is, Vietnamese) forces from Cambodia.”⁹⁴

The debate in the General Assembly was crucial in the sense that the question “whether substantial human rights violations could provide a justification for intervention” was raised.⁹⁵

The USA recognized that Vietnam had legitimate security anxieties relating to Cambodian attacks against its citizens in the border areas, but Young argued that ‘border disputes do not grant one nation the right to impose a government on another by military force’. [...] The Carter administration had sought to elevate human rights in the hierarchy of foreign-policy

principles, but, when it came to a choice between upholding the rule of law or permitting an exception in the name of rescuing the Cambodian people, an absolutist interpretation of the rules won out.”⁹⁶

The end result was the same as in the case of India since an immediate withdrawal of Vietnamese forces was called for. Moreover, the new Cambodian government was not recognized and the ousted government remained as the official government by a decision of the General Assembly.⁹⁷

Although the incidents were similar to the ones in the Vietnamese case, in the 1979 Tanzanian intervention in Uganda, the end result was different. In April 1979, President Idi Amin’s government of Uganda was overthrown, and Idi Amin was considered responsible for mass murder of Ugandan people. The course of events reached its peak when the atrocities were made public by the British press, and Britain asked the UN Commission on Human Rights for an international investigation in Uganda concerning human rights violations. There was international condemnation by the heads of governments.⁹⁸ Later on, following Idi Amin’s declaration that he annexed Kagera region Tanzania attacked Uganda.⁹⁹

Like India and Vietnam, Tanzania also claimed the right of “self-defence” for its actions, and stated that “there were two wars being fought: ‘First there are Ugandans fighting to remove the Fascist dictator. Then there are Tanzanians fighting to maintain national security.’”¹⁰⁰ The main difference of the Tanzanian intervention from Indian and Vietnamese interventions was that, there was almost no international reaction to the Tanzanian intervention. Despite the fact that the Soviet Union was a supplier of advisers and arms to Uganda throughout the 1970s up until Amin’s invasion of Kagera region, the Soviets did not intend to support Idi Amin against Tanzania.¹⁰¹ The superpower competition for spreading influence did not stretch to Tanzania as there was another

90 RAMSBOTHAM, Oliver / WOODHOUSE, Tom, “Forcible Self-Help,” **Humanitarian Intervention in Contemporary Conflict: A Reconceptualization**, Polity Press, Cambridge, 1996, p. 55.

91 ICISS, **2001**, p. 58.

92 WHEELER, **2000**, p. 89.

93 WHEELER, **2000**, pp. 89-90.

94 ICISS, **2001b**, 59.

95 ICISS, **2001b**, p. 60.

96 WHEELER, **2000**, p. 91.

97 RAMSBOTHAM / WOODHOUSE, **1996**, p. 55.

98 ICISS, **2001b**, p. 61.

99 ICISS, **2001b**, p. 60.

100 ICISS, **2001b**, p. 60.

101 WHEELER, **2000**, p. 123.

issue at stake between the United States and the Soviet Union: the conflict between Somalia and Ethiopia. Moreover, the Sino-Soviet competition, where “China [was] acting as a patron for Tanzania while the Soviet Union backed Amin,” was not aggravated, first due to non-involvement by the US, second because of “the Soviet Union’s growing embarrassment at Amin’s actions.”¹⁰² Contrary to the outcome of the Vietnamese intervention, the new government in Kampala was recognized by most countries in a short period of time, and there were no condemnations regarding the actions of Tanzania.¹⁰³ Nonetheless, as in the other two cases, the Tanzanian intervention was never authorised by the Security Council.

As Corten observes:

A review of precedents characteristic of the Cold War clearly show that States remain attached to a classical conception by which violations of human rights cannot justify military actions from outside. [...] it was only in the 1990s that States as a whole admitted an extended competence of the Security Council to deal with situations that had formerly been considered as purely internal, including by authorising an outside military intervention.¹⁰⁴

In this context, in the aftermath of the Cold War two fundamental changes of understanding has taken place on the part of the international community: (1) the description of “civil war and internal strife [...] as threats to international peace and security” and the acceptance that these may constitute “the basis for Chapter VII enforcement action”;¹⁰⁵ and (2) the possibility of considering refugee influxes as a threat to international peace and security.¹⁰⁶

In the 1990s, nine cases -namely Liberia,

Northern Iraq, Bosnia-Herzegovina, Rwanda, Haiti, Sierra Leone, Kosovo and East Timor- came to the fore as the main examples of invocation of humanitarian reasons to take action in the period prior to the announcement of RtoP by the International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS). The cases of Bosnia-Herzegovina, Somalia and Rwanda were among the precedents of use of force justified on humanitarian grounds, and undertaken with Security Council authorisation based on Chapter VII.

Concerning the case of Somalia, Security Council Resolution 794 dated 3 December 1992 found that “the magnitude of the human tragedy caused by the conflict in Somalia, further exacerbated by the obstacles being created to the distribution of humanitarian assistance, constitutes a threat to international peace and security.” Likewise in the case of Liberia the Security Council with Resolution 788 (1992) determined that “deterioration of the situation in Liberia constitutes a threat to international peace and security, particularly in West Africa as a whole.” Resolution 929 (1994) of 22 June 1994 on Rwanda determined “that the magnitude of the humanitarian crisis in Rwanda constitutes a threat to peace and security in the region,” and “[a]cting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, authorizes the Member States cooperating with the Secretary-General to conduct the operation referred to in paragraph 2 above using all necessary means to achieve the humanitarian objectives set out in subparagraphs 4 (a) and (b) of resolution 925 (1994). Resolution 940 (1994) of 31 July 1994 on Haiti adopted a similar language and considered the situation “a threat to peace and security in the region.” On the basis of Chapter VII, it authorized

Member States to form a multinational force under unified command and control and, in this framework, to use all necessary means to facilitate the departure from Haiti of the military leadership, consistent with the Governors Island Agreement, the prompt return of the legitimately elected President and the restoration of the legitimate authorities of the Government of Haiti, and to establish

102 WHEELER, 2000, p. 123.

103 WHEELER, 2000, p. 125.

104 CORTEN, 2010, p. 534.

105 “[B]y 1995, the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia summarized that it is the ‘settled practice of the Security Council and the common understanding of the United Nations membership in general’ that a purely internal armed conflict may constitute a ‘threat to the peace’ (ICISS, 2001b, p. 119).

106 Such interpretation has made possible the legitimisation of the safe havens created in the Balkans and Rwanda through Chapter VII (ICISS, 2001b, p. 119).

and maintain a secure and stable environment that will permit implementation of the Governors Island Agreement, on the understanding that the cost of implementing this temporary operation will be borne by the participating Member States.

Similarly, Security Council Resolution 1264 (1999) established “that the present situation in East Timor constitutes a threat to peace and security”, and acted under the mandate of Chapter VII. With this Resolution, the Security Council also authorised “the establishment of a multinational force under a unified command structure, [and authorised] the States participating in the multinational force to take all necessary measures to fulfil this mandate.” In another instance, concerning the case of Bosnia and Herzegovina, in Resolution 1305 (2000), the Council determined “that the situation in the region continues¹⁰⁷ to constitute a threat to international peace and security.”

In the light of these examples it can be argued that in contrast to the Cold War-era, the Security Council assumed a more active role in addressing cases of mass atrocities and did not necessarily refrain from adopting coercive measures. Nevertheless, the international community prioritised the employment of sanctions and international prosecution before resorting to the controversial measure of military intervention.¹⁰⁸

The ICISS notes:

Unlike the earlier cases, in which the rescue of nationals and self-defence were the prominent justifications, the conscience-shocking and truly ‘humanitarian’ elements of the post-1990 cases were explicitly recognized as important justifications for

international action. Instead of single-state military operations, the interventions of the 1990s were also genuinely multilateral.¹⁰⁹

Furthermore, in cases where the interventions were carried out by forces other than that of the UN, it can be observed that certain operations were authorised by the Security Council. For instance, the bombings of the Serbian forces (from 1994 to 1995) by the NATO directed to stop the atrocities in Bosnia-Herzegovina had Security Council authorisation through resolutions such as 770, 776 and 836.¹¹⁰

One major exception to this prevalent trend was the case of Kosovo. Occurring in the aftermath of the international community’s failure¹¹¹ to take effective action in Rwanda where the death toll was around 800,000 due to the “systematic slaughter of men, women and children which took place over the course of about 100 days between April and July of 1994”¹¹², the Kosovo case constituted a fundamental test of morality. Despite the fact that the Security Council in its Resolutions 1199 (23 September 1998) and 1203 (24 October 1998) described the situation in Kosovo as a “threat to peace and security in the region,” and indicated that it is acting under Chapter VII, the NATO action was never authorized by the Council. Thus, in the absence of a Security Council authorisation and/or state consent, NATO’s coercive action against the Federal Republic of Yugoslavia (specifically Serbia and Montenegro) undertaken collectively upon the decision of 19 states, became an example of an illegal intervention.¹¹³

109 ICISS, **2001b**, p. 117.

110 CORTEN, **2010**, p. 539.

111 “The failure by the United Nations to prevent, and subsequently, to stop the genocide in Rwanda was a failure by the United Nations system as a whole. The fundamental failure was the lack of resources and political commitment devoted to developments in Rwanda and to the United Nations presence there” (UN Document S/1999/1257 (December 15, 1999), 3).

112 Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict. *Preventing Deadly Conflict-Final Report; Report of the Independent Inquiry into the Actions of the United Nations during the 1994 Genocide in Rwanda*, UN Document S/1999/1257 (December 15, 1999), p. 3.

113 “Legal authorities, ranging from Professor Brownlie, the sternest critic of the legality of NATO action, to Professor Greenwood, the firmest supporter of legality, agree that the provisions of the UN Charter were thus not complied with” (House of Commons, Foreign Affairs Committee, *Fourth Report*, Session 1999-2000, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm199900/cm->

107 Similar statements are present in Security Council resolutions adopted after the embracement of RtoP through paragraphs 138 and 139 of the Outcome Document, some of which are the following: Resolution 1865 (2009) concerning Côte d’Ivoire, adopted by the Security Council at its 6076th meeting, on 27 January 2009; Resolution 1854 (2008) concerning the case of Liberia, adopted by the Security Council at its 6051st meeting, on 19 December 2008; Resolution 1771 (2007) concerning the situation in the Democratic Republic of Congo, adopted by the Security Council at its 5730th meeting, on 10 August 2007.

108 “The 1990s have been labelled the “sanctions decade” because the Security Council imposed 12 sanctions regimes, several times more than in the previous 40 years combined. As well as being used more frequently, sanctions were also applied more widely, including against nonstate actors in Angola and Cambodia” (ICISS, **2001b**, p. 118).

The ICISS notes:

NATO's intervention in Kosovo in 1999 brought the controversy to its most intense head. Security Council members were divided; the legal justification for military action without new Security Council authority was asserted but largely unargued; the moral or humanitarian justification for the action, which on the face of it was much stronger, was clouded by allegations that the intervention generated more carnage than it averted; and there were many criticisms of the way in which the NATO allies conducted the operation.¹¹⁴

This brought into question also the legitimacy of the intervention, which could be argued on the basis of the humanitarian objective of the intervening states, nevertheless was put to risk due to the way of conduct. Although the intervening states argued for the legality¹¹⁵ of their action, not all the members of the international community were of the same opinion. By mid-1998 China and Russia had already signalled that they would veto any Security Council authorisation under Chapter VII. In the aftermath

select/cmffaff/28/2802.htm, accessed August 20, 2012). Likewise, Bruno Simma (1999) and Antonio Cassese (1999) are among the scholars who argue that "NATO's action falls outside the scope of the United Nations Charter and, by that token, is illegal under international law" (CASSESE, Antonio, "*Ex iniuria ius oritur*: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?" **European Journal of International Law**, Year: 1999, Volume: 10, (p. 23).

114 ICISS, **2001a**, p. vii.

115 Regarding UK's response, "the Government's position on the legality of *Operation Allied Force* was ... clearly set out by the then Defence Secretary on 25 March 1999. He told the House that the Government was 'in no doubt that NATO is acting within international law' and that 'the use of force...can be justified as an exceptional measure in support of purposes laid down by the UN Secretary, but without the Council's express authorisation, where that is the only means to avert an immediate and overwhelming humanitarian catastrophe.'" (HOUSE OF COMMONS, **Fourth Report**, 1999-2000). "The Netherlands evoked a right of intervention to prevent 'genocide' or 'to avert large-scale and massive violation of basic human rights in the framework of a humanitarian emergency situation.' Germany declared over the need to secure authorization that 'derogation from this principle could only be exceptional: to prevent humanitarian catastrophes and grave violations of human rights, when an immediate intervention is absolutely necessary for humanitarian reasons.' Belgium argued in the International Court of Justice for a 'right of humanitarian interference'." (CORTEN, **2010**, p. 542).

of the operation, Russia proposed a draft resolution for the condemnation of NATO's forceful action, but this was turned down by twelve votes to three.¹¹⁶

Taking into consideration the veto issue, and the fact that the intervention was carried out without Security Council authorisation, it is possible to trace certain similarities between the Kosovo case and those of the Cold War period. Nevertheless, the claimed humanitarian justifications for undertaking action instead of invocation of self-defence (as it was the case in the Cold War) and the conduct of the intervention in a consistent manner with the claimed reasons constitute a genuine case for the assumption of a moral responsibility as well as the prioritisation of human rights matters over legality and legitimacy concerns. At the heat of political rivalries, throughout the Cold War, the Security Council was neither able to authorise nor to condemn the use of force by States. This, from a political point of view, reveals the politicised nature of the relationship and is classically interpreted as prevalence of interests over moral concerns. Thus, it is not possible to claim that importance was genuinely placed on humanitarian norms.

Unlike the previous decades, the 1990s were characterised in general by collective humanitarian interventions based on Security Council resolutions that invoked action under Chapter VII. This was an era where inaction (as in the case of Rwanda) was criticised severely. The controversial case of Kosovo while reignited the debates on the lawfulness of forceful action without Security Council authorisation UN, once again led practitioners and researchers to question the legitimate bases for action in the name of halting mass atrocities. In the meanwhile, the humanitarian situations that arose in the 1990s reaffirmed a sense of moral duty, which later on was translated into language of RtoP. In this vein, the ICISS suggested the political understanding that states need to protect their populations, and that when they are unable or unwilling to do so, the international community has a responsibility to take up such duty.¹¹⁷

116 HOUSE OF COMMONS, **1999-2000**.

117 ICISS, **2001a**, p. xi.

4. Conclusion

From a legal point of view, in the light of the cases mentioned, it can be argued that there is no solid proof to support the arguments in favour of the existence of a (unilateral) right to intervene. In the Cold War-era there is no assertive evidence of states undertaking action based on motivations of humanitarian concerns. Yet, one can talk about an increasing importance of human rights within the international community as through the conventions, resolutions and declarations it adopted the UN has assumed the mission of law-making for the purpose of protecting human rights while trying to avoid interference in states' domestic affairs. That is to say, there was an increasing consciousness regarding human rights alongside adherence to fundamental principles of international law in the international conduct.

Nicholas J. Wheeler asserts that norms have clearly changed since the debates in the UN over India's, Vietnam's and Tanzania's use of force in the 1970s, and Kofi Annan is right to believe that there is a "developing international norm" in support of intervention. However, this normative change is subject to the very important caveat that the society of states shows little or no enthusiasm for legitimating acts of humanitarian intervention not authorized by the Security Council.¹¹⁸

In this vein, the lack of a specific legal norm outlawing or enabling humanitarian intervention in clear terms brings to the fore the legitimacy and lawfulness issues while leaving scholars with several unanswered questions such as: what should legally be done when humanitarian atrocities occur and when peoples are being deprived of their fundamental human rights on a massive scale; should any state or regional/international actor be permitted to undertake an intervention for humanitarian reasons, (i.e. for the purpose of stopping mass atrocities); and, standing on the thin line between lawfulness and legitimacy, who is to authorise such use of force and on which grounds?

By the 2000s, under the changing political circumstances (but continuing scepticism), it no longer was possible to address these questions

through the traditional arguments in favour of humanitarian intervention. Thus, based on the lessons drawn from the cases of 1990s, and the recognition of the need to take action (through non-coercive and if necessary coercive measures) against grave violations of human rights, by the end of 2001 the ICISS introduced an alternative approach, aiming to shift the focus from a right to intervene to a responsibility to protect. Twelve years after its introduction, it yet remains a question whether the international community will transform RtoP into a legal norm and legalise the use of force on humanitarian grounds. Nevertheless, as also established within the RtoP framework, at the current state of affairs the only unchallenged authority for deciding on a lawful humanitarian military intervention remains to be the UN Security Council, and the international community seems determined to keep it as such.

REFERENCES

- AQUINAS, Thomas. **Summa Theologica**, II-II, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- AUGUSTINE, Saint. "City of God", Vol. VI, **Book xix**, translated by W. C. Greene. William Heinemann Ltd., Great Britain, 1969.
- BERNHARDT, Rudolf (ed.). **Encyclopaedia of Public International Law**, vols. II-III, North-Holland, Amsterdam, 1992.
- BROWNLIE, Ian. "Humanitarian Intervention," **Law and Civil War in the Modern World**, John Moore (ed.), The Johns Hopkins University Press, Maryland, 1974, pp. 217-228.
- Carnegie Commission on Preventing Deadly Conflict. **Preventing Deadly Conflict - Final Report; Report of the Independent Inquiry into the Actions of the United Nations during the 1994 Genocide in Rwanda**, UN Document S/1999/1257, December 15, 1999.
- CASSESE, Antonio. "Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?" **European Journal of International Law**, 10 (1999): pp. 23-30.
- CASSESE, Antonio. **International Law**, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- CHESTERMAN, Simon. **Just War or Just Peace: Humanitarian Intervention and International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2001.

¹¹⁸ Wheeler, 2000, p. 286.

- CORTEN, Olivier. **The Law Against War: The Prohibition of Use of Force in Contemporary International Law**, Hart Publishing, Oxford, 2010.
- DUKE, Simon. "The State and Human Rights: Sovereignty versus Humanitarian Intervention," **International Relations**, 12 (1994): pp. 25-48.
- FABRI, Hélène Ruiz. "Human Rights and State Sovereignty," **Human Rights, Intervention, and the Use of Force**. Philip Alston and Euan MacDonald (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 33-42.
- FONTEYNE, Jean-Pierre L. "The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: Its Current Validity under the U.N. Charter," **California Western International Law Journal**, 4 (1973-1974): pp. 203-270.
- GARRETT, Stephen A. **Doing Good and Doing Well: an examination of humanitarian intervention**, Praeger Publishers, Westport, 1999.
- General Assembly, **Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations**, 6th Committee, 25th session, 2625 (XXV), 24 October 1970, pp. 122-3. Retrieved from <http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>, accessed September 12, 2011.
- General Assembly. A/RES/2131 (XX), **Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty**, 21 December 1965, <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/218/94/IMG/NRO21894.pdf?OpenElement>, accessed February 08, 2013.
- GRIFFITHS, Martin, and Terry O'Callaghan. **International Relations: The Key Concepts**, Routledge, New York, 2002, pp. 145-8.
- GROTIUS, Hugo. **Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis): Seçmeler**, translated by Seha L. Meray. Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1967.
- House of Commons, Foreign Affairs Committee, **Fourth Report**, Session 1999-2000, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm199900/cmselect/cmfaff/28/2802.htm>, accessed August 20, 2011.
- International Commission on Intervention and State Sovereignty. **The Responsibility to Protect: The Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty**, International Development Research Center, Ottawa, 2001.
- International Commission on Intervention and State Sovereignty. **The Responsibility to Protect: Research, Bibliography, Background**, International Development Research Center, Ottawa, 2001.
- International Court of Justice. "Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua" (Nicaragua v. United States of America), **Summary of the Judgement of the Court**, 27 June 1986, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6505.pdf>, accessed January 29, 2009.
- KNUDSEN, Tonny Brems. "The History of Humanitarian Intervention. The Rule or the Exception?" Paper for the **50th ISA Annual Convention**, New York, February 15-18, 2009.
- KUSANO, Hiroki. "Humanitarian Intervention: the interplay of norms and politics," **International Intervention in the Post-Cold War World: moral responsibility and power politics**, Michael C. Davis, Wolfgang Dietrich, and Bettina Scholdan (eds.), 2003.
- LAUTERPACHT, Hersch. "The Grotian Tradition in International Law," **British Yearbook of International Law**, 23 (1946): pp. 1-53.
- LILLICH, Richard B. "Humanitarian Intervention: A Reply to Ian Brownlie and Plea for Constructive Alternatives," **Law and Civil War in the Modern World**. John Moore (ed.), The Johns Hopkins University Press, Maryland, 1974), pp. 229-251.
- MERON, Theodor. "Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez," **American Journal of International Law**, 85(1) (January 1991): pp. 110-116.
- MILL, John Stuart. "A Few Words on Non-Intervention," **Foreign Policy Perspectives**, 8 (1859): pp. 1-6.
- MURPHY, Sean D. **Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order**, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1996.
- NARDIN, Terry, Melissa S. Williams (eds.). **Humanitarian Intervention**, New York University Press, New York, 2006.
- OPPENHEIM, L.F. Lawrence. **International Law: a treatise**, Vol. 1 Peace, Lauterpacht (ed.), Longmans, Great Britain, 1955.
- OPPENHEIM, L.F. Lawrence. **Oppenheim's International Law**, vol. 1 Peace, Sir Robert Jennings, and Sir Arthur Watts (eds.), Longman, Harlow, 1992.
- PROCTER, Paul (ed.). **Cambridge International Dictionary of English**, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- RAMSBOTHAM, Oliver, and Tom Woodhouse. **Humanitarian Intervention in Contemporary Conflict: A Reconceptualization**, Polity Press, Oxford, 1996.
- REISS, H.S. (ed.) "Perpetual Peace," **Kant: Political Writings**, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 93-130.
- ROBERTSON, David. **A Dictionary of Human Rights**, Second Edition, Europa Publications, London, 2004.
- SCHMITT, Carl. **The Concept of the Political**, The University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- SHAW, Malcolm N. **International Law**, Fifth Edition,

Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

SIMMA, Bruno. "NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects", **The European Journal of International Law**, 10(1) (1999): pp. 1-22.

WHEELER, Nicholas J. **Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society**, Oxford University Press, Great Britain, 2000.

Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Politika Yaklaşımı Çerçevesinde Türkiye'de Belediyelerin Hukuksal ve Siyasal Durumları¹

Araştırma

Ahu SUMBAS*

*Dr., Mustafa Kemal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü
(Dr., Mustafa Kemal University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Public Administration)
(E-posta: ahusumbas@yahoo.com)

ÖZET

Türkiye'de yerel yönetim sisteminin önemli bir parçası olan belediyeler, yerel halkı ilgilendiren önemli yerel hizmetlerin ve sorumlulukların başlıca taşıyıcılarıdır. Toplumsal cinsiyet rolleri ve ilişkileri dolayısıyla ağırlıklı olarak da kadınların, belediyelerin sorumluluğunda olan yerel hizmet ve sorumlulukların temel öznelere birisi olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle sadece ulusal mekanizma ve politikaların değil; yerel yönetimlerin, özellikle belediyelerin de yetki ve sorumlulukları belirlenirken toplumsal cinsiyete duyarlı politika önceliği göz önüne alınmalıdır. Bu düşünceden yola çıkan bu çalışma, Türkiye'de 2000'li yıllardan sonra politika gündemine giren bu bakış açısının, hukuksal ve siyasal düzenlemelerdeki yansımalarını incelemeyi amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda izlenen yöntem, toplumsal cinsiyete duyarlı politika üretme ve uygulamada yerel yönetimlere ve belediyelere yüklenen sorumluluklar ve yetkilerin neler olduğunu KSGM Eylem Planları, 2006 tarihli 17 Sayılı Başbakanlık Genelgesi ve 2005 tarihli 5393 Sayılı Belediye Kanunu çerçevesinde incelemektir. Bu değerlendirmeler çerçevesinde Türkiye'de belediyelerin toplumsal cinsiyete duyarlı politikalar üretmede hukuksal ve siyasal sorumlulukları ve yetkileri ortaya konmaya ve var olan eksiklikler açığa çıkarılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Belediye, Yerel Yönetimler, Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Politika, 2005 tarihli 5393 Sayılı Belediye Kanunu, KSGM Eylem Planları, 2006 tarihli 17 sayılı Başbakanlık Genelgesi.

ABSTRACT

LEGAL AND POLITICAL STATUS OF MUNICIPALITIES IN TURKEY IN THE FRAMEWORK OF GENDER SENSITIVE POLICY APPROACH

Municipalities, as one of the important components of local government system in Turkey, are the main carrier of significant local responsibilities and services. It is argued that the gendered roles and relations make women the main subjects of local facilities and politics; therefore it is claimed that not only national mechanisms and politics but also local government, particularly municipalities and their services should be

1 Bu çalışmanın oluşmasında katkıları dolayısıyla Doç. Dr. Berrin Koyuncu Lorasdağına teşekkürü bir borç bilirim.

designed from gender sensitive perspective. This article aimed to examine the reflections of gender sensitive policy priorities over political and legal regulations in Turkey which have been holding a place in Turkish political agenda since 2000s. In this study, the legal and political responsibilities and obligations of local governments and municipalities in implementing gender sensitive policies at local level have been analyzed in the framework of KSGM National Plans, Prime Ministry's Circular 2006 tarihli 17 sayılı and Turkish Municipality Code 2005/5393. In this vein, the study reveals the legal and political responsibilities of municipalities and the existing lacks in the regulations to provide gender sensitive local policies..

Keywords

Municipality, Local Governments, Gender-sensitive policy, Prime Ministry's Circular 2006 tarihli 17 sayılı, Turkish Municipality Code 2005/5393, KSGM National Plans.

GİRİŞ

Yerel yönetimler, özelinde seçimlerin öznesi olan belediyeler, halka yakınlık ve hizmet tanımları nedeniyle, toplumsal cinsiyete duyarlı politika geliştirme ve hizmet götürme konusunda kritik öneme sahiptir. Toplumsal cinsiyete duyarlı yaklaşımların benimsenmesini ele alan akademik tartışmaların çoğunda da yerel yönetimlerin ve belediyelerin bu konudaki potansiyellerine ve sorumluluk alanlarına değinildiği görülmektedir². Benzer şekilde Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği ve uluslararası feminist grupların dahil olduğu pek çok uluslararası örgüt, belge ve düzenleme de toplumsal cinsiyet gereksinimlerini karşılama ve toplumsal cinsiyet eşitliği duyarlılığını geliştirmede, yerel yönetimlerin ve belediyelerin bu kritik rolüne vurgu yapmaktadır. Günümüzde gerek kadın erkek eşitliğinin uygulamaya yansıtılmasında, gerekse sorun alanlarına yönelik çözüm önerileri geliştirilebilmesinde devletlerin de belli sorumluluklara sahip olduğu her geçen gün kabul görmektedir.

Türkiye açısından özellikle 2000'li yıllardan sonraki siyasal ve hukuksal gelişmeler ilgi çekicidir. Türkiye'deki yeni düzenlemeler, yerel yönetimlere ve belediyelere toplumsal cinsiyete duyarlı politika yaklaşımı konusunda sosyal, politik, ekonomik ve hukuksal sorumluluklar yüklemekte ve yetkiler

vermektedir. Bu nedenle Türkiye'de, özellikle hizmet, temsil ve katılım işlevleriyle donatılmış olan belediyelerin, bu üçlü işlevini yerine getirirken bu yaklaşımı benimsemesi beklenmektedir. Ancak bu konuda standart bir politika ve kurallar bütünlüğü sunan; uygulayıcı ve denetleyici mekanizmaları oluşturan bütünlüklü bir yasa ya da düzenleme henüz yoktur. Ayrıca bunların siyasiler ve yerel yönetimler tarafından henüz yeterince anlaşılması ve yerine getirilmediği de görülmektedir. Bu nedenle öncelikli olarak Türkiye'de yerel yönetimlerin³, özelinde belediyelerin, bu konuları gerçekleştirmedeki işlevlerinin, sorumluluklarının ve yetkilerinin ortaya konmasının gerekli olduğu görülmektedir.

Bu çerçevede bu çalışmanın amacı da Türkiye'de belediyelerin toplumsal cinsiyete duyarlı politika ve hizmet sunmasını hedefleyen, sağlayan ve destekleyen yasal ve siyasal düzenlemeleri ele almak ve bu konuya dair bütüncül bir resim çizebilmektir. Bu bağlamda yerel açıdan devletin toplumsal cinsiyete duyarlı yönetim ve toplumsal cinsiyet eşitliği yolunda almış

2 ALKAN, Ayten, **Yerel Yönetimler ve Cinsiyet: Kadınların Kentte Görünmez Varlığı**, Dipnot Yayınevi, Ankara, 2005; EVERTZEN, Annette, **Gender and Local Governance**, Netherlands Development Organisation, Hollanda, 2001; CLARKE, Susan, E./ STAEHLI, Lynn, A./ BRUNELL, Laura, "Women Redefining Local Politics", **The Theories of Urban Politics**, (der. D. Judge, G. Stoker ve H. Wolman), Sage Publications, Thousand Oaks, California, 1995, (s. 205-227).

3 "T.C. Anayasa'sının 127. maddesinde "yerel yönetimler (mahalli idareler); il, belediye veya köy halkının, yerel (mahalli) ortak gereksinimlerini karşılamak üzere, kuruluş esasları yasayla belirtilen ve karar organları, gene yasada gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri olarak tanımlanır". Yerel yönetimler, belirlenen yasalar çerçevesinde, yerel kamu işlerinin bir bölümünü ve yerel hizmetleri, yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetmeden sorumlu olan kuruluşlardır. Türk yönetim yapısında, yerel yönetim kuruluşları il özel yönetimleri, belediye yönetimleri, köy yönetimleri olarak üçe ayrılmaktadır. (GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Türkiye'nin Yönetim Yapısı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 177). Bu çalışmada, yerel yönetimlerin demokratik seçimlerle seçilen siyasi kanadını temsil eden belediyeler ele alınmaktadır. Bu açıdan yerel yönetimler, genelde belediye yönetimini ifade edecek şekilde kullanılmaktadır.

olduğu yol değerlendirilip bu konudaki eksiklikler ortaya çıkarılabilecektir. Gündelik yaşama ait yerel hizmet ve yetki alanları genelde belediye örgütlenmelerine atfedilmiş olduğundan araştırmanın konusu yerel yönetimler içinde belediyelerin yetki ve sorumlulukları bağlamında kısıtlanmıştır. Yerel yönetimlerde toplumsal cinsiyet eşitliği ve toplumsal cinsiyete duyarlı politika anlayışı, Türkiye’de devletin ilgi alanına ağırlıklı olarak 2000’li yıllar sonrasında girmiş olduğundan bu dönemdeki yasal ve siyasal düzenlemeleri içeren belgeler araştırmanın kapsamı içine alınmıştır. Tüm bunlar çerçevesinde çalışmada genel olarak, kadınların statüsünü güçlendirmeyi amaçlayan sorumlu kurum olarak kabul edilmiş Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (KSGM)’nün⁴ Eylem Planları, 2006 tarihli 17 sayılı Başbakanlık Genelgesi ve 2005 tarihli 5393 sayılı Belediyeler Kanunu çerçevesinde belediyelerin toplumsal cinsiyet gereksinimlerini karşılama ve toplumsal cinsiyet eşitliğini geliştirmedeki sorumluluk ve yetkileri anlaşılmasına ve açıklanmaya çalışılmaktadır. “6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” ve “Mayıs 2011 tarihli Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”nde devlete ve siyasal aktörlere belli görevler verilmekle birlikte somut olarak yerel yönetimler ve belediyeler herhangi bir sorumluluklarla donatılmadığından bu tür belgeler, bu çalışmanın kapsamına dahil edilmemektedir.

Çalışma giriş ve sonuç dışında dört ana başlıktan oluşmaktadır. İlk başlıkta toplumsal cinsiyete duyarlı politika yaklaşımı ele alınmış; bu yaklaşımın yerel yönetimlerde benimsenmesinin önemi ve Türkiye’de buna yönelik temel düzenlemelerin gerekliliği ve durumu ortaya konmuştur. Ardından çalışmanın temel kapsamı olan belirlenmiş Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (KSGM)’nün Eylem Planları, 2005 tarihli 5393 Sayılı Belediyeler Kanunu ve 2006 tarihli 17 sayılı Başbakanlık Genelgesi ayrı başlıklar olarak ele alınmıştır. Bu belge ve düzelmelerde, belediyelere toplumsal cinsiyete duyarlı politika gerçekleştirmede yüklenen siyasal ve hukuksal sorumluluklar anlaşılmasına

çalışılmıştır. Ayrıca bu düzenlemelerin artıları ve eksikleri ele alınarak belediyelerde toplumsal cinsiyete duyarlı hizmetlerin çeşitlenmesi için yapılabilecekler ortaya konmaya çalışılmıştır. Çalışma, bu tartışmalar ışığında Türkiye’de belediyelerde toplumsal cinsiyete duyarlı yaklaşım için gereken hukuksal ve siyasal gelişmelerin önemini ele alan bir sonuçla bitirilmiştir.

TOPLUMSAL CİNSİYETE DUYARLI POLİTİKA YAKLAŞIMI VE YEREL YÖNETİM

Dünya genelinde var olan cinsiyet rejimi, eril değerlere ve hegemonyaya göre dizayn edilmiştir; dolayısıyla kadınlar ve eşcinseller pek çok alanda, bu iktidarın yarattığı eşitsizliklerden mağdur olmaktadır. Toplumsal ve siyasal bu yapı nedeniyle cinsiyetler arasında oluşan farklılıklar ve eşitsizlikler, bunların gereksinimlerinin ve taleplerinin de farklılaşmasına sebep olmaktadır. Toplumsal cinsiyete duyarlı politika, bu farklılıkları göz önüne alarak, bu farklılıkların ve çıkarların neden olduğu gereksinimlere duyarlı ve uzun vadede cinsler arası eşitsizlikleri ortadan kaldırmayı amaçlayan politikalar üretmeyi amaçlayan bir bakış açısını ifade etmektedir. Bu yaklaşım, öncelikle cinsiyetler arasındaki eşitsizliklerden kaynaklanan yasal, siyasal, sosyal ve ekonomik sorunları çözmek üzerine kurulmaktadır. Bu doğrultuda, bu eşitsizlik ilişkisinde mağdurlardan biri olarak kadınların, önce bu mağduriyet ilişkisinden kaynaklanan gereksinimlerini çözmek, sonra da bu kadınların durumunu güçlendirmek amaçlanmaktadır. Toplumsal cinsiyete duyarlı politika, nihai olarak da eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için gereken adımların atılmasını hedefleyen ve bu eşitsizlikten kaynaklanan farklı çıkarları göz önünde bulunduran politika anlayışıdır.

Molyneux’a⁵ göre kadınların, farklı sosyalizasyon süreçlerindeki toplumsal cinsiyet rol davranışları doğrultusunda gelişmiş, erkeklerden farklılaşmış; sınıf, etnisite gibi diğer değişkenlerden bağımsız homojen bir “kadın çıkarı” vardır. Ancak bu kadın çıkarı, pratik toplumsal cinsiyet çıkarları ve stratejik toplumsal cinsiyet çıkarları olarak ikiye ayrılmaktadır⁶. Bu çıkarlar ve bunlara bağlı

4 Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü daha önce bağımsız bir kurumken T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın 29 Haziran 2011 yılında kurulmasıyla bu bakanlığa bağlı bir müdürlük haline getirilmiştir.

5 MOLYNEUX, Maxine, “Mobilization without Emancipation? Women’s Interests, the State, and Revolution in Nicaragua”, *Feminist Studies*, 11 (2), 1985, 200 (s. 227-254).

6 MOLYNEUX, 1985.

gereksinimler, bulunulan sosyo-politik ve kültürel bağlam içinde oluşmaktadır. Toplumsal cinsiyet rolleri ve bu rollerin yarattığı eşitsizlikler nedeniyle kadınların temizlik, çocuk bakımı, ulaşım gibi gündelik hayatlarındaki gereksinimleri, pratik toplumsal cinsiyet gereksinimleri olarak tanımlanabilmektedir. Toplumsal cinsiyet rolleri temelindeki iş bölümüne bağlı olarak oluşmuş; kadınların var olan durumundan kaynaklanan ve genellikle acil çözüm gerektiren kadın çıkarlarıdır. Bu gereksinimler, kadınların özgürleşmesi ve cinsiyet eşitliği benzeri stratejik amaçları barındırmamaktadır.

Geleneksel cinsiyet rollerini dönüştürerek kadınların birey olarak güçlenmelerini ve öz güven edinmelerini, cinsiyetçi iş bölümünü ve kurumsallaşmış cinsiyet ayrımcılıklarının ortadan kaldırılmasını amaçlayan politikalar ise stratejik toplumsal cinsiyet gereksinimleridir. Stratejik toplumsal cinsiyet çıkarları/gereksinimleri, temelde cinsiyet eşitsizliklerini ortadan kaldırmaya yöneliktir ve "gerçek kadın çıkarları" olarak tanımlanmaktadır⁷. Bu nedenle stratejik toplumsal cinsiyet gereksinimlerinin, pratik toplumsal cinsiyet gereksinimlerine göre daha uzun süreli siyasal girdi ve çıktılarını üretmeleri beklenmektedir. Ayrıca daha çok dirençle karşılaşma olasılıkları da yüksektir. Toplumsal cinsiyete duyarlı politika anlayışında bu ayrım göz önünde bulundurularak çeşitli politikalar geliştirilmesi gereklidir. Bu çerçevede hem toplumsal cinsiyet rollerinden kaynaklanan sorunlara acil çözümler yaratılması hem de bu tür eşitsizliklerden kaynaklanan sorunların ortadan kaldırılması hedeflenmelidir⁸.

Toplumsal cinsiyete duyarlı yaklaşımlar her türlü düzey ve politika alanında yer edinmelidir; ancak yerel siyaset ve yönetimler, dinamikliği ve yapısı nedeniyle daha da öne çıkarılmalıdır. Öyle ki küreselleşme ve modernleşmenin siyasal, toplumsal ve ekonomik alanda yarattığı yeni yaşam algısı, yerelin hayatımızdaki etkilerini değiştirmekte ve arttırmaktadır⁹. Özellikle modern hayat deneyimlerinin getirdiği, geçmişe göre lüks görünen hizmetler -ulaşım, yol, sosyal yardım, eğitim, çevre düzenlemesi benzeri -, artık hayatımızda

vazgeçilmez hale gelmektedir. Bu temel yaşam standartları algısındaki değişim, kaçınılmaz olarak bu ihtiyaçları karşılamakla yükümlü görülen yerel yönetimlerin önemini arttırmakta ve yeni yerel kurumsal düzenlenmelerin ihtiyacını doğurmaktadır. Bu düzenlemeler içinde ele alınması gereken önemli bir unsurda da kadınlardır; çünkü toplumsal cinsiyet rollerinin yarattığı eşitsizlikler veya ilişkiler dolayısıyla özellikle kadınların yerelle olan ilişkisi sorunlu ve kritik olabilmektedir. Bu çerçevede yerel yönetim ve hizmetlerin, toplumsal cinsiyete duyarlı yaklaşım temelinde örgütlenmesi önemli ve gerekli hale gelmektedir.

Bahsedilen gerekliliğin nedenleri oldukça çeşitlidir. Yerel yönetimler, halka/vatandaşa daha yakın örgütlenmelerdir. Bu nedenle kadınların gündelik yaşamlarını kolaylaştıracak ve sorunlarını çözebilecek yerel politikaların işlevselliğini arttıran çeşitli avantajlar sunabileceklerine inanılmaktadır. Ayrıca yerel yönetimler, özellikle sunduğu hizmetler ve sahip olduğu olanaklar açısından, kadınların sosyal, ekonomik ve siyasal yaşamda daha etkin olmasını sağlayabilecek bir potansiyeli barındırmaktadır. Türkiye'deki kültürel pratikler ve ilişkiler açısından genelde özel alanın bir uzantısı olarak düşünülen mahalle ve sokaklar - kadınların evinin önü, çocukların oynadığı sokak, park, mahalle pazarı benzeri- toplumsal cinsiyet rolleri gereği, kadınların erkeklere göre daha çok vakit geçirdikleri ve etkileşim içinde oldukları yaşam alanlarıdır. Ayrıca bu toplumsal cinsiyet rolleri ve sorumlulukları gereği çamaşır, temizlik, ev işleri, çocuk bakımı gibi pek çok görev, kadınların omuzlarına yüklenmektedir. Örneğin belediyede su problemi oluştuğunda evin temizliğinden sorumlu tutulan bir kadın zorluk çekmektedir. Bu nedenle içme suyu dağıtımı, çöplerin toplanması, sokak ve kentin temizlenmesi, çocuk oyun parkları, kanalizasyon, iyi bir imar düzeni, aydınlatma benzeri yerel yönetimlerin yetkisinde olan hizmetler, içerikleri ve sonuçları bağlamında toplumsal cinsiyete duyarlı olarak gözden geçirilmesi beklenen ve bu yolla işlevselliklerinin artacağı inanılan yerel sorumluluklardır¹⁰. Başarılı bir yerel yönetimde, kadınların etkin, adil ve eşit şekilde yerel hizmetlere ulaşması ve muamele görmesi önemlidir. Bunun için de siyasa yapma, uygulama ve yönetme sürecinde toplumsal cinsiyete duyarlı politikaların

7 ALKAN, 2005, s. 62; MOLYNEUX, 1985, s. 232.

8 Bu çalışmada, bu farklılıklar da göz önünde tutularak belediyelere ne tür sorumluluk ve yetkiler verildiğinin anlaşılmasına çalışılmıştır.

9 CLARKE, STAEHELİ, BRUNELL, 1995, s. 205.

10 ALKAN, 2005.

sürdürülmesi ve sistemin bu açıdan düzenlenmesi gereklidir¹¹. Nitekim araştırmacılar, feministler, aktivistler ve bu konuda duyarlı birçok siyasetçi ve hukukçu, özellikle yerel yönetimlerde kadınların aktif hale getirilmesi gerektiğini ve yerel yönetimlerin hizmet politikalarının kadın merkezli ve toplumsal cinsiyete duyarlı yaklaşımla düzenlenmesi gerekliliğini savunmaktadır.

Benzer şekilde Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği başta olmak üzere uluslararası toplum da hem ulusal hem yerel mekanizma ve politikalarda toplumsal cinsiyet kimliklerine duyarlı bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹². Nitekim toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlama ve güvence altına alma konusunda, 1990'lardan sonra devletlerin pozitif ödevlerle donatıldığına dair uluslararası bir kabul oluşmuştur. Devletlerin, tüm ulusal ve yerel kurumlarıyla bu anlayışı benimsemesi istenmektedir¹³. Yeterli olmamakla birlikte Türkiye'de de bu konuda hem yasal hem siyasal alanda belli adımların atıldığı görülmektedir¹⁴. Nitekim 2011 tarihli 633 sayılı Aile ve Sosyal

Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (ç) bendinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının görevleri, "kadınlara karşı ayrımcılığı önlemek, kadının insan haklarını korumak ve geliştirmek, kadınların toplumsal hayatın tüm alanlarında hak, fırsat ve imkanlardan eşit biçimde yararlanmalarını sağlamak üzere; ulusal politika ve stratejilerin belirlenmesini koordine etmek, kadınlara yönelik sosyal hizmet ve yardım faaliyetlerini yürütmek, bu alanda ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gönüllü kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak" olarak tanımlanmaktadır.

Türkiye'nin imzalamış olduğu "Avrupa Yerel Yönetimler Özerlik Şartı"nda, yerel yönetimler kavramı açıklanırken yerel yönetimlerin temel üç işlevine gönderme yapılmaktadır. Bu işlevler, "yerel yönetimlerin sorumlulukları içinde olan kamu hizmetlerini yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda yerine getirme", "eşit ve gizli oyla seçilmiş üyeler tarafından yerel nüfusu temsil etme" ve "vatandaşların doğrudan katılımına imkan sağlama" olarak özetlenebilmektedir. Bu çerçevede belediyelerin kamu hizmetlerini kadınların da çıkarları doğrultusunda yerine getirme, yerel kadın nüfusunu temsil etme ve bu kadınların doğrudan katılımını sağlama işlev ve sorumluluklarıyla donatılmış olduğu iddia edilebilmektedir¹⁵. Ayrıca Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 2. maddesinin (c) bendinde taraf devletlerin;

Kadınların haklarını erkeklerle eşit bir biçimde koruyacak hukuki mekanizmalar kurmak ve yetkili ulusal yargı yerleri ile diğer kamu kurumları vasıtasıyla herhangi bir ayrımcılık karşısında kadınların etkili bir biçimde korunmasını sağlamak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. Bununla birlikte Rio Konferansı'nda Yerel Gündem 21 çerçevesinde, yerelde kadın katılımın

11 EVERTZEN, 2001.

12 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, **Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)**, 1981; UNDP, **Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği İndeksi**, BM Yayınları, http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_EN_Table4.pdf, (erişim: 25.02.2012), 2011; BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, **Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı (A/CONF.177/20)**, BM, Pekin, 17 Eylül 1995; BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, **The Rio Declaration on Environment and Development 1992**, BM Yayınları, 1992; BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, **Kadına Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Birleşmiş Milletler Bildirisi**, BM Yayınları, 1993; BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, **Nairobi Üçüncü Dünya Kadın Konferansı**, Nairobi, BM, 1985; AVRUPA KONSEYİ, **1995 tarihli Tavsiye Kararları**, 1995; AVRUPA KONSEYİ, **2002 tarihli 5 sayılı Tavsiye Kararı**, 2002; AVRUPA KONSEYİ, **Kadına Karşı Şiddet ve Ev içi Şiddetle Mücadele Etme ve Önleme Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi**, 2011.

13 Nitekim uluslararası arenadaki önemli gelişmelerden olan ve Türkiye'nin de imzası bulunan 1981 tarihli Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlayacak kurumsallaşmalar için devletlere sorumluluk yüklemektedir. Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı da toplumsal cinsiyete duyarlı politikalar için hükümlere yerel düzeyde mekanizmalar kurması tavsiyesinde bulunmaktadır.

14 En başta T.C. Anayasası'nın 10. maddesinin 2. fıkrasında "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesinde yükümlüdür." denilmektedir. 2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu, Türk Medeni, Ceza ve İş Kanunları'nda yapılan değişiklikler, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 2007 yılında yapılan değişiklikler, 2006 tarihli 17 sayılı Başbakanlık Genelgesi, 2012'de yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nün kurulması bu tür yasal gelişmelerdir. 24 Mart 2009 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde oluşturulan Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu da bu tür bir politik

ilginin sonucu olarak değerlendirilebilir. Bu Komisyon bünyesinde "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine İlişkin Uygulamaların İncelenmesi", "Erken Yaşta Evlilikler", "Eğitim Sistemimizdeki Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Yeri" ve "Çocuk Cinsiyeti Nedeniyle Kadın Üzerinde Oluşturulan Psikolojik Şiddet, Başlık Parası ve Geleneksel Evlilikler", "Mobbing (İşyerinde Psikolojik Şiddet)" konularını araştırmak ve incelemek üzere alt komisyonlar oluşturulmuştur.

15 SUMBAS, Ahu, **Demokrasi ve Kadın Temsili Çerçevesinde Yerel Siyasette Kadın Temsilinin Etki ve Katkıları, 2009 Yerel Seçimleri Örneği**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

arttırılmasının¹⁶, Nairobi Üçüncü Dünya Kadın Konferansı'nda¹⁷ kadın konusunda ülke düzeyinde politikalar oluşturmak ve uygulamaya koymak üzere bir örgütlenmenin gerçekleştirilmesinin¹⁸ ve 1995 Pekin Bildirgesi'nde¹⁹ de devletlerin politika ve programlarına toplumsal cinsiyete dayalı bir bakış açısını yerleştirerek uygulamalarının gerekliliğine dikkat çekilmektedir. Tüm bunlar ışığında Türkiye'de yerel yönetimlerin en azından siyasal ve hukuksal sorumluluklarının bu hassasiyetle çizilmiş olması beklenmelidir.

KSGM EYLEM PLANLARI²⁰ ÇERÇEVESİNDE BELEDİYELERİN TOPLUMSAL CİNSİYETE DUYARLI POLİTİKA ÜRETME SORUMLULUKLARI

KSGM tarafından gerçekleştirilen 2006-2010 Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Önlenmesi, 2008-2013 Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve 2012-2015 Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planları'nda konulan hedeflere ulaşılmasında yerel yönetimlere ve belediyelere²¹ sorumlu ya da koordineli çalışılması gereken bir kurum rolü atfedilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu eylem planları hukuksal olarak bağlayıcı metinler değildir. Ancak yeni düzenlemelerin ve geliştirilecek politikaların bu şekilde uygulanmasını amaçlayan siyasi ve hukuksal yol haritaları sunmaktadırlar.

Öncelikle demokratik bir sistemin gereği olan toplumsal cinsiyet eşitliği için adımlardan birisinin

16 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, 1992.

17 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, 1985.

18 KSGM, **2008-2013 Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Eylem Planı**, KSGM Yayınları, Ankara, 2008, s. 21

19 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, 1995.

20 Bu başlıkta temel olarak 2006-2010 Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Önlenmesi, 2008-2013 Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve 2012-2015 Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Eylem Planları ele alınmaktadır.

21 Bu metinlerde, yerel yönetimler ve belediyeler olarak iki farklı kullanıma rastlanmaktadır. Bazı sorumluluklarda yerel yönetimler yetkili ve sorumlu olarak kabul edilirken bazı aktivite/sorumluluk alanlarında özel olarak belediyeye atıf yapılmaktadır. Metinlerde valilik, kaymakamlık, muhtarlık benzeri bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle bu başlık altında yerel yönetimlere yüklenen tüm sorumluluk alanlarından genel olarak yetkileri çerçevesinde tüm yerel yönetim birimlerinin sorumlu tutulduğu sonucu çıkarılabilir. Ancak bazı alanlarda, belediyelere özellikle gönderme yapılması, durumu karmaşıktır. Bu nedenle bu konuda bir kafa karışıklığı olduğu intibai uyanmaktadır. Nitekim yerel yönetim kavramının kapsamı hakkında da açıklayıcı bir bilgi yoktur. Bu gerekçelerle çalışmada, bu belgeler içinde hem yerel yönetim hem de belediye geçen tüm sorumluluk alanlarına değinilmesi uygun görülmüştür.

yerel yönetimlerdeki kadın temsil ve katılımını arttırmak olduğu ifade edilmektedir²². Bunun temel gerekçesi de yerel yönetimlerin merkezi yönetimlere kıyasla kadınlara daha rahat ve iyi hizmet götürebilecekleri ve kadın katılımı ve temsili için daha ulaşılabilir olabilecekleridir²³. Bu düşünceler çerçevesinde 2008-2013 Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Eylem Planı, toplumsal cinsiyet eşitliğini yaratma, kadınların eğitim, istihdam, sağlık, çevre ve kentsel hizmetlerden yararlanmasını sağlama ve kadınların siyasal katılımını artırma konularında; 2006-2010 Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve 2012-2015 Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Eylem Planları'ysa kadına yönelik şiddetle mücadelede sorumlu kurum ya da taraflardan birisi olarak yerel yönetimleri ve belediyeleri belirtmektedir²⁴.

Bu eylem planlarına göre yerel yönetimlerin toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlama ve eşitsizlikleri ortadan kaldırmadaki sorumlulukları çeşitlidir. "Toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak üzere işbirliklerini geliştirmek", "erkeklerin, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması konusunda rollerinin tanımlanması ve bu konuda farkındalıklarının artırılması" ve "kadına yönelik şiddeti doğuran ve pekiştiren olumsuz tutum ve davranışların ortadan kaldırılması amacıyla toplumsal farkındalık yaratmak ve zihniyet dönüşümü sağlamak" bu sorumlulukların başlıcaları olarak ifade edilmektedir²⁵. Bu bağlamda yerel yönetimlere/belediyelere, özellikle stratejik toplumsal cinsiyet gereksinimlerini karşılama misyonu yüklendiği görülmektedir. Bu misyon temelinde hem pratik hem stratejik toplumsal cinsiyet gereksinimlerini göz önüne alan düzenleme ve sorumluluklar öngörülmektedir.

2008-2013 Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Eylem Planı'nda, yerel yönetimlerin sorumluluklarına ve işbirliğine vurgu yapılan alanlar; kadınların ekonomik alanda güçlendirilmesi, kadınların eğitim düzeylerinin yükseltilmesi, kadınların siyasal katılımının artırılması, toplumsal cinsiyete duyarlı

22 KSGM, 2008, s. 3-14.

23 KSGM, 2008, s. 22-23.

24 KSGM, **Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Eylem Planı 2006-2010**, KSGM Yayınları, Ankara, 2006; KSGM, **2012-2015 Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Eylem Planı**, KSGM Yayınları, Ankara, 2012; KSGM, 2008.

25 KSGM, 2008; KSGM, 2006; KSGM, 2012.

çevre politikalarının ve kentsel hizmetlerin yaygınlaştırılması, bilinç arttırıcı programlar geliştirilmesi başlıkları altında özetlenmektedir. Her başlık içinde, yerel yönetimlerin/belediyelerin işbirliği içinde yerine getirmesi istenilen görevler detaylı şekilde açıklanmıştır.

Kadınların eğitim durumunun iyileştirilmesi ve eğitim sorunlarının ortadan kaldırılması için yerel yönetimlerin/belediyelerin işbirliği içinde yerine getirmesi gereken görevlerin başında, okullaşmayan kız çocuklarına yönelik politika ve hizmetler gelmektedir. Okullaşmayan kız çocuklarının ve kadınların tespitinin yapılması, veri tabanlarının oluşturulması, okullaşma ve kadın okur-yazarlık oranlarının arttırılması, özellikle kırsal alandaki kız çocukları için rol-model olacak kadın eğitimci sayılarının arttırılması, bunlar için işbirliği alanlarının genişletilmesi ve yaygınlaştırılması²⁶ bu sorumlulukların başında sayılmaktadır.

Kadınların istihdam edilebilirliklerinin ve ekonomik durumlarının güçlendirilmesi için gerçekleştirilecek politikalarda da yerel yönetimlerin/belediyelerin rol almaları gerektiğinin altı çizilmektedir. İşgücü piyasasının ihtiyaçları doğrultusunda, kadınlara mesleki kurslar ve girişimcilik eğitimlerinin verilmesi, bunlara yönelik istihdam olanaklarının yaygınlaştırılması, kırsal alandaki kadınların çalışma koşullarının iyileştirilmesi, istihdamlarını arttırıcı projeler geliştirilmesi, kadınların teknolojik imkanlardan yararlanmasının sağlanması, kadın yoksulluğuyla mücadele edilmesi, kadınlara yönelik kredi/mikro kredi uygulamalarının yaygınlaştırılması, sosyal güvenlik sistemi dışında kalan ve çalışamayacak durumdaki kadınlara yönelik uygulanan sosyal yardım (aynı/nakdi yardım) ve hizmetlerin (sosyal konut tahsisi, kira desteği ve benzeri) geliştirilmesi, ulaşılabilir kılınması, eşit dağılımının ve sürdürülebilirliğin sağlanması konularında, yerel yönetimlerin işbirliği içinde çalışması gereken önemli kurumlardan birisi olduğu belirtilmektedir²⁷. Eylem Plan'larında, kadınların toplumsal cinsiyet kimliklerinden kaynaklanan mağdurluklarına dayanan bu tür ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik sorumluluklar, pratik toplumsal cinsiyet gereksinimlerini kapsar niteliktedir.

Kadınların siyasal hayata katılımının arttırılması konusunda, yerel yönetimlere yüklenen sorumluluk alanları ise üç maddede toplanmıştır.

26 KSGM, 2008.

27 KSGM, 2008.

"Parlamentoda, yerel yönetimlerde ve muhtarlık görevlerinde kadınların yer almasının önemi hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesi", "farkındalık yaratmak için kadın konseyleri ile birlikte yerel seviyede çalışılması", "kadın meclisi sayısının artırılması ve bu meclislerde alınan kararların uygulamaya yansıtılmasının sağlanması"²⁸, bu sorumluluk alanlarının başında gelmektedir.

Kadınların sağlık hizmetlerinden etkin yararlanabilmeleri, bu konuda bilgilendirilmeleri ve bu hizmetlerin kadın gereksinimlerine duyarlılık ile yürütülmesi konusunda da yerel yönetimler, işbirliği ve yardımcı kuruluşlardan biri olarak belirtilmektedir. Bu doğrultuda yerel yönetimlerin, kadınların sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını desteklemek için Aile Danışma Merkezi, Toplum Merkezleri, ÇATOM ve Halk Eğitim Merkezleri gibi kuruluşların sayıca arttırılması, personelinin toplumsal cinsiyet kimliklerinden kaynaklanan farklılıklar hakkında duyarlılığına sahip olmasının sağlanması, kadın sağlığı konusunda eğitim ve bilinçlendirme etkinliklerinin yaygınlaştırılması²⁹ için yerel yönetimlerin çalışması beklenmektedir.

Bunların yanında, kadınların katılımı ve kadın duyarlılığıyla planlanması istenen çevre politikası ve kentsel hizmetler de bu 2008-2013 Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Eylem Planı'nda belirtilmektedir. Çevre politikalarını oluşturma süreçlerine kadınların katılımının artırılması; olumsuz çevre koşullarından kadınların daha çok zarar gördükleri konusunda farkındalık ve duyarlılık yaratılması; bilinç yükseltici çalışmalar yapılması; çarpık kentleşme ve kentsel hizmetlerin (şehir içi ulaşım, aydınlatma ve benzeri) kadınlar üzerindeki olumsuz etkileri dikkate alınarak çözüm önerileri geliştirilmesi³⁰ çerçevesinde yerel yönetimlere sorumluluklar yüklenmektedir³¹. Yerel yönetimlere yüklenen tüm bu sorumluluklar kadınların toplumsal cinsiyet rollerinden kaynaklanan pratik ve stratejik gereksinimlerini birlikte göz önünde bulundurulur nitelikte görünmektedir.

28 KSGM, 2008.

29 KSGM, 2008.

30 KSGM, 2008.

31 Bu çerçevede Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü tarafından 2007 yılında "Kadın Erkek Eşitliği ve Toplumsal Cinsiyet Eğitimleri" yürütülmeye başlanmıştır. Bu eğitimlere, üst düzey kamu yöneticileri, belediye başkanları, kamu çalışanları, politika uzmanları, sendika, üniversite ve STK temsilcileri çağrılmışlardır.

2006-2010 Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve 2012-2015 Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Eylem Planları ise amaçlanan uygulama ve sorumlulukları, özellikle kadına yönelik şiddetin ortadan kaldırılması ve bu konuyla mücadele konusundaki hedefler doğrultusunda, sorumlu ve işbirliği içindeki kurumlar ayrımı üzerinden ele almaktadır. Bu alanları, gerekli yasal düzenlemeler, farkındalık ve zihniyet dönüşümünün sağlanması, kadınların güçlendirilmesi ve koruyucu hizmetler sunumu, sağlık hizmetlerinin verilmesi ve kurum/kuruluşlar arası işbirliklerinin sağlanması başlıkları altında sınıflandırmaktadır. Nitekim bu kurumlar içinde yerel yönetimler ve belediyeler belli bir yer teşkil etmektedir. Ancak bu alan başlıkları içinde yerel yönetim ve belediyelere yüklenen sorumlulukların ağırlıkları ve sayıları, bu kurumların yetki ve niteliklerine bağlı olarak değişmektedir. Örneğin, bu alanlar içinde yasal düzenlemelerin yapılması konusunda yerel yönetimlere/belediyelere hiçbir sorumluluk yüklenmezken farkındalık yaratma ve zihniyet dönüşümünün sağlanmasıyla kadınların güçlendirilmesi ve koruyucu hizmetler sunumu alanlarındaki tüm aktivite başlıklarında yerel yönetim/belediyelere görevler düştüğünün altı çizilmektedir.

Farkındalık yaratma ve zihniyet dönüşümünün sağlanması başlığında, toplumsal cinsiyet eşitliğiyle ve kadına yönelik şiddetle mücadelenin plan, program ve politikalara yansıtılması amacıyla seminer, atölye çalışması ve eğitim benzeri etkinliklerin diğer kurumlarla işbirliği içinde yürütülmesi gerektiği söylenmektedir. Ayrıca bu konuda farkındalık yaratılması amacıyla hizmet sunularna, karar vericilere ve kamuoyuna yönelik görsel ve basılı materyallerin hazırlanmasında yerel yönetimler işbirlikçi kurumlardan birisi olarak görülürken, bu konuda belediyelerin asli sorumluluklardan bir tanesinin evlilik başvurusunda bulunan çiftlere dağıtılmak üzere toplumsal cinsiyet eşitliği, kadına yönelik şiddet, cinsel sağlık benzeri konularda bilinçlendirme materyallerinin basılması olduğu ifade edilmektedir³².

Kadınların güçlendirilmesi ve koruyucu hizmetler başlığında, öncelikle şiddete uğrayan kadınlara sunulması gereken koruma, barınma, tedavi, meslek/iş edindirme, güçlendirme, yasal haklar, çocuk/yaşlı bakımı ve rehabilitasyon

benzeri hizmetlerin etkinleştirilmesi ve yaygınlaştırılması için altyapı ve personel teminin sağlanmasında; konuk evlerinin³³, aile danışma merkezlerinin açılması, yaygınlaştırılması, kapasitelerinin arttırılmasında ve bu süreçte gereken nakdi/aynı desteğin verilmesinde; şiddet mağduru kadınların sosyal yaşama katılımını sağlayan projelerin gerçekleştirilmesinde; kadınlar göz önünde bulundularak kent planlanmasında, sokak ve parkların aydınlatılmasında, ulaşım hizmetlerinin düzenlenmesinde ve acil telefon hatlarının erişilebilirliğinde belediyeler sorumlu kurum/kuruluşlardan birisi olarak kabul edilmektedir. Bunların yanında ekonomik yoksunluk içindeki şiddet mağduru kadınlara mikro-kredi yardımlarında kontenjan ayrılması, meslek eğitimi ve danışmanlık verilmesi, bu kadınların çocukları için kreş ve bakım hizmetlerinde kontenjan sahibi olmaları ve Madde 3.1 çerçevesindeki görevlilerin konu hakkındaki eğitimlerinde yerel yönetimler sorumlu kurumlardan birisi olarak belirtilmektedir.

Sağlık hizmetlerinin sunumu ve kurumlar arası işbirliklerinin geliştirilmesi alanlarında ise belediyelere kısıtlı sorumluluklar öngörülmektedir. Bu kısıtlı sorumluluklar şu şekilde detaylandırılmıştır. Sağlık hizmetlerinin sunumuyla ilgili belediyeler, "şiddet mağduru kadınlara, varsa çocuklarına yönelik hizmet sunumunun her kademesinde yer alan görevlilerde görülen tükenmişlik sendromunun önlenmesine yönelik psikolojik destek ve danışmanlık mekanizması oluşturulması"nda sorumlu kurumlardan birisi; "denetimli serbestlik ve yardım merkezlerinin; suç oluşturan eylemle ilgili olarak soruşturma ve kovuşturma evresinde veya mahkumiyet halinde özellikle suçtan zarar gören ve şüpheli sanık-hükümlüye yönelik psiko-sosyal danışmanlık ve rehabilitasyon hizmetlerinin yürütülmesinde etkin görev almasının sağlanması" ve "6284 sayılı Kanun'un 14. maddesi gereğince kurulması öngörülen Şiddet Önleme ve İzleme Merkezlerinin, belirlenen 14 ilde kurularak pilot uygulamaya başlanmasının sağlanması" konularında da işbirliği yapılması gereken kurumlardan birisi olarak belirtilmektedir.

Kurum/kuruluşlar arası işbirliği alanında ise belediyelere yüklenen sorumluluk işbirliği yapılması gereken kurumlardan birisi olarak

32 KSGM, 2012.

33 Eylem Planları'nda kadın sığınma evi yerine kadın konuk evi kavramı kullanıldığından burada bu kullanım tercih edilmiştir.

"kadına yönelik şiddetle mücadelede mevcut protokollerin sürdürülmesi, yeni işbirliği protokollerinin hazırlanması ve uygulanması olarak" ifade edilmektedir³⁴.

Sonuç olarak, Türkiye Cumhuriyeti'nde kadının statüsünü güçlendirmek ve kadın sorunlarını çözmek amacıyla hizmet vermiş Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nün pek çok rapor, çalışma ve temennisinde, yerel yönetimler ve belediyeler sorumlu ve yetkili bir taraf olarak gösterilmektedir. Toplumsal cinsiyete duyarlı politika anlayışı çerçevesinde her biri önemli olan sosyal, siyasal ve ekonomik pek çok konuda yerel yönetimlerin yeri ve sorumlulukları olduğu kabul edilmekte ve yapılması gerekenler açıklıkla ifade edilmektedir. Kadınların siyasal hayata katılımından, sağlık ve eğitim olanaklarının güçlendirilmesine, ekonomik imkanların ve istihdamın sağlanmasına, kentsel ve çevresel düzenlerin kadınlar göz önünde bulundurularak yapılmasına, toplumsal cinsiyet konusunda bilinç arttırıcı faaliyetler yürütülmesine ve kadına yönelik şiddetle mücadeleye kadar pek çok konu ve başlık, bu eylem planlarında detaylı şekilde ele alınmaktadır. Eylem Plan'larının konu başlıkları, amaçları ve içerikleri temelinde, stratejik toplumsal cinsiyet gereksinimlerini öncelerek pratik ve stratejik toplumsal cinsiyet ihtiyaçları doğrultusunda toplumsal cinsiyete duyarlı bir politika anlayışı ile yerel yönetimleri ve belediyeleri sorumlu kurumlardan birisi olarak gördükleri anlaşılmaktadır. Ancak eldeki kısıtlı çalışmalar, Türkiye'de bunların uygulamadaki izdüşümlerinin eksik kaldığı göstermektedir³⁵.

2005 TARİHLİ 5393 SAYILI BELEDİYE KANUNU ÇERÇEVESİNDE BELEDİYELERİN SORUMLULUKLARI

2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu çerçevesinde de belediyelerin toplumsal cinsiyete duyarlı hizmet götürme ve kadınların durumunu iyileştirme konusunda bazı sorumlulukları olduğu ifade edilebilmektedir. Bu sorumlulukların bir kısmı, belediye kanununda açık şekilde ifade edilirken diğer kısmı, belediye yönetiminin duyarlılığına ve inisiyatifine bırakılmaktadır. Ancak ve ancak pek çok yasal düzenleme ve tavsiye, bu inisiyatifin toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlayacak şekilde kullanılması gerektiğini vurgulamaktadır.

2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 13. madde'sinde,

Herkes ikamet ettiği beldenin hemşehrisidir. Hemşehrilerin, belediye karar ve hizmetlerine katılma, belediye faaliyetleri hakkında bilgilendirme ve belediye idaresinin yardımlarından yararlanma hakları vardır. Yardımların insan onurunu zedelemeyecek koşullarda sunulması zorunludur. Belediye, hemşehriler arasında sosyal ve kültürel ilişkilerin geliştirilmesi ve kültürel değerlerin korunması konusunda gerekli çalışmaları yapar;

denilmektedir. Bu da kadın, erkek, engelli, yoksul, zengin, genç, yaşlı her türlü vatandaşın bu haklara sahip olduğunu belirtirken belediyelere de bu konuları -hemşehriler arasında sosyal ve kültürel ilişkilerin geliştirilmesi ve kültürel değerlerin korunması, belediye karar ve hizmetlerine katılma, belediye faaliyetleri hakkında bilgilendirme ve belediye idaresinin yardımlarından yararlanmaya hayata geçirmede sorumluluklar yüklemektedir.

Nitekim belediye hizmet ve sorumluluk alanlarının pek çoğu, kadınları yakından etkileyen gereksinim ve sorunlarla örtüşmektedir. Bu hizmet ve sorumluluk alanları madde 14'te; imar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafî ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; acil yardım, kurtarma ve ambulans; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi olarak özetlenebilmektedir. Ancak bu kanuna göre belediyenin görev ve sorumlulukları içinde kadınlara yönelik olarak açık şekilde belirtilen tek bir sorumluluk vardır. O da büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyelerin kadınlar için sığınma evleri açmakla yükümlü olmasıdır. Üstelik bunu denetleyen bir mekanizma ve bunu gerçekleştirmek için bir bütçe düzenlemesi yapılmamıştır.

2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu, belediyelerin sorumluluk ve yetkileri yanında, belediye başkanının da yetki, görev ve imtiyazlarını açıklayan bir belge niteliğindedir. Bu çerçevede burada sadece belediyelerin değil; belediyelerin yönetim ve işleyişinden sorumlu olan belediye başkanlarının da toplumsal cinsiyete duyarlı hizmet konusunda belli sorumluluklarla donatılmış olması beklenebilir. Ancak bu kanunda, bu durumu

34 KSGM, 2012.

35 ALKAN, 2005; SUMBAS, 2012.

açıkça talep eden ve düzenleyen bir madde bulunmamaktadır. Belediye başkanı, belli sorumlulukları ve yetkileri çerçevesinde bu tür hizmetleri "isterse" geliştirebilir. Nitekim belediye başkanının sorumluluk ve görevleri, 2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 38., 41. ve 49. Maddelerinde; "belde halkının huzur, esenlik, sağlık ve mutluluğu için gereken önlemleri almak", "bütçede yoksul ve muhtaçlar için ayrılan ödeneği kullanmak, özürllere yönelik hizmetleri yürütmek ve özürllüler merkezini oluşturmak", "mahallî idareler genel seçimlerinden itibaren altı ay içinde; kalkınma plânı ve programı ile varsa bölge plânına uygun olarak stratejik plân ve ilgili olduğu yılbaşından önce de yıllık performans programı hazırlayıp belediye meclisine sunmak", "belediye personeli atamak" olarak belirlenmiştir. Görüldüğü üzere bu yetkiler çerçevesinde toplumsal cinsiyete duyarlı hizmet ve politika üretmek için gereken hukuksal ve siyasal sorumluluk belediye başkanlarının inisiyatifine bırakılmıştı. Nitekim bu yetkiler çerçevesinde belediye başkanı isterse, belediyede kadın-erkek çalışan sayısını eşitlemeye yönelik bir strateji izleyebilir ya da kadınların durumunu iyileştirmeye yönelik projeleri, toplumsal cinsiyete duyarlı politikaları stratejik plana koyabilir.

Kısaca belediye başkanı, belediye meclisi ve belediye görevlileri, toplumsal cinsiyet eşitliğine ve kadınların sorunlarına duyarlılarsa kanunda belirtilen belediyenin yetki ve imtiyazları, bu yönde hizmet götürmeye olanak sağlamaktadır. Örneğin, bu kanunun 15. maddesine göre belediyeler kadın sığınma evi veya kadınlara yönelik sosyal tesisler için ücretsiz veya düşük bir bedelle arsa tahsis edebilirler. Benzer şekilde belediyeler, sınırları içindeki kadınların sorunlarını, kadına yönelik şiddetle, "namus"³⁶ cinayetleriyle ilgili düşünceleri ve benzeri görüşleri ölçmek için kamuoyu yoklaması ve araştırma yapabilirler. Kadınların sosyal ve kamusal alanda aktifliğini arttırmak ve ekonomik bir beceri katmak için çeşitli kültür, sanat ve spor aktiviteleri düzenleyip, meslek kursları açabilir; çeşitli projeler yapabilirler. Bu amaçlar doğrultusunda çeşitli kamu kurumları veya sivil toplum örgütleriyle işbirliği içine girebilirler. Nitekim Diyarbakır Bağlar Belediyesi tarafından

14-18 Aralık 2010 tarihleri arasında Diyarbakır'da gerçekleştirilen "Kadına Şiddet Araştırması ve Raporu", istendiğinde belediyelerin bu tür faaliyetler yapabildiğinin bir göstergesidir.

Bunların dışında Türkiye'de gündemde olan Belediye Kanunu ve Büyükşehir Belediye Kanunu içinde yapılacak değişikliklerin toplumsal cinsiyete duyarlılık anlayışını ne kadar karşılayacak şekilde yapılacağı ayrı bir tartışma konusudur ve bu çalışmanın kapsamı dışında kabul edilmiştir. Ancak var olan Belediye Kanunu'nda bu konuyla ilgili yapılmak istenilen değişiklik öneri ve tartışmaları, bu meseleye artan siyasi hassasiyeti ve hukuki ihtiyacı göstermektedir. Nitekim yapılan teklif önerileri henüz sonuçlanmamış olsa da bu konuda önemli ve olumlu değişikliklere yol açabilir. Örneğin, 26 Nisan 2012 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda Değişiklik Teklifi ve 02 Mayıs 2012 tarihli 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi, belediyelerin ihtisas komisyonlarını düzenleyen maddesinde bir değişiklik yapılarak, nüfusu 50.000'in üzerindeki belediyelerde ve büyükşehir belediye meclislerinde "Kadın-Erkek Eşitliği Komisyonu"nun kurulmasını öngörmektedir. 24 Ocak 2013 tarihli 5393 sayılı Belediyeler Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifindeyse nüfusu 10.000 ve üzerindeki belediyelere, kadınlar ve çocuklar için sığınma evi açma zorunluluğu getirilmesi, bu evlerin bütçesinin ve personelinin de Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca sağlanması öngörülmüştür. Var olan yasa sadece 50.000 üstü nüfusa sahip olan belediyelere ve büyükşehir belediyelerine, kadın sığınma evi açma yükümlülüğü yüklemekte; fakat bunların bütçeleriyle ilgili bir düzenleme getirmektedir. Nitekim bütçe problemi, yerel yöneticiler tarafından bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin önündeki en önemli engellerden birisi olarak dile getirilmektedir³⁷.

Sonuç olarak, kadınların toplumsal cinsiyet kimliklerinin onlara yüklediği sosyal, ekonomik ve siyasi pozisyonlarından dolayı, belediyenin

36 Bu çalışmada ele alınan belgelerde bu tür kadın cinayetleri, "namus" veya "töre" başlığıyla ele alındığından çalışmada bu şekilde ifade edilmesi uygun görülmüştür.

37 KOYUNCU LORASDAĞI, Berrin/ SUMBAS, Ahu, "The Role of Female Mayors in Combating Violence against Women: The Case of 2009 Local Elections in Turkey", **IPSA, Reshaping Power, Shifting Boundaries (08-12 Temmuz 2012)**, İspanya/ Madrid, 2012, <http://www.ipsa.org/my-ipsa/events/madrid2012/paper/role-women-mayors-combating-violence-against-women-case-2009-local-e>, (erişim tarihi 11.04.2013); SUMBAS, 2012.

sorumlulukları içinde olan pek çok hizmetten erkeklere göre daha çok etkilendikleri ifade edilmektedir. Özellikle kadınların ev, mahalle içinde daha çok vakit geçirdikleri de buna eklenirse belediyenin hizmetlerinde kadın hemşerilerini özellikle düşünmesi gerekmektedir. Örneğin, kadınlar erkeklere oranla toplu taşıma araçlarını daha çok kullanmak zorunda kalmaktadır; evin çamaşır, bulaşık ve temizlik işlerini yerine getirdiklerinden su ve kanalizasyon, temizlik, çevre sorunlarından daha çok etkilenmektedir. Çocuklarla ilgilendikleri ve vakitlerini mahalle dışında geçirme şansları çok olmadığından mahallelerindeki park ve yeşil alanları daha çok kullanmaktadır. Sermayeye/paraya erkeklere göre daha az sahip olduklarından düşük maliyetli konuta daha çok gereksinim duymaktadır. Meslek edinme şansları daha az olduğundan meslek edindirme kurslarına daha çok ihtiyaç duymaktadır. Dışarıda sosyalleşme imkanları az olduğundan belediyenin kültür, sanat ve turizm faaliyetleriyle sosyal hayata katılabilmektedir. Bunları yerine getirme konusunda belediyelere ve belediye yönetimlerine çeşitli yetki ve sorumluluklar verilmiş olduğu söylenebilmektedir. Ancak bu yetkiler ve sorumluluklar, genelde yönetici ve personelin inisiyatifine bırakmış olduğundan bu konuda yasal bir boşluk ve eksiklik olduğu görülmektedir.

2006 TARİHLİ 17 SAYILI BAŞBAKANLIK GENELGESİ ÇERÇEVESİNDE BELEDİYELERİN SORUMLULUKLARI

Dünyada her beş, Türkiye’de ise her üç kadından birisinin şiddete maruz kaldığı düşünüldüğünde kadınların en önemli sorunlarından birisinin kadına yönelik şiddet olduğu söylenebilmektedir³⁸. Bu sorunla mücadele kapsamında 2000’li yıllarda Türkiye’de bir dizi sosyal, siyasi ve hukuksal gelişme yaşanmıştır. Bu adımlardan önemli bir tanesi de 2006 tarihli 17 sayılı Başbakanlık Genelgesi’sidir; çünkü bu belge devletin kadına yönelik şiddetle mücadelede sorumluluğunu açıkça kabul ettiği ilk belgedir³⁹.

38 WHO, *Multi-country Study on Women’s Health and Domestic Violence Against Women Initial Reports on Prevalence, Health Outcomes and Women’s Responses*, WHO, 2005; ALTINAY, Ayşegül, G./ARAT, Yeşim, *Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet*, Puntto, İstanbul, 2007.

39 UYGUR, Gülriz, “2006 tarihli 17 sayılı Sayılı Başbakanlık Genelgesi İşığında Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Yönelik Devletin

Kadınlara ve çocuklara yönelik şiddetle ve namus cinayetleriyle mücadele kapsamında çıkartılan bu Başbakanlık Genelgesi’nde, kadınlara yönelik şiddet içeren eylemlerle mücadele, bir devlet politikası olarak benimsenirken bu konuda sorumlu kuruluşlar belirtilmiş ve bunlarla işbirliği içinde olunması gerekliliğinin altı çizilmiştir. Bu sorumlu kuruluşlardan birisi de yerel yönetimler/belediyelerdir. Örneğin, Genelge’nin 14. maddesine göre yerel yönetimler “kent planlanmasında, sokak ve parkların iyi aydınlatılması ve kadınların acil şiddet hatlarına kolay ulaşılabilmesini sağlamak amacıyla telefon kulübelerinin sayılarının artırılması gibi kadına yönelik şiddetin önlenmesi konusunda gerekli hizmetlerin sunulması”ndan sorumludur. Bu genelgeye göre kadına yönelik şiddetle mücadele ve namus cinayetlerinin önlenmesi amacıyla yerel yönetimler, koruyucu ve önleyici tedbirlerin alınmasında, hizmet kurumları oluşturulmasında ve kurumsal hizmetler verilmesinde, eğitim hizmetlerinde, “sorumlu kurum” veya “işbirliği yapılacak kurum” olarak belirtilmektedir. Genelgeye göre yerel yönetimlerin sorumlu tutulduğu hizmetler; kadınların istihdam ve ekonomik problemlerini çözmek, kadınların eğitim seviyesini ve bilinç düzeyini arttırmak, şiddete uğrayan kadınları korumak ve toplumda bu sorunla mücadele etmek şeklinde ifade edilmiştir⁴⁰.

Genelge’de belirtilen çözüm önerileri; “koruyucu önleyici tedbirler, hizmet kurumları, sağlık, hukuk ve eğitim” başlıkları şeklinde sınıflandırılmıştır. Yerel yönetim ve belediyeler de bu hizmet ve sorumlulukların sadece koruyucu önleyici tedbirler, hizmet kurumları ve eğitim tedbirleri başlıkları altında ele alınmıştır. Nitekim kadınların eğitimlerini tamamlayabilmeleri ve aktif iş hayatına katılabilmeleri için ihtiyaç duydukları yuva, kreş, bakım evi gibi destek hizmetlerinin sağlanması, okur-yazarlık kursları oluşturulması, kız çocuklarının eğitimine destek verilmesi, bilgilendirme ve farkındalık için broşür dağıtılması, kadın hakları,

Ödevi: Değişen Devlet Anlayışı mı?”, *Birkaç Arpa Boyu... 21. Yüzyıla Girenken Türkiye’de Feminist Çalışmalar: Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’a Armağan Cilt 2* (der. S. Sancar). Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, (s. 883-913).

40 2006 tarihli 17 sayılı Sayılı Çocuk ve Kadınlara Yönelik Şiddet Hareketleriyle Töre ve Namus Cinayetlerinin Önlenmesi İçin Alınacak Tedbirler konulu Başbakanlık Genelgesi, T.C. Resmî Gazete, 26218, 4 Temmuz 2006.

toplumsal cinsiyet rolleri hakkında kadına yönelik güçlendirici çalışmalar yapılması, toplumsal cinsiyet eşitliği eğitimi verilmesi, kadın sığınma evlerinin nitelik ve niceliksel kalitesinin artırılması ve desteklenmesi, şiddet gören kadınlara geçici konut tahsisi yapılması, rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi, kadına yönelik şiddetle mücadele için bilinç yükseltme ve eğitim çalışmalarının yanı sıra kamuoyu araştırma ve çalışmalarının gerçekleştirilmesi ve veriler toplanması benzeri pek çok uygulama ve kararda yerel yönetimler, sorumlu ve işbirlikçi kurum olarak gösterilmektedir. Özellikle, kadın sığınma evi ve kadına yönelik şiddetle ilgili başvuru merci olarak ulaşılabilecek ilk kademe olarak yerel yönetimlerin görüldüğü anlaşılmaktadır. Ancak belediyelerin bu sorumlulukları yerine getirmede çok da başarılı olmamaları, bu düzenlemelerin etkin şekilde hayata geçirilmediğini ve bu konuda eksik bir düzenleme ve denetleme mekanizması olduğunu göstermektedir. Yasal düzenlemelerin varlığı önemli ve öncü adımlardan birisi olmasına rağmen, uygulamaya yansıtılmadığı takdirde etkin bir çözüm için elbette yeterli olamayacaktır.

SONUÇ

Yerel siyaset ve yönetim, toplumsal yaşamı ve bireylerin gündelik hayatlarını daha yakından etkileyen kararları almaktadır. Bu nedenle toplumsal cinsiyet temelli farklılıkların ve önceliklerin, yerel yönetimlerde daha belirgin olması gerektiği savunulmaktadır⁴¹. Nitekim sosyal yaşam alanının düzenlenmesinden sorumlu olan en küçük siyasi birimleri kapsayan yönetim birimleri yereldir. Sokağın ya da mahallenin yaşam alanı içinde bu etkiyi görece daha çok hissedenler, hizmetlerden daha çok faydalanacaklar, toplumsal cinsiyet rollerinden ötürü kadınlardır. Diğer bir deyişle, yerel yönetimler hem erkek hem de kadın ihtiyaçları göz önünde bulundurularak dizayn edilmeli ve sorumluluklarını bu bilinçle yerine getirmelidir. Örneğin İngiltere, İspanya, Hollanda, Yunanistan, Belçika gibi ülkelerde yerel düzeyde eşitlik politikalarına verilen önem sayesinde kadınların merkezi

politikalara yabancılaşması ve bu politikaların elitist sonuçları önlenememiştir⁴². Nitekim hem uluslararası sözleşme ve kararlar, hem ulusal kararlar hem de demokratik toplumun gerekliliği siyasal, sosyal, kültürel ve ekonomik her türlü alanda toplumsal cinsiyet eşitliği duyarlılığının ana plan ve programlara yerleştirilmesinde devlet kurumlarına, kuruluşlarına ve siyasilere önemli sorumluluklar yüklemektedir. Bu gelişmelere paralel olarak Türkiye'de de toplumsal cinsiyete duyarlı politika ve hizmetler gerçekleştirme bilinci, ağırlıklı olarak 2000'li yıllarda devletin gündemini meşgul edecek noktaya ulaşmıştır. Bu bağlamda Türkiye'de hem siyasal hem de hukuksal pek çok gelişme gerçekleşmiştir. Bunların başında da yerel yönetimlerin ve yöneticilerin bu sürece dahil edilmesinin gerekliliğine dair müdahale ve düzenleme girişimleri gelmektedir. Nitekim Türkiye'de kadınların statüsünü güçlendirmekten ve toplumsal cinsiyet eşitliği yönünde politikalar üretmekten sorumlu olan KSGM, 2006, 2008 ve 2012 tarihlerindeki Eylem Planları'nın hepsinde, yerel yönetimlere ve belediyelere düşen sorumluluk ve yetkilerin sıklıkla altını çizmekte ve bunların teşvik edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak pek çok araştırma, Türkiye'de kadınların yerel yönetimler tarafından sunulan hizmetlere çok az ulaşabildiğini ve yerel hizmetlerin kadınlar düşünülmeden uygulandığını göstermektedir⁴³. Bu çalışma Türkiye'de yerel yönetimlerde toplumsal cinsiyete duyarlı politika konusundaki bu eksikliklere dair yasal ve siyasal düzenlemelerin getirdiklerini ortaya koymaya çalışmıştır.

Şunu da belirtmek gerekmektedir. Yasal ve siyasal düzenlemeler, genellikle "olması gerekeni ve bunun yasal ve siyasal olarak nasıl yapılması gerektiğini" söylerler; ancak bu metinler "olması gereken" alanı düzenlediği için, bu metinlerde yazılanların o toplumda var olduğunu sanmak yanlıştır". Aksine bu alanlardaki sorunlar ve düzenleme eksiklikleri nedeniyle yasalara ve siyasal alanda

42 SANCAR ÜŞÜR, Serpil, **Siyasal Yaşam ve Kadınlara Destek Politikaları**, KSGM Yayınları, Ankara,1997, s. 19-20.

43 ALKAN, 2005; KARDAM, Nuket, **Turkey's Engagement with Global Women's Human Rights**, Ashgate Publishing, Burlington, USA, 2005, s. 146; BİRLEŞMİŞ MİLLETLER NÜFUS FONU, **Kadın Dostu Kentler Projesi 2006-2010**, Birleşmiş Milletler Kadın ve Kız Çocuklarının İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Ortak Programı (BMOP), Türkiye, <http://www.kadindostukentler.com/indextr.html>.

41 ALKAN, 2005; NYIRI, Zsolt/ VENGROFF, Richard, "The Gender Gap in Local Political Leadership: The Case of Central and Eastern Europe ", **the 2004 Annual Meeting of the American Political Science Association (2-5 Eylül 2004)**, Chicago, USA, 2004, s. 3-4; WEDEL Heidi, **Siyaset ve Cinsiyet**, (C. Kurultay, Çev.). Metis Yayınları, İstanbul, 2001; Clarke ve diğerleri, 1995.

gündeme gelirler⁴⁴. Bu araştırmada ele alınan belgeler, bu alandaki düzenlemelerin gerekliliğinin kısmen de olsa farkında olduğunu göstermektedir. Ancak bu konuda açık bir çözüm ve uygulamanın hala eksik olduğunu da ortaya koymaktadır. Örneğin KSGM'nin Eylem Planları'nda ve 2006 tarihli 17 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nde sıklıkla yerel yönetim ve yöneticilere önemli sorumluluklar düştüğü belirtilmektedir; ancak 2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda, kadın sığınma evi açma dışında, bu tür politika ve önerilere dair somut bir hukuksal düzenleme hala yapılmamış ve belediyelere bu konularda görev verilmemiştir.

O nedenle Türkiye'de yerel siyasette, toplumsal cinsiyet gereksinimlerine ve eşitsizliklerine duyarlı yaklaşımların geliştirilmesi, buna yönelik hukuksal ve siyasal düzenlemeler yapılması gereklidir. Bu düzenlemeler yapılırken de göz önünde bulundurulması gereken önemli bir husus, toplumsal cinsiyete duyarlı politika anlayışını, her açıdan bu sürece dahil etme gerekliliğidir; çünkü Türkiye'de yerel yönetimlerin/belediyelerin genellikle ve öncelikle pratik toplumsal cinsiyet gereksinimlerine yönelik duyarlılıkları ve hizmetleri önceleme eğilimleri olduğu görülmektedir. Nitekim Wedel⁴⁵, stratejik ve pratik çıkar/gereksinim ayrımında, iki noktanın gözden kaçırılmaması gerektiğinin altını çizmektedir. Birincisi stratejik çıkarların gerçekleştirilmesi, kadınların kısa vadeli pratik çıkarlarını tehlikeye atma riskini içinde barındırmaktadır. Bunu önlemek adına, bu kadınların pratik çıkarlarının farkına vararak bunları siyasallaştırmaları ve stratejik çıkarlara dönüştürmeleri hedeflenmelidir. İkinci olarak da cinsiyet çıkarlarının, kadınların etnisite, sınıf gibi diğer çıkarlarından sadece bir tanesi olduğu unutulmamalıdır. Yerel yönetimlerde uygulanması beklenen toplumsal cinsiyete duyarlı politikaların, bu hassasiyetlerin hepsini birden barındırması gerekliliği, bu konuda oluşturularak strateji ve düzenlemelerin önemini daha da açıkça şekilde ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak toplumsal cinsiyete duyarlı politika uygulamalarının içselleştirilmesi ve yaygınlaştırılmasında yerel yönetim ve belediyelere önemli sorumluluklar düşmektedir. Bunun gerçekleştirilebilmesi için gereken önemli adımlardan bir tanesi yasal-siyasal düzenlemelerin yapılması ve

bunların uygulamaya yansıtılabilmesidir. Ancak yukarıdaki örnekler, Türkiye'de bu konuda önemli eksiklikler olduğunu göstermektedir. Bu düzenlemelerin birinci temel eksiliği, yasal düzenlemelerde bu sorunu görmezden gelmekten kaynaklanmaktadır. Nitekim kadın sığınma evi dışında, toplumsal cinsiyete duyarlı yerel politikayla ilgili herhangi bir kurum, politika veya madde 2005 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanunu'na henüz girmemiştir. İkinci eksiklik de yapılan düzenlemelerin veya bu tür politikaların uygulanmamasından kaynaklanmaktadır. Elbette toplumsal cinsiyete duyarlı düzenlemeleri gerçekleştirmenin önünde uygulamada yasal bir engel yoktur. Ancak bu konudaki karar ve uygulamalar, yöneticilerin duyarlılık ve inisiyatifine bırakıldığından güdük kalma olasılıkları artmaktadır. Üstelik toplumsal kabuller dolayısıyla bu tür politika yaklaşımları için ilk başlarda zorlayıcı ve denetleyici yasal düzenlemelerin gerekliliği şart görünmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ALKAN, Ayten, **Yerel Yönetimler ve Cinsiyet: Kadınların Kentte Görünmez Varlığı**, Dipnot Yayınevi, Ankara, 2005.
- ALTINAY, Ayşegül, G./ARAT, Yeşim, **Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddet**, Punto, İstanbul, 2007.
- AVRUPA KONSEYİ, **1995 tarihli Tavsiye Kararları**, 1995.
- AVRUPA KONSEYİ, **2002 tarihli 5 sayılı Tavsiye Karar**, 2002.
- AVRUPA KONSEYİ, **Kadına Karşı Şiddet ve Ev içi Şiddetle Mücadele Etme ve Önleme Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi**, 2011.
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, **Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)**, 1981.
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, **Nairobi Üçüncü Dünya Kadın Konferansı**, Nairobi, BM, 1985.
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, **The Rio Declaration on Environment and Development 1992**. BM Yayınları, 1992.
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, **Kadına Karşı Şiddetin Tasfiye Edilmesine Dair Birleşmiş Milletler Bildirisi**, BM Yayınları, 1993.
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, **Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı (A/CONF.177/20)**, BM, Pekin, 17 Eylül 1995.
- BİRLEŞMİŞ MİLLETLER NÜFUS FONU, **Kadın Dostu Kentler Projesi 2006-2010**, Birleşmiş Milletler Kadın ve Kız Çocuklarının İnsan Haklarının Korunması

44 ALKAN, 2005, s. 134.

45 WEDEL, 2001, s. 44.

- ve Geliştirilmesi Ortak Programı (BMOP), Türkiye, <http://www.kadindostukentler.com/indextr.html>. (erişim tarihi 10.04.2013).
- CLARKE, Susan, E./ STAEHELİ, Lynn, A./ BRUNELL, Laura, "Women Redefining Local Politics", **The Theories of Urban Politics**, (der. D. Judge, G. Stoker ve H. Wolman), Sage Publications, Thousand Oaks, California,1995, (s. 205-227).
- EVERTZEN, Annette, **Gender and Local Governance**, Netherlands Development Organisation, Hollanda, 2001.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Türkiye'nin Yönetim Yapısı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- KARDAM, Nuket, **Turkey's Engagement with Global Women's Human Rights**, Ashgate Publishing, Burlington, USA, 2005
- KOYUNCU LORASDAĞI, Berrin/ SUMBAS, Ahu, "The Role of Female Mayors in Combating Violence against Women: The Case of 2009 Local Elections in Turkey ", **IPSA, Reshaping Power, Shifting Boundaries (08-12 Temmuz 2012)**, İspanya/ Madrid, 2012, <http://www.ipsa.org/my-ipsa/events/madrid2012/paper/role-women-mayors-combating-violence-against-women-case-2009-local-e>, (erişim tarihi 11.04.2013).
- KSGM, **Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Eylem Planı 2006-2010**, KSGM Yayınları, Ankara, 2006.
- KSGM, **2008-2013 Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Eylem Planı**, KSGM Yayınları, Ankara, 2008.
- KSGM, **2012-2015 Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Eylem Planı**, KSGM Yayınları, Ankara, 2012.
- MOLYNEUX, Maxine, "Mobilization without Emancipation? Women's Interests, the State, and Revolution in Nicaragua", **Feminist Studies**, 11 (2), 1985, (s. 227-254).
- NYIRI, Zsolt/ VENGROFF, Richard, "The Gender Gap in Local Political Leadership: The Case of Central and Eastern Europe ", **the 2004 Annual Meeting of the American Political Science Association (2-5 Eylül 2004)**, Chicago, USA, 2004.
- SANCAR ÜŞÜR, Serpil, **Siyasal Yaşam ve Kadınlara Destek Politikaları**, KSGM Yayınları, Ankara,1997.
- SUMBAS, Ahu, **Demokrasi ve Kadın Temsili Çerçevesinde Yerel Siyasette Kadın Temsilinin Etki ve Katkıları, 2009 Yerel Seçimleri Örneği**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- UNDP, **Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği İndeksi**, BM Yayınları, http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_EN_Table4.pdf, (erişim tarihi: 25.02.2012), 2011.
- UYGUR, Gülriz, "2006 tarihli 17 sayılı Sayılı Başbakanlık Genelgesi Işığında Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Yönelik Devletin Ödevi: Değişen Devlet Anlayışı mı?", **Birkaç Arpa Boyu... 21. Yüzyıla Girerken Türkiye'de Feminist Çalışmalar: Prof. Dr. Nermin Abadan Unat'a Armağan Cilt 2** (der. S. Sancar). Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, (s. 883-913).
- WEDEL Heidi, **Siyaset ve Cinsiyet**,(C. Kurultay, Çev.). Metis Yayınları, İstanbul, 2001.
- WHO, **Multi-counrty Study on Women's Health and Domestic Violence Against Women Initial Reports on Prevalence, Health Outcomes and Women's Responses**, WHO, 2005.
- Avrupa Yerel Yönetimler Özerlik Şartı**, http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/aas_122.html. (erişim tarihi: 12.11.2011).
- 2011 tarihli 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**, T.C. Resmi Gazete, 27958, 08 Haziran 2011.
- 2006 tarihli 17 sayılı Çocuk ve Kadınlara Yönelik Şiddet Hareketleriyle Töre ve Namus Cinayetlerinin Önlenmesi İçin Alınacak Tedbirler konulu Başbakanlık Genelgesi**, T.C. Resmi Gazete, 26218, 04 Temmuz 2006.
- 2012 tarihli 29239 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun**, T.C. Resmi Gazete, 28239. 08 Mart 2012.
- 2005 tarihli 5393 sayılı T.C. Belediyeler Kanunu**, T.C. Resmi Gazete, 25874. 13 Temmuz 2005.
- 26 Nisan 2012 tarihli 5393 sayılı Belediye Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi** (Esas Numarası 2/561), 26 Nisan 2012.
- 02 Mayıs 2012 tarihli 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi** (Esas Numarası 2/584), 02 Mayıs 2012.
- 24 Ocak 2013 tarihli 5393 sayılı Belediyeler Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi** (Esas Numarası 2/1206), 24 Ocak 2013.
- 1982 T.C Anayasası**, T.C. Resmi Gazete, 17863, 09. Kasım 1982.

Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması

Araştırma

H.Kübra ERCOŞKUN ŞENOL*

*Arş. Gör., Erzurum Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.
(Res. Asst., Erzurum Atatürk University Faculty of Law, Department of Civil Law)
(E-posta: kubra.ercoskun@atauni.edu.tr)

ÖZET

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, FSEK'in 5. bölümünde düzenlenen hukuk ve ceza davalarıyla koruma altına alınmıştır. Özel hukuk bakımından fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların ihlali halinde tecavüzün ref'i (FSEK m. 66-68), tecavüzün men'i (FSEK m. 69), tazminat (FSEK m. 70/1-2) ve temin edilen kârın devri (FSEK m. 70/3) davalarını açabilmek mümkündür.

Eser sahibinin hakkına yönelik bir ihlal karşında bu davalara müracaat edebileceği açıktır. Ancak bir mali hakkın veya kullanılmasının devri halinde, devralan kişilerin bu hakka yönelik bir ihlale karşı, FSEK'de düzenlenen bu davaları açıp açamayacakları Kanun'da yeterli açıklığa kavuşturulmadığı gibi bu hususta öğretide de bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bu çalışmada bahsettiğimiz soruna ilişkin öğretici görüşleri ve uygulama kararları ayrıntılı bir biçimde incelenecek ve sonuç bölümünde lege feranda çözüm önerisi sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Fikri mülkiyet, mali hak, devir, lisans sözleşmesi, eser sahibi

ABSTRACT

THE PROTECTION OF THOSE TAKING OVER THE FINANCIAL RIGHTS OR USAGE RIGHTS WITHIN THE CONTEXT OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS

Rights over intellectual and artistic works has been put under protection by civil and criminal lawsuits that arranged on 5. part of LIPR. In case of abuse of rights over intellectual and artistic works in terms of private law, it's possible to present a case of revocation of aggression (66-68 item of LIPR), prohibition of aggression (69 item of LIPR), indemnity (70/1-2 item of LIPR) and supplied profit transfer (70/3 item of LIPR). It's clear that applying to these lawsuits in the face of aggression for right of author. But in case of transfer of a financial right or using, in the face of a aggression for this right by assignees, there isn't a consent about they whether present a case or not that arranged in LIPR in a respect or a doctrine and hasn't clarified this matter in the law. Doctrine views and application decisions related to mentioned problem in this study will be considered detailedly and will be offered a lege feranda solution on conclusion part.

Keywords

Intellectual property, financial right, transfer, agreement of licence, author

GİRİŞ

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki fikri haklar¹ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kapsamında düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Bu Kanunun tanımlar başlıklı 1/B maddesinin a bendinde eser kavramı, sahibinin hususi yetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri şeklinde tanımlanmıştır.

Kanundaki bu tanımdan yola çıkarak bir eserin yaratıcısının (sahibinin) özelliğini taşıması; yani bağımsız bir fikri çalışmanın ürünü olarak sahibinin yaratıcı gücünü yansıtabilmesi ve Kanunda belirtilen eser gruplarından birine dâhil olması gerektiğini söyleyebiliriz².

Bir fikir ve sanat eserinin sahibi, FSEK m. 8/1'de de kısaca ifade edildiği gibi onu meydana getiren kişidir. Bir fikir veya sanat eserini meydana getiren kişi, eserin meydana getirilmesiyle birlikte kendiliğinden eser sahibi statüsünü kazanır ve buna bağlı olarak eseri üzerindeki hakları doğar³. Eser sahibinin eseri üzerindeki hakları mutlak nitelikte⁴ olduğu gibi, bu haklarının bir kısmı

manevi, bir diğer kısmı ise mali nitelik taşır⁵. Bu nedenle eser sahibinin eseri üzerindeki hakkının çift karakterli olduğunu söylememizde bir sakınca bulunmamaktadır⁶.

Eser sahibinin manevi hakları FSEK'de eseri umuma arz yetkisi (m. 14), eser sahibi olarak tanıtılma yetkisi (adın belirtilmesi yetkisi, m. 15/1), eserde değişiklik yapılmasını men etme (m. 16, 17/1) ve eserin aslına -orjinaline- ulaşabilme hakkı (eser sahibinin zilyetle malike karşı hakları, m. 17/2) olarak sayılmıştır⁷. Öğretide ve uygulamada eser sahibinin manevi haklarının sınırlı sayıda olduğu kabul edilmiştir⁸. Manevi haklar, eser yaratmanın gayrimaddi nitelik arz eden yönünü teşkil eder ve eser sahibinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır⁹.

Eser sahibinin mali hakları ise, eseriyle olan mali ve ekonomik bağlarına ilişkindir. Eser sahibi bu hakları çerçevesinde eserin mali getirilerinden tek başına yararlanır ve üçüncü şahısların haksız yararlanma girişimlerini engelleyebilir¹⁰.

1 Fikri haklar öğretilerde ve uygulamada "telif hakları" olarak da adlandırılmaktadır. TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 10.

2 Bu konular hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; AKSU, Mustafa, **Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması**, Beta, İstanbul, 2006, s. 69-76; EREL, Şafak N., **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Basım, Yetkin, Ankara, 2009, s. 51-56; YARSUVAT, Duygun, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, 3. Basım, Güray Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 48-56; USLU, Ramazan, **Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Eser Kavramı**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 34-50; ATEŞ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 56-61; ATEŞ, Mustafa, **Fikri Hukukta Eser**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007, s. 26-29; TEKİNALP, 2012, s. 103-132.

3 AYİTER, Nuşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, S Yayınları, Ankara, 1981, s. 112; AYDINCIK, Şirin, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, İstanbul, Arıkan, 2006, s. 11; DALYAN, Şener, **Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması**, Seçkin, Ankara, 2009, s. 113; SULUK, Cahit, **Yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele**, Hayat, İstanbul, 2004, s. 47; ARSLANLI, Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954, s. 37; ÖZTAN, Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008, s. 279-280; TEKİNALP, 2012, s. 12, 149; EREL, 2009, s. 86.

FSEK m. 13/3'de bazı eserler bakımından getirilen kayıt ve tescil imkânı iptat ve takip kolaylığı sağlamak amacıyla öngörülmüştür. Bu kayıt ve tescilin yaptırılması mecburi olmadığından eser sahipliğine bağlı hakların doğması bakımından kurucu bir etkiye sahip değildir.

4 GENÇ-ARİDEMİR, Arzu, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003, s. 7; TEKİNALP, 2012, s. 7; ÖZTAN, 2008, s. 280; DALYAN, 2009, s.

113; AYDINCIK, 2006, s. 11; AYİTER, 1981, s. 4, 112.

Bununla birlikte fikri ürünlerin eşya niteliğinde oldukları kabul edilmediğinden, bunlar üzerindeki haklar da aynı hak olarak kabul edilmez; fakat sahibine sağladığı yetkiler bakımından aynı haklara yakın etkiler doğururlar. BAŞPINAR, Veyssel/KOCABEY, Doğan, **İnternette Fikri Hakların Korunması**, Yetkin, Ankara, 2007, s. 100; TEKİNALP, 2012, s. 7.

5 Öğretilerde bu ayrımın tamamen teorik olduğu zira bu hakların kullanılmasının çoğu kez birbirine bağlı olduğu, bazı hallerde bu haklardan birine karşı yapılan tecavüzün ister istemez bir diğerini de etkileyebileceği savunulmaktadır. EREL, 2009, s. 135; AYİTER, 1981, s. 112-113; AYDINCIK, 2006, s. 28; ÖZTAN, 2008, s. 280-281; ARSLANLI, 1954, s. 78.

6 TEKİNALP, 2012, s. 9, 160; AYDINCIK, 2006, s. 13; GENÇ-ARİDEMİR, 2003, s. 7.

7 Bu başlık altında düzenlenmemiş olsa da FSEK m. 58'de düzenlenen eser sahibinin cayma hakkının da manevi hakları arasında bulunduğu ve bu hakkın FSEK m. 14/3'e paralel olduğu ileri sürülmektedir. EREL, 2009, s. 191-192; AYDINCIK, 2006, s. 28-29.

8 TEKİNALP, 2012, s. 162; DALYAN, 2009, s. 114; SULUK, 2004, s. 79; AYİTER, 1981, s. 114; AYDINCIK, 2006, s. 27; EREL, 2009, s. 135, 136. Aksi görüş; ARSLANLI'ya göre FSEK kapsamında korunan eser sahibinin manevi hakları, Türk Medeni Kanunu kapsamında korunan kişilik hakları arasında benzerlik bulunmaktadır ve bu nedenle manevi hakları, kişiliğin korunmasına dair hükümlerle genişletmek mümkündür. ARSLANLI, 1954, s. 79-80. ÖZTAN'da teknik gelişmeler nedeniyle hakların tüketici bir biçimde sayılmasını isabetsiz bulmaktadır. ÖZTAN, 2008, s. 280. Aynı yönde; KAYPAKÖĞLU, Serhat, **Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması**, İpekçi Yayıncılık, İzmir, 1997, s. 73.

9 KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit/SARAŞ, Tahir, vd., **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Seçkin, Ankara, 2011, s. 113; AYDINCIK, 2006, s. 30; DALYAN, 2009, s. 115; EREL, 2009, s. 190.

10 KILIÇOĞLU, Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Ha-**

FSEK m. 20'ye göre: "Henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekil ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, bu Kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir..."^{11,12}.

Mali haklar FSEK'de işleme hakkı (m. 21), çoğaltma hakkı (m. 22), yayma hakkı (m. 23), temsil hakkı (m. 24) ve elektronik araçlarla umuma iletim hakkı (m. 25) olarak sayılmıştır. Bunların dışında FSEK m. 45'de düzenlenen pay ve takip hakkının da mali haklara dâhil edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹³. Manevi haklarda olduğu gibi mali hakların da FSEK'de sınırlı biçimde sayıldığı kabul edilmektedir¹⁴.

Mali haklar, her ne kadar eser sahiplerinin eserlerinden iktisaden yararlanabilmelerine münhasır bir biçimde olanak sağlasalar da, eser

sahipleri genellikle gerekli sermaye ve örgütten yoksun oldukları için tek başlarına hareket edebilecek durumda değildirler. Bu nedenle eser sahipleri bu imkânlarla sahip olan kişilerle işbirliği yapmak, onlarla hukuki ilişkiye girmek zorunda kalmaktadırlar.

Bu durumu nazara alan kanun koyucu FSEK'te, eser sahibinin mali hakları üzerinde bazı hukuki işlemler yapabilmesine de imkân tanımıştır (FSEK m. 48 vd.). Bu imkânlar tasarruf işlemi niteliğindeki mali hakkın veya hakkın kullanılmasının devridir (FSEK m. 48-49). Ayrıca mali hakları veya bunları kullanma yetkisini devretme hususunda şahsi borç doğuran taahhüt işlemleri yapmak da mümkündür (FSEK m. 50-51).

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, FSEK'in 5. bölümünde düzenlenen hukuk ve ceza davalarıyla koruma altına alınmıştır. Özel hukuk bakımından fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların ihlali halinde tecavüzün ref'i (FSEK m. 66-68), tecavüzün men'i (FSEK m. 69), tazminat (FSEK m. 70/1-2) ve temin edilen kârın devri (FSEK m. 70/3) davalarını açabilmek mümkündür.

Eser sahibinin hakkına yönelik bir ihlal karşısında bu davalara müracaat edebileceği açıktır. Ancak bir mali hakkın veya kullanılmasının devri halinde, devralan kişilerin bu hakka yönelik bir ihlale karşı, FSEK'de düzenlenen bu davaları açıp açamayacakları Kanun'da yeterli açıklığa kavuşturulmadığı gibi bu hususta öğretide de bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bu çalışmada bahsettiğimiz soruna ilişkin öğreti görüşleri ve uygulama kararları ayrıntılı bir biçimde incelenecek ve sonuç bölümünde konuya ilişkin lege feranda bir çözüm önerisi sunulacaktır. Ancak bu incelemeye kolaylık sağlaması bakımından öncelikle mali haklar üzerindeki hukuki işlemlere ve yukarıda saydığımız dava türlerine kısaca değinilecektir.

1. MALİ HAKLAR ÜZERİNDEKİ HUKUKİ İŞLEMLER

1.1. GENEL OLARAK

Mali haklar eser sahibinin eserinden ekonomik fayda sağlayabilmesinin aracıdır. Ancak sırf bu haklara sahip olmak, eser sahibine ekonomik bir menfaat sağlamaz; bunun için hakların en iyi şekilde değerlendirilmesi gerekir. Örneğin edebi bir eser, teknik araçlar vasıtasıyla en az hata ile çoğaltılmalı; çoğaltılan nüshalar, tüketicimin en çok

klar, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006, s. 219, 237; TEKİNALP, 2012, s. 180; DALYAN, 2009, s. 121; AYDINCIK, 2006, s. 36; EREL, 2009, s. 123; BAŞPINAR/KOCABEY, 2007, s. 108.

11 FSEK m. 7/1'e göre, hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır. Alenileşme kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; ATEŞ, Mustafa "Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve Yayınlanmamış Eserler Fikri Hukuka Göre Korunmaz mı?", **Banka ve Ticaret Hukuku Derğisi**, Yıl:2006, Cilt:23, Sayı:3, s. 229-234.

12 FSEK'in bu hükmü, böyle bir ayırım yapılmasına gerek olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. EREL, 2009, s. 157; ÖZTAN, 2008, s. 352; AYİTER, 1981, s. 126. EREL'e göre, aleniyet kazanmamış bir eser, henüz sahibinin gizlilik çevresinden çıkmadığı için, kişisel gizliliğin ve şahsiyetin korunmasına ilişkin hükümler çevresinde korunmalıdır. EREL, 2009, s. 103. Aynı Yönde; ARSLANLI, 1954, s. 43. Ateş'e göre ise, fikri hukuk sistemimizde, kamuya sunulmamış bir eserin bu kapsamda korunmayacağına dair açık ve kesin hükümler olmadığı gibi, alenileşmemiş ve yayımlanmamış eserlerin de bu kapsamda korunabilmesine imkân veren düzenlemeler mevcuttur. ATEŞ, 2006, s. 245-251. Kılıçoğlu ise, eserin umuma arzının; yani alenileşmesinin eser sahibine tanınan manevi bir hak olduğunu ve bu hakkın ihlali halinde FSEK'de öngörülen davaların açılabilmesini ileri sürerek alenileşmemiş ve yayımlanmamış bir eserin fikri hukuk alanında korunmayacağını söylemenin isabetli olmayacağını savunmaktadır. Kılıçoğlu, 2006, s. 123. Aynı yönde; AYİTER, 1981, s. 107.

13 YASAMAN, Hamdi "Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağani Cilt:1**, (der. A. Kendigelen), Beta, İstanbul, 2002, s. 808; ÖZTAN, 2008, s. 392; TEKİNALP, 2012, s. 198; SULUK, 2004, s. 105-107; KILIÇOĞLU, 2006, s. 251; AYİTER, 1981, s. 144; EREL, 2009, s. 157, 187; ARSLANLI, 1954, s. 94; AYDINCIK, 2006, s. 36. ARSLANLI ise bu hakkın mali haklara dahil olmadığını; ancak mali haklara bağlı bir semere biçimde ele alınması gerektiğini savunmaktadır. ARSLANLI, 1954, s. 113.

14 TEKİNALP, 2012, s. 180; ÖZTAN, 2008, s. 351; SULUK, 2004, s. 79; DALYAN, 2009, s. 114; ARSLANLI, 1954, s. 94; AYDINCIK, 2006, s. 27, 35; AYİTER, 1981, s. 125; EREL, 2009, s. 157.

yapıldığı yerler başta olmak üzere geniş bir alana dağıtılmalı ve eser, en iyi biçimde tanıtılarak kolayca ulaşılabileceği bir şekilde tüketiciye sunulmalıdır. Ancak gerekli sermaye ve örgütten yoksun olan eser sahipleri genellikle tek başlarına hareket edebilecek durumda değildirler. Bu nedenle bu imkânlarla sahip olan kişilerle işbirliği yapmak, onlarla hukuki ilişkiye girmek zorunda kalırlar.

Bu durumu nazara alan kanun koyucu FSEK'te, eser sahibinin mali hakları üzerinde bazı hukuki işlemler yapılabilmesine imkân tanımıştır (FSEK m. 48 vd.). Bu imkânlar tasarruf işlemi niteliğindeki¹⁵ mali hakkın devri veya hakkın kullanılmasının (lisans, kanundaki ifadesiyle ruhsat) devridir (FSEK m. 48-49). Bunun dışında mali hakları veya bunları kullanma yetkisini devretme hususunda şahsi borç doğuran taahhüt işlemleri yapmak da mümkündür. Bu işlemler Kanunda "sözleşme" olarak ifade edilmiştir (FSEK m. 50-51)¹⁶.

Sözleşme ve tasarrufların konusunu yalnızca eser sahibinin mali hakları oluşturabilir. Eser sahipliğinin devri mümkün olmadığı gibi, manevi hakların da sözleşme ve tasarruflara konu olmaları mümkün değildir. Zira eser sahipliği, bir eser yaratmadan doğan manevi yetkilerin ve mali hakların bütünüdür ifade eder. Bir eserin sahibinin onu meydana getiren kişi olduğu kabul edildiğine göre (FSEK m. 8/1), eser sahipliğinin toptan devri kabul edilmez¹⁷. Manevi haklar ise, bir eser yaratmanın gayrimaddi nitelik arz eden yönünü teşkil eder ve eser sahibinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır¹⁸. Bu nedenle manevi hakların da üçüncü kişilere devri mümkün değildir. FSEK'de de, eser sahipliğinden doğan hakların sağlararası işlemlerle devredilebilme imkânı yalnızca mali haklar bakımından öngörülmüştür (FSEK m. 48). Ancak öğretilerde devredilen mali haklardan yararlanabilmek için ilgili bazı manevi hakların kullanılmasının da zorunlu olduğu, bu nedenle mali hakların devir ve intikali ni esas itibarıyla mali hakların ve ona bağlı olarak

da ilgili manevi hakların devir ve intikali şeklinde düşünmek gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁹. Bu görüştekilere göre işleme, yayma, temsil ve uma iletim haklarının devri halinde, FSEK m. 14/1 ve 15/1'de belirtilen manevi hakların da gerekli olduğu ölçüde mali hakkı devralana intikal ettiği kabul edilmelidir.

FSEK m. 19/1, FSEK m. 14 ve 15'de belirtilen manevi hakların kullanılması için üçüncü kişilere bu hususta yetki verilebileceğini kabul etmemize imkân tanımaktadır²⁰. Öğretilerde eser sahibinin bu manevi hakları kullanmak üzere bir başkasına yetki vermesinin, taraflar arasında yalnızca bir temsil ilişkisi doğurduğu savunulsa da²¹, bazı yazarlar, haklı olarak, bu yaklaşımın hukuki durumu dogmatik bakımdan tam açıklamadığını belirtmektedirler²².

Mali haklar sağlararası hukuki işlemlere konu olabildikleri gibi eser sahibinin ölümünden sonra onun terekesine dâhil olarak, miras hukuku kuralları uyarınca mirasçılara intikal ederler (FSEK m. 63/1). Bu hakların ölümüne bağlı tasarruflara konu olmaları da mümkündür (FSEK m. 63/2). Manevi hakların sağlararası işlemlere devri ve intikali mümkün olmadığı gibi, bu haklar, eser sahibinin ölümünden sonra da onun terekesine dâhil olmaz ve miras hukuku kuralları uyarınca intikal etmezler. Ancak manevi haklar kişilik haklarından farklı olarak eser sahibinin ölümüyle sona ermezler. Bu hakları eser sahibinin ölümünden sonra kullanabilecek kişiler FSEK m.19'da sınırlı bir biçimde sayılmıştır. Ancak bu hükme göre belirlenecek kullanım yetkisinin miras hukuku ve mirasçılık sıfatıyla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır²³.

19 EREL, 2009, s. 287; 294; AYİTER, 1981, s. 201; ARSLANLI, 1954, s. 171.

20 ÖZTAN, 2008, s. 551; DALYAN, 2009, s. 115; EREL, s2009. 190-191; AYİTER, 1981, s. 206; AYDINCIK, s. 31; TEKİNALP, s. 164.

Bu hükme göre, eser sahibi bu hakların kullanılış şeklini belirlememiş ve bu hususta herhangi bir kişiye yetki vermemişse, bu hakların kullanılması ölümünden sonra vasiyeti tenfiz memuruna; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılara, ana - babasına ve kardeşlerine aittir (FSEK m. 19/1).

21 TEKİNALP, s. 164; EREL, 2009 s. 294; AYDINCIK, s. 31; AYİTER, 1981, s. 206.

22 AKSU, Mustafa "Eser Taratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt:1, On İki Levha, İstanbul 2010, s. 153.

23 TEKİNALP, 2012, s. 162, 226; EREL, 2009, s. 248; KILIÇOĞLU, 2006, s. 222, 265; Aksu'ya göre, burada eser sahibinin ölümüyle

15 Eser sahibi veya mirasçılarının mali haklardan kamu yararına vazgeçmeleri de (FSEK m. 60), mali haklara son verici etkisi itibarıyla bir tasarruf işlemidir.

16 Görüldüğü gibi FSEK, mali hakların veya bu hakların kullanılmasının devri hususunda taahhüt ve tasarruf işlemi ayrımı yapmış ve yalnızca taahhüt işlemini sözleşme olarak adlandırmıştır. Hâlbuki tasarruf işlemi de aslında bir sözleşmeden ibarettir.

17 TEKİNALP, 2012, s. 228-229; ÖZTAN, 2008, s. 552.

18 AYDINCIK, 2006, s. 30; DALYAN, 2009, s. 115; EREL, 2009, s. 190.

Sözleşme ve tasarruflara konu olabilmeleri bakımından mali haklar birbirlerinden tamamen bağımsızdırlar. Zira FSEK'de mali hakların birbirlerine bağlı olmadıkları ve bunlardan herhangi birinin kullanılmasının diğerlerine etki etmeyeceği açıkça düzenlenmiştir (FSEK m. 20/1). Ayrıca bu Kanunda mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı bir biçimde yapılması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi²⁴ de şart kılınmıştır (FSEK m. 52). Bu durumda örneğin; çoğaltma hakkının tek başına devri, bu hakkı devralan kişiye eserin çoğaltılmış nüshaları üzerinde yayma hakkını bahşetmeyecektir. Gerçi çoğaltma ve yayma hakları arasında sıkı bir bağlılık bulunmaktadır. Zira çoğaltma hakkının kullanılması çoğu halde tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Bu hak genellikle yayma hakkıyla beraber kullanılıncı hedeflenen amaca ulaşabilme imkânını sağlayabilmektedir. Fakat aralarındaki sıkı bağa rağmen bu iki hak FSEK'de ayrı ayrı düzenlenmiştir ve çoğaltma hakkını devralan bir kişi, ayrıca yayma hakkını da devralmamışsa çoğalttığı nüshaları piyasaya sürme yetkisine sahip değildir²⁵. Aslında aralarındaki sıkı bağa rağmen çoğaltma ve yayma haklarının Kanun'da ayrı ayrı düzenlenmiş olması eser sahibinin lehinedir. Zira bu sayede çoğaltma hakkını teknik bakımdan diğerlerine nazara daha gelişmiş bir kişiye devredebilecek, yayma hakkı ise, dağıtım organizasyonu daha iyi olan başka bir kişiye devredebilecektir²⁶.

Buna karşın öğretilde, işleme ve yayma hususundaki mali hakların kullanımı çoğu kez eserin çoğaltılmasını da gerektirdiğinden, bu hakları devreden eser sahibinin, işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça bu hakkını da devretmiş sayılması gerektiği savunulmaktadır²⁷. Her ne kadar pratik bakım-

dan doğru olsa da FSEK'in açık hükümleri karşısında bu görüşe katılabilmek mümkün değildir²⁸.

1.2. TASARRUF İŞLEMLERİ

1.2.1. Tasarruf İşlemlerinin Türleri

1.2.1.1. Mali Hakkın Devri

FSEK m. 48/1 uyarınca eser sahibi veya mirasçuları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve içerik itibarıyla sınırlı veya sınırsız bir şekilde, karşılıklı ya da karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler²⁹.

Devir işlemi mutlaka yazılı bir biçimde yapılmalı ve devre konu olan haklar bu işlemde ayrıca ve açıkça gösterilmelidir (FSEK m. 52).

Öğretilde mali hak geçerli bir biçimde devredildiğinde, hakkın eser sahibinin veya mirasçılarının malvarlığından çıkarak, hakkı devralan kişinin malvarlığına gireceği ileri sürülmektedir³⁰. Bu nedenle bir mali hakkı devralan kişi, devir işleminde öngörülen şartlar çerçevesinde ondan tıpkı eser sahibi gibi yararlanma hakkını elde eder³¹. Bu çerçevede üçüncü kişilerin ve hatta hakkı devraldığı kişilerin de bu haktan yararlanmalarını yasaklayabilir³².

FSEK'de mali hakların birbirlerine bağlı olmadıkları ve bunlardan herhangi birinin kullanılmasının diğerlerine etki etmeyeceği açıkça düzenlendiğinden (FSEK m. 20/1), mali haklar tamamen devredileceği gibi kısmen de devredilebilirler. Yine haklardan her birinin farklı kişilere devri de

28 AYDINCIK, 2006, s. 39 ve dn. 198.

29 Ancak FSEK m. 57/1'e göre, bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshaları üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi sözleşmede kararlaştırılmıyorsa, mali hakkın veya hakların devri anlamına gelmemektedir.

30 YILDIRIM, Fadil M., **Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri)**, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul, 1999, s. 55; TEKİNALP, 2012, s. 230; ÖZTAN, 2008, s. 552, 559; DALYAN, 2009, s. 201; AYİTER, 1981, s. 206; AYDINCIK, 2006, s. 42; EREL, 2009, s. 302; ARSLANLI, 1954, s. 173. Ancak öğretilde eser sahibinin hakkının niteliği gereği böyle bir sonuca varılamayacağı da ileri sürülmektedir. Bu görüştekilere göre, devredilen bir mali hakkın eser sahibinin malvarlığından tamamen çıkarak devralanın malvarlığına girdiğini söyleyebilmek mümkün değildir. BEŞİROĞLU, Akın, **Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar: Fikri Hukuk - Sınai Haklar**, Beta, İstanbul, 2004, s. 498-500; AYDINCIK, 2006, s. 43-44.

31 DALYAN, 2009, s. 202; EREL, 2009, s. 302.

32 DALYAN, 2009, s. 202. Mali hakkı devralanın yasaklama (men) yetkisi bazen mali hakkın konusundan daha geniş olabilmektedir. Örneğin; bir eseri çoğaltma ve yayma hakkını devralan kişi, bu eserin toplama eser şeklinde düzenlenecek başka bir eser içerisinde yer almasına engel olabilir. Örnek için bakınız; EREL, s. 302.

birlikte manevi hak gerçekte sona ermemekte ve sadece manevi hakkı kullanma yetkisi yasa da belirtilen kişilere yasa gereği geçmektedir. Aksu, 2010, s. 154.

24 Bu şekil şartı öğretilde "munzam şekil şartı" olarak adlandırılmaktadır. TÜYSÜZ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler**, Yetkin, Ankara, 2007, EREL, 2009, s. 319; KILIÇOĞLU, 2006, s. 284; AYDINCIK, 2006, s. 96; ARSLANLI, 1954, s. 176; AYİTER, 1981, s. 217.

25 ÖZTAN, 2008, s. 362, 363; AYDINCIK, 2006, s. 38.

26 ÇELİK, Abdullah, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali İhlalin Sonuçları**, Seçkin, Ankara, 2011, s. 37-38.

27 EREL, 2009, s. 162; DALYAN, 2009, s. 126; KAYPAKOĞLU, 1997, s. 74.

mümkündür. Örneğin bir bilgisayar programının çoğaltma hakkının bir kimseye yayma hakkının da başka bir kimseye devredilmesi mümkün ve geçerlidir. Hatta belirli bir mali hak süre, yer veya içerik itibarıyla sınırlandırılarak farklı kişilere de devredilebilir.

Devralan, mali hakları devir işleminde belirtilen şartlar altında kullanmak zorunda olduğu gibi, bu haklarını kullanırken eser sahibinin manevi haklarını da gözetmek mecburiyetindedir³³. Mali hakların kullanılması eser sahibinin manevi haklarını ihlal ediyorsa, eser sahibi önceden izin vermiş olsa bile, her zaman için bu duruma müdahale etme hakkına sahiptir (FSEK m. 14/3, 16/3).

Mali hakkın devri öğretide, alacağın temlik gibi, soyut ve aynı etkili bir tasarruf işlemi sayılmaktadır³⁴. Ancak eser sahibinin haklarının daha iyi korunabilmesi bakımından devrin sebebe bağlı sayılması gerektiğini savunanlar da mevcuttur³⁵.

Mali hakkı devralan kişi, eser sahibinden veya mirasçılardan yazılı bir biçimde izin alarak hakkını üçüncü kişilere devredebilir (FESK m. 49/1). Bu tür devirler FESK'te "devren iktisap" şeklinde adlandırılırken, mali hakkın eser sahibinden veya mirasçılardan devralınması ise "asli iktisap" şeklinde adlandırılmıştır³⁶.

1.2.1.2. Mali Hakkı Kullanma Yetkisinin Devri (Ruhsat-Lisans Verme)

FSEK, eser sahibinin veya mirasçılarının eser üzerindeki mali haklarını tamamen veya kısmen devredebileceklerini öngördüğü gibi, yalnızca kullanma yetkisini devredebilmelerine de müsaade etmiş ve bu işlemi ruhsat verme olarak adlandırmıştır (FSEK m. 48/2). Burada gayri maddi bir hakkın kullanım yetkisinin başkasına bırakılması söz konusu olduğundan, bu işlemin uygulamada yerleşmiş adıyla lisans sözleşmesi olduğu açıktır³⁷.

33 EREL, 2009, s. 303; DALYAN, 2009, s. 202; AYDINCIK, 2006, s. 43.

34 AYİTER, 1981, s. 206; ARSLANLI, 1954, s. 177.

35 EREL, s. 303.

36 Aslen iktisap ve devren iktisap terimlerinin genel anlamları düşünüldüğünde FSEK'in terim seçimi konusunda ne denli özensiz davrandığı görülebilecektir.

37 ONGAN, Burak, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 17; AYDINCIK, 2006, s. 46-47; OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Sınai Haklara İlişkin**

Mali hakkın devrinde olduğu gibi, kullanma yetkisinin devrini de süre, yer ve içerik itibarıyla sınırlandırılabilir mümkündür. Bir mali hak lisansa konu edildiğinde bu hak, lisans verenin malvarlığında kalmaya devam edecek; ancak maddi bir malın ürün kirasına verilmesinde veya intifa hakkına konu edilmesinde olduğu gibi, mali hakkı kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisi lisans işleminde öngörülen şartlar çerçevesinde lisans alana geçecektir³⁸.

Bu durumda lisans sözleşmesinin konusunu, eser sahibinin münhasır bir biçimde sahip olduğu mali haklarından bir veya bir kaçının kullanım yetkisinin lisans alana verilmesi oluşturmaktadır. Eser sahibinin münhasır haklarının kullanılmasına izin verme lisans sözleşmesinin karakteristik edimini oluşturmasına rağmen, bununla beraber başka hak ve yükümlülükler de bu sözleşmenin konusunu oluşturabilir³⁹. Buna karşılık lisans alanın borcu sözleşmede öngörülen mali hak ya da hakları kullanması karşılığında belirli bir ücret ödemesidir. Ancak ücret, lisans sözleşmesinin zorunlu bir unsur değildir⁴⁰.

FSEK, lisansı tam ve basit lisans olmak üzere ikiye ayırmaktadır⁴¹. Buna göre lisans, mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine engel değilse basit lisans, yalnız bir kimseye mahsus olduğu takdirde tam (münhasır) lisanstır (FESK m. 56/1).

Münhasır lisansla, lisans sahibi, mali hakkı kullanma yetkisine sahip olabilmek bakımından tektir. Yani mali hak sahibi lisansa konu olan hakkı bizzat kendisi kullanmayacağı gibi, bu yetkiyi bir

Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta, İstanbul, 2002, s. 31, dn. 121; YASAMAN, Hamdi, **Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi Cilt:2**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 735.

Ancak buradaki sözleşme terimi FSEK'deki anlamıyla değil, borçlar hukukundaki anlamıyla algılanmalıdır.

38 TEKİNALP, 2012, s. 230; DALYAN, 2009, s. 203-204; EREL, 2009, s. 303-304; AYİTER, 1981, s. 211; AYDINCIK, 2006, s. 47.

39 DALYAN, 2009, s. 204.

40 AYDINCIK, 2006, s. 47; AYİTER, 1981, s. 211; DALYAN, 2009, s. 204.

41 FSEK'te zorunlu lisansa (m. 9/2, 10/2) ve kanuni lisansa (m. 43/2, 47/1) ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Bir kişi, kanundan doğan bir yetkiye dayanarak mahkemeye müracaatla karşı tarafı lisans sözleşmesi yapmaya zorlama hakkına sahipse bu lisanslara zorunlu lisans denir. Ancak mahkeme hükmüne ihtiyaç olmaksızın bir kanun hüküm gereği lisans verilmesi söz konusu ise, bu durumda kanuni lisans söz edilir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; TEKİNALP, 2012, s. 230-230.

başkasına da tanıyamaz ve bu nedenle mali hakkı kullanma imkânı yalnızca lisans sahibine aittir⁴².

Basit lisansta ise lisans veren, bu lisansı aynı yer ve zaman bakımından başkalarına da verebileceği gibi, lisans konusu hakkı bizzat kendisi de kullanabilmektedir⁴³.

Erel, FSEK'in münhasır ve basit lisansa ilişkin düzenlemesini öğretideki diğer yazarlardan farklı bir biçimde anlamaktadır. Bu yazara göre, lisans verme mali hakka özgü kullanma ve yararlanma yetkilerinin ya tamamen ya da kısmen devri şeklinde olabilir. Bu yetkiler tamamen bir kişiye devredilmişse, artık lisans alanın durumu fiilen mali hak sahibinin durumundan farksız hale gelir. Bu takdirde mali hakkın kullanılması devir işleminde kararlaştırılan süre zarfında yalnızca lisans sahibine ait olur ki; FSEK'te tam ruhsat kavramıyla ifade edilmek istenen husus da budur. Buna karşılık kullanma yetkilerinin çeşitli bakımlardan bölünerek devri de mümkündür. FSEK, bu tür lisansları basit ruhsat olarak adlandırmaktadır⁴⁴.

FSEK'e göre aslolan basit lisanstır. Zira burada kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her lisansın basit sayılacağı açıkça düzenlenmiştir (FSEK m. 56/2). Bu durumda sözleşmede lisansın münhasır olduğu açıkça belirtilmemişse ve yorum yoluyla da böyle bir sonuca varılamıyorsa, lisansın basit olduğu kabul edilecektir.

Yine FSEK'e göre basit lisanslar hakkında Borçlar Kanununun hâsılât (ürün) kirasına, münhasır lisanslara ise, Medeni Kanununun intifa hakkına ilişkin hükümleri niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen⁴⁵ uygulanacaktır (FSEK m. 56/3).

Hakkın kullanılmasının devri, hakkın kendisinin devrini engellemektedir. Ancak hakkın kullanımı tam lisans ile devredilmişse bu lisans,

hakkı devralan kişilere karşı da ileri sürülebilir. Zira FSEK'te tam lisanslar bakımından bir aynı hak olan intifa hakkına yapılan atıf bunu gerektirmektedir⁴⁶.

1.2.1.2.1. Lisans Hakkının Devri ve Alt Lisans

Mali hakkı devralan kişi, eser sahibinin veya mirasçılarının yazılı izniyle hakkını devredebildiği gibi, aynı koşullar altına gerek basit ve gerekse münhasır lisansa sahip olan kişi de lisansını üçüncü kişilere devredebilir (FSEK m. 49/1).

Lisansın devri FSEK'te açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, lisans alanın, üçüncü kişilere lisans hakkı tanıyıp tanıyamayacağına ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide lisansın devrine kıyasen, ilk lisans verenin yazılı izniyle üçüncü kişilere alt lisans verilebileceği ileri sürülmektedir⁴⁷. Ancak Alman Hukukunda olduğu gibi bizim hukukumuzda da alt lisans verebilme hakkının yalnızca münhasır lisans sahiplerine tanınması ve münhasır lisans sahiplerinin de yalnızca basit lisans verebileceğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁸.

Ancak kanaatimizce mevcut hukuk sistemimiz bakımından bu sorunun çözümü FSEK m. 56/3'de aranmalıdır. Zira bu hükümde basit lisanslar hakkında hâsılât (ürün) kirasına, münhasır lisanslar hakkında ise, intifa hakkına dair hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle basit lisanslar hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 366. maddesinin hükmü⁴⁹, münhasır lisanslar hakkında da Türk Medeni

42 TÜYSÜZ, 2007, s. 97; YILDIRIM, 1999, s. 56; ÖZTAN, 2008, s. 562; AYDINCIK, 2006, s. 59. Ancak öğretide lisans işleminde açıkça yer verilmek kaydıyla lisans verenin de mali hakkı kullanabileceği ve bunun lisansın inhisarlığına zarar vermeyeceği de ileri sürülmektedir. AYDINCIK, 2006, s. 59; KARAHAN/SULUK/SARAÇ vd., 2011, s. 117. Aksi Görüş; ÖZTAN'a göre bu durumda lisans basit lisansa dönüşür. ÖZTAN, 2008, s. 562.

43 YILDIRIM, 1999, s. 56; ÖZTAN, 2008, s. 563; AYDINCIK, 2006, s. 60-61; TÜYSÜZ, 2007, s. 96-97.

44 EREL, 2009, s. 305. DALYAN'a göre FSEK'in düzenlemesi her iki yorum tarzına da ulaşmaya imkân verecek niteliktedir. DALYAN, 2009, s. 205-206. Ancak kanaatimizce EREL'in görüşüne katılabilmek mümkün değildir.

45 DALYAN, 2009, s. 206; EREL, 2009, s. 305-306; TÜYSÜZ, 2007, s. 98-99.

46 EREL, 2009, s. 307; DALYAN, 2009, s. 208.

47 HIRSCH, Ernst, **Fikir ve Sanat Hukuku**, Ar Basımevi, Ankara, 1948, s. 223; KARAHAN/SULUK/SARAÇ vd., 2011, s. 117; ARKAN ise, lisans sözleşmesinde, açıkça veya zımni olarak, alt lisans verilmesine müsaade edilen hallerde lisans alanın, alt lisans vermeye yetkili olduğunu kabul etmektedir. ARKAN, Azra, **Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 234.

48 AYDINCIK, 2006, s. 60, 69-70. Alman Fikri Haklar Kanununda münhasır lisans sahibinin bu yetkisi açıkça ifade edilmiştir (UrhG § 31 (3)).

49 Bu hükme göre: "Kiracı, kiraya verenin rızası olmaksızın kiralananı başkasına kiraya vermeyeceği gibi, kullanım ve işletme hakkını da başkasına devredemez. Ancak kiracı, kiralanda bulunan bazı yerleri, kiraya veren için zarar doğuracak bir değişiklik gerektirmemek koşuluyla kiraya verebilir.

Kiracının, başkasıyla yaptığı bu kira sözleşmelerine, alt kiraya ilişkin kurallar, kıyas yoluyla uygulanır."

Kanunu'nun (TMK) 806. maddesinin⁵⁰ hükmü kıyasen nazara alınmalıdır.

1.3. SÖZLEŞMELER (TAAHHÜT İŞLEMLERİ)

FSEK anlamında sözleşme, bir mali hak üzerinde tasarruf işlemi yapma taahhüdüdür. Bu taahhüt, mali hakkı veya kullanım hakkını devralacak olana, hakkın kendisine devri konusunda şahsi bir talep hakkı sağlar⁵¹. Mali hakkın veya kullanım hakkının devri için öncelikle bir taahhüt işlemine gerek vardır. Taahhüt işlemi ve tasarruf işlemi ard arda yapılabileceği gibi, farklı zamanlarda yapılması da söz konusu olabilir. İleride meydana getirilecek veya tamamlanacak eserler üzerinde tasarruf işlemi yapmak mümkün olmadığından (FSEK m. 48/3), bu durumda genellikle bir taahhüt işlemi yapılmakta (FSEK m. 50/1) ve eser tamamlanınca bu taahhüde uygun olarak tasarruf işlemi yapılmaktadır. Eserin tamamlanmasına rağmen taahhüt veren tasarruf işlemi yapmaktan kaçınırsa, mahkemenin bu hususa ilişkin olarak vereceği hüküm kurucu nitelikte olacak; yani hüküm, mali hakkı veya kullanım hakkını devreden iradesi yerine geçerek, hakkın veya kullanım yetkisinin doğrudan devrini sağlayacaktır⁵².

Eser sahibi ileride meydana getireceği her tür veya aynı türden bütün eserleri üzerindeki mali haklarına ilişkin taahhüt işlemleri yapabilir. Ancak bu tür bir işlemin eser sahibine yüklediği ağır yükümlülüğü nazara alan kanun koyucu, hem eser sahibine hem de sözleşmenin karşı tarafına bir yıl sonra hüküm ifade etmek üzere, yapacakları bir ihbarla sözleşmeyi feshedebilme imkânı tanımıştır (FSEK m. 50/2). Öğretilerde buradaki fesih hakkının herhangi bir şarta tabi kılınmayacağı ve hakkın kullanılmasının zorlaştırılmayacağı ileri sürülmektedir⁵³. Yine öğretide bu fesih hakkının yalnızca eser sahibine tanınması gerektiği; zira onun fikri yaratıcılıkla ifa edilebilecek ağır bir taahhüt

altına girdiği ve sözleşmenin feshinden göreceği zararın çoğu kez sözleşmenin karşı tarafından çok daha ağır olacağı savunulmaktadır⁵⁴.

Sözleşme ileride meydana getirilecek bir veya birkaç esere ait mali hakların devri taahhüdünü içeriyorsa, eser sahibinin sözleşme serbestisini kısıtlayan bir durum söz konusu olmadığından, FSEK m. 50/2'deki hükmün uygulama alanı bulamayacağı ileri sürülmektedir⁵⁵.

FSEK, sözleşmenin tek taraflı irade beyanıyla ortadan kaldırabilmesi imkânının yanı sıra, kendiliğinden hüküm ifade edecek bazı sona erme nedenlerine de yer vermiştir. FSEK m. 50/3'e göre: **"Eser tamamlanmadan önce, eser sahibi ölür veya tamamlama kabiliyetini yayı eder yahut kusuru olmaksızın eserin tamamlanması imkânsız hale gelirse zikri geçen taahhütler kendiliğinden münfesh olur. Diğer tarafın iflas etmesi veya sözleşme uyarınca devraldığı mali hakları kullanmaktan aciz duruma düşmesi yahut kusuru olmaksızın kullanmanın imkânsız hale gelmesi hallerinde de aynı hüküm caridir."** Bu hüküm öğretide haklı olarak eleştirilmekte ve bunun yayım sözleşmesinde kendiliğinden sona erme sebeplerini düzenleyen TBK m. 500'e⁵⁶ yollama yapılmasının daha uygun olacağı savunulmaktadır⁵⁷.

Gelecekte yapılması veya tamamlanması düşünülen eserler taahhüt işlemlerine konu olabilseler de, ileride çıkarılacak mevzuatın eser sahibine tanınması muhtemel mali hakların devrine veya bunların başkaları tarafından kullanılmasına ilişkin olarak yapılan bir taahhüt geçersizdir (FSEK m. 51/1). Yine ileride çıkarılacak bir mevzuatla mali hakların kapsamlarının genişletilmesinden veya koruma sürelerinin uzatılmasından doğacak yetkilerden vazgeçmeyi yahut bunların devrini

54 EREL, 2009, s. 296.

55 AYDINCIK, 2006, s. 52; EREL, 2009, s. 299; TEKİNALP, 2012, s. 222.

56 Bu hükme göre: "Eser sahibi eseri tamamlamadan önce ölür veya tamamlama yeteneğini yitirir ya da eseri tamamlaması kendi kusuru olmaksızın imkânsız duruma gelirse, sözleşme kendiliğinden sona erer. Ancak, sözleşmenin tamamı veya bir bölümünün yerine getirilmesi mümkün ve hakkaniyete uygun bulunursa hâkim, sözleşme ilişkisinin devam etmesine ve bunun için gereken değişikliklerin yapılmasına karar verebilir.

Yayımcı iflas ederse yayımlanan, eseri başka bir yayımcıya verebilir; ancak, iflas anında henüz muaccel olmamış borcun yerine getirileceği konusunda güvene gösterilmişse, yayımlanan eseri başka bir yayımcıya veremez."

57 EREL, 2009, s. 298.

50 Bu hükme göre: "Sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılmıyorsa, intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilir.

Bu takdirde malik, haklarını, devralana karşı doğrudan doğruya ileri sürebilir."

51 DALYAN, 2009, s. 211; AYDINCIK, 2006, s. 48; ÖZTAN, 2008, s. 573; EREL, 2009, s. 295.

52 ÖZTAN, 2008, s. 573; DALYAN, 2009, s. 212; EREL, 2009, s. 295; AYDINCIK, 2006, s. 50.

53 EREL, 2009, s. 297; AYİTER, 1981, s. 215; ARSLANLI, 1954, s. 178; DALYAN, 2009, s. 212; AYDINCIK, 2006, s. 52.

öngören sözleşme hükümleri de geçersizdir (FSEK m. 51/2).

Taahhüt işlemiyle tasarruf işleminin ayrıldığı hallerde, taahhüt işlemindeki bir sakatlığın tasarruf işlemi de sakatlayıp sakatlamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmanın temel noktası tasarruf işleminin sebebe bağlı olup olmadığıdır. Bir görüşe göre, alacağın temliki, mali hakların veya bunların kullanılmasının devrine ilişkin işlemlere de uygulanacağından (FSEK m. 53), tasarruf işlemleri de alacağın temliki gibi sebepten soyuttur⁵⁸. Ancak taraflar, mali hakkın devrini, kararlaştırdıkları hukuki sebebin mevcut olması veya gerçekleşmesi şartına bağlayarak işlemi sebebe bağlı hale getirebilirler⁵⁹. Bu görüşe karşın, taahhüt ve tasarruf işlemlerinin eser sahibinin manevi menfaatlerini yakından ilgilendirdikleri ve bu nedenle ister birlikte isterse ayrı ayrı yapılmış olsunlar, sebebe bağlı olduklarının kabul edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁶⁰.

2. MALİ HAKLARININ KORUNMASI

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, FSEK'in 5. bölümünde düzenlenen hukuk ve ceza davalarıyla koruma altına alınmıştır. FSEK, fikir ve sanat eserleri üzerindeki manevi ve mali hakların ihlali halinde özel hukuk bağlamında şu davaların açılabilmesine imkân tanımıştır: tecavüzün ref'i davası (FSEK m. 66-68), tecavüzün men'i davası (FSEK m. 69), tazminat davası (FSEK m. 70/1-2) ve temin edilen kârın devri davası -vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan dava- (FSEK m. 70/3)⁶¹. FSEK'in 5. bölümünün dışında olmakla beraber m.15/3'de düzenlenen eser sahibinin tespiti davası da, gerçek eser sahibini belirleme amacıyla olduğundan, hakkı

58 ÖZTAN, **2008**, s. 569; AYİTER, **1981**, s. 207; TEKİNALP, **2012**, s. 232; ARSLANLI, **1954**, s. 177. Ancak taahhüt ve tasarruf işlemleri birleştirilmişse bu ikisi bir bütün teşkil edeceğinden, birindeki sakatlık diğeri de etkileyecektir.

59 ÖZTAN, **2008**, s. 566; AYİTER, **1981**, s. 207.

60 EREL, **2009**, s. 296; AYDINCIK, **2006**, s. 49.

61 Hak sahibinin korunması amacıyla açılacak bu davaların etkinliğini artırabilmek için FSEK'te iki imkân görülmüştür. Bunlardan ilki, teminat koşuluna bağlı olmaksızın ihtiyati tedbir talebi (m. 77); ikincisi ise, FSEK'te öngörülen davaların sonunda alınan hükümlerin ilanını isteyebilmektir (m. 78). DURGUT, Ramazan "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları", **Prof. Dr. Hüseyin Üğen'e Armağan Cilt:1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1075, dn. 2.

korumaya yönelik davalardan biri olarak kabul edilebilir⁶².

2.1. TECAVÜZÜN REF'İ DAVASI (SALDIRININ DURDURULMASI DAVASI)

FSEK m. 66/1'e göre: "Manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimse tecavüz edene karşı tecavüzün ref'ini dava edebilir." Ref kelimesi "kaldırmak" anlamına gelmektedir. Bu dava sayesinde manevi veya mali hakları hukuka aykırı bir biçimde saldırıya uğrayan, mevcut saldırının kaldırılmasını; daha doğru bir deyişle saldırıya son verilerek, bertaraf edilmesini talep edebilecektir.

Bu davanın açılabilmesi için saldırıda bulunanın kusurunun varlığı aranmamaktadır (FSEK m. 66/3). Saldırı, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından gerçekleştirilmişse bu dava, işletme sahibine karşı da açılabilir (FSEK m. 66/2). Aslında burada, TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğuna ve TMK m. 50'de düzenlenen tüzel kişinin organlarının eylemlerinden sorumluluğuna paralel bir düzenleme getirilmiştir. Bu halde de saldırıda bulunanların veya aleyhine dava açılacak işletme sahibinin kusurunun varlığı aranmayacaktır (FSEK m. 66/3)⁶³. FSEK'te hâkimin saldırıda bulunanın kusurunun bulunup bulunmadığı ve eğer varsa bunun ağırlığını tespit etmesi gerektiği belirtilmişse de bu tespit, saldırının durdurulması davası bakımından değil, bu dava kapsamında alınacak önlemler bakımından önem taşımaktadır (FSEK m. 66/4)⁶⁴. Ancak bu ifadede saldırıda

62 Bu dava, bir eserin kimin tarafından meydana getirildiğinin ihtilaflı olduğu hallerde sahipli bir eserin aslında kendisi tarafından meydana getirildiğinin iddia edildiği hallerde açılır. FSEK'te her ne kadar bu davanın bir tespit davası olduğu belirtilmiş ise de, öğretide, bu davanın bir eda davası olduğu savunulmaktadır. Zira mahkemenin kararı yalnızca bir hukuki olguyu tespit etmekle kalmamakta, eserin sahipliğini de davayı kazanan kişiye vermektedir. TEKİNALP, **2012**, s. 308.

63 Ancak işletme sahibinin sorumlu olması, mali hakkı ihlal edenleri sorumluluktan kurtarmaz. Bu durumda hem işletme sahibi hem de saldırıyı gerçekleştiren kişi müteselsilen sorumlu olurlar (TBK m. 61). GENÇ-ARİDEMİR, **2003**, s. 178.

64 TEKİNALP, **2012**, s. 311, 319; KILIÇOĞLU, **2006**, s. 385. Aynı yönde; Yargıtay HGK, 15 Aralık, 2010, E: 607/K: 663, www.hukukturk.com, (erişim tarihi 16.05.2012). Bu hüküm kapsamında alınabilecek tedbirlerin neler olabileceği hükümde açıkça düzenlenmediğinden, hâkim somut olayın durumuna göre gereken her türlü tedbirin alınmasına karar verebilecektir. Kılıçoğlu, **2006**, s. 385.

bulunanın kusurunun bulunmaması halinde, tedbir alınmasına karar verilemeyeceği gibi bir sonuç da çıkarılmamalıdır. Zira hâkim, bu hükümde gösterilen diğer unsurları da (eser sahibinin manevi ve mali hakları, saldırının kapsamı ve saldırının durdurulması halinde saldırıda bulunanın uğrayabileceği muhtemel zararları) nazara alıp, bunların toplamından bir sonuç çıkararak karara varacaktır⁶⁵.

Saldırının durdurulması davası bakımından saldırıda bulunanın kusuru aranmadığı gibi, saldırıya uğrayanın zararının varlığı da aranmamaktadır. Zira bu dava zararın giderilmesi amacıyla değil, zararın doğmaması ya da artmaması amacıyla açılmaktadır. Yani; bu dava bakımından önem taşıyan tek unsur, saldırının objektif olarak hukuka aykırı teşkil etmesidir⁶⁶.

2.1.1. Mali Haklara Saldırı Halinde Davanın Konusu

Manevi haklara saldırı halinde açılacak saldırının durdurulması davası FSEK m. 67'de düzenlenmişken, mali haklara saldırı halinde açılacak davanın konusu m. 68'de düzenlenmiştir.

68. maddenin 1. fıkrasına göre, gerekli izin alınmaksızın bir eseri işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleriyle sözleşme yapılmış olması halinde kendilerinden istenebilecek bedelin veya FSEK hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlası istenebilir⁶⁷. Bu hükümde her ne kadar "FSEK hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedel" ifadesine yer verilmiş olsa da, FSEK'te rayiç bedelin tespiti usulüne ve tespitinde kullanılacak kriterlere ilişkin hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Öğretideki bir görüşe göre, bu hükümde mali hakları saldırıya uğrayan şahsa iki imkân sunulmuş olup, dilediğini seçmesine imkân tanınmıştır⁶⁸. Birinci imkân tercih edilirse objektif

olmaktan ziyade subjektif bir hesaplamanın yapılması gerektiği; yani hakkı saldırıya uğrayanın isteyebileceği veya diğer eserleri için almakta olduğu bedelin nazara alınması gerektiği savunulmaktadır. Toplumda oldukça tanınan bir sanatkârın gerçekten korunabilmesi kanaatimizce de ancak böyle bir bakış açısıyla sağlanabilecek niteliktedir⁶⁹. İkinci imkân tercih edilirse, FSEK hükümleri nazara alınarak belirlenecek rayiç bedelin de aslında subjektif bir yaklaşımla tespit edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁰. Bu nedenle öncelikle eser sahibinin kendi eserleri arasındaki rayiç bedel nazara alınacak; fakat eser sahibinin böyle bir çıkarım yapmaya imkân verecek başka eserlerinin bulunmaması halinde objektif bir belirme yapılacaktır.

Tekinalp ise, bu hükmün hak sahibine seçimlik bir imkân tanımadığını ileri sürmektedir. Yazara göre bu maddenin 5728 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde⁷¹ "emsal veya rayiç bedel" talebi, uğranılan zarara bağlanmıştı. Yapılan değişiklikten sonra zarar unsuru metinden çıkarılmıştır. Bu nedenle hükmün son haline göre esas olan, varsayımsal sözleşme yöntemidir. Hak sahibi, daha önce ölçü alınabilecek sözleşmeler yapmamışsa, ölçü yokluğu nedeniyle rayiç usulüne başvurmak gerekir⁷².

Öğretide bu hükümdeki bedelin bir tazminat değil, hak sahibine ödenmesi gereken kanuni bir ceza olduğu savunulmaktadır⁷³. Bilindiği gibi FSEK

69 ÖZTAN, **2008**, s. 648; DALYAN, **2009**, s. 232; BAŞPINAR/KO-CABEY, **2007**, s. 268-269.

Yargıtay'a göre ise: "Somut olayın özelliğine göre varsayımsal sözleşme bedeli tayin edilirken eser sahibinin bilimsel/sanatsal yeterliliği, üretim kapasitesi gibi subjektif nitelikleri eserin beğeni ölçüsü, sayfa sayısı estetik görünümü, nitelik ve niceliği, ihlal edilen hakkın türü, coğrafi kapsamı ihlal süresi ihlalin yapıldığı vasıta bunun geniş halk kitlelerine ulaşımı gibi objektif kriterler, sözleşme yapılsaydı istenebilecek bedelde dikkate alınacaktır." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22 Kasım 2012, E: 5434/K: 10736, www.hukukturk.com.tr, (erişim tarihi 16.05.2012).

70 ÖZTAN, **2008**, s. 648; DALYAN, **2009**, s. 232; GENÇ-ARIDEMİR, **2003**, s. 189.

71 Bu hükme göre "Eser, eser sahibinin izni olmadan çevrilmiş, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış, diğer biçimde işlenmiş veya radyo-televizyon gibi araçlarla yayınlanmış veya temsil edilmiş ise; izni alınmamış eser sahibi, sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir. Bu bedelin tespitinde öncelikle ilgili meslek birliklerinin görüşü nazara alınır."

72 TEKİNALP, **2012**, s. 318-319.

73 TEKİNALP, **2012**, s. 319; ÖZTAN, **2008**, s. 649; YASAMAN, **2002**, s. 811.

65 KILIÇOĞLU, **2006**, s. 386; DALYAN, **2009**, s. 228.

66 ÖZTAN, **2008**, s. 634; DALYAN, **2009**, s. 228; EREL, **2009**, s. 331; ARKAN, **2005**, s. 275.

67 Öğretide de haklı olarak ifade edildiği gibi hükümde geçen "en çok üç kat fazlasını isteyebilir" şeklindeki ifade, "üç katını isteyebilir" şeklinde anlaşılmalıdır. ÖZTAN, **2008**, s. 649.

68 ÖZTAN, **2008**, s. 647-648; DALYAN, **2009**, s. 232; Yargıtay 11. HD, 25. Ocak 2010, E: 2008-8996/K: 2010-757, www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi 16.05.2012).

m. 68/1'e dayanarak talepte bulunabilmek için ne davacının zararı ne de davalının kusuru aranır. Ancak hakka yönelik saldırı davacının bir zararının doğmasına neden olmuşsa ve bu zarar, FSEK m. 68/1 uyarınca yapılan taleple karşılanamıyorsa, davalının kusuru ve zararın miktarı ispatlanarak ayrıca bu zararın tazminini talep edebilmek de mümkündür⁷⁴.

Ayrıca FSEK'e göre hak sahibi bedel talep ettiği, saldırıda bulunana karşı onunla bir sözleşme yapmış olması durumunda sahip olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilecektir (FSEK m. 68/6). Bu hükümde sözleşme ile kastedilen taraflar arasındaki fiili bir sözleşme değil, farazi (fiktif) bir sözleşmedir⁷⁵. Zira 68. maddenin 1. fıkrasında "sözleşme yapılmış olması halinde" denilerek bu farazi sözleşmeye işaret edilmiştir.

FSEK m. 68/2-3'de ise, izinsiz olarak çoğaltılan eser nüshalarının, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların, özel hukuk hükümlerine göre nasıl bir işleme tabi tutulacakları düzenlenmiştir. Bu düzenlemede izinsiz çoğaltılan nüshaların satışa çıkarılmış olup olmamalarına göre bir ayrıma gidilmiştir.

İzinsiz çoğaltılan nüshalar satışa çıkarılmamışsa, yalnızca çoğaltma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu durumda hak sahibine üç seçimlik hak tanınmıştır. Bu haklar çoğaltılmış nüshaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve

benzeri araçların imhası⁷⁶ veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesi ya da saldırıda bulunan kişi ile arasında sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilmesidir⁷⁷ (FSEK m. 68/2). Hükümün devamında bu hususun, izinsiz çoğaltanın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı da hükme bağlanmıştır (FSEK m. 68/2)⁷⁸.

Tekinalp'e göre, 68. maddenin 2. fıkrasında öngörülen üçüncü seçenek, hak sahibiyle saldırıda bulunan arasında bir sözleşme bulunmasına rağmen, saldırıda bulunanın eseri sözleşmede öngörülen sayıdan fazla üretmesi halinde söz konusu olur⁷⁹. Ancak öğretilerdeki diğer yazarlar FSEK'in bu hükmünü mevcut bir sözleşmenin varlığına ve saldırıda bulunanın eseri sözleşmede öngörülenden daha fazla sayıda çoğaltmasına bağlamamaktadırlar. Gerçekten burada ifade edilmek istenen, hak sahibinin saldırıda bulunanla sözleşme yapmış olması halinde isteyebileceği bedelin üç katını talep edebileceğidir⁸⁰. Ayrıca taraflar arasında bir sözleşmenin varlığına rağmen eserin, sözleşmede öngörülenden daha fazla sayıda çoğaltılması halinde de hak sahibinin dilerse sözleşmeye aykırılık hükümlerine dilerse de FSEK'te öngörülen hükümlere başvurabileceği unutulmamalıdır.

Yine Tekinalp'e göre, üçüncü seçeneğin tercih edilmesi halinde, saldırıda bulunanın sözleşme ücretinin üç katı tutarında bir bedeli hak sahibine ödemesi şartıyla çoğalttığı nüshaları kanuni

Yargıtay ise bu bedeli "mali haklar tazminatı" olarak nitelendirmektedir. Yargıtay 11. HD, 16 Haziran 2003, E: 787/K: 6343. Karar için bakınız: SULUK, Cahit /ORHAN, Ali, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt:2**, , Arıkan, İstanbul, 2005.

74 TEKİNALP, **2012**, s. 319; DURGUT, **2007**, s. 192-193; ÖZTAN, **2008**, s. 649-650; ARKAN, **2005**, s. 278.

Ancak YASAMAN, saldırının durdurulması davasının tazminat talebinden tamamen bağımsız olduğunu, bu nedenle 68. maddede öngörülen bedelle birlikte maddi tazminatın da talep edebileceğini ve bu maddi tazminattan 68. maddede öngörülen bedelin indirilmemesi gerektiğini savunmaktadır. YASAMAN, Hamdi, **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku: Fikir ve Sanat Eserleri Endüstriyel Tasarımlar Patentler İle İlgili Makaleler - Mütalâalar - Bilirkişi Raporları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 189; YASAMAN, **2002**, s. 818-819.

75 ÖZTAN, s. **2008**, 650; KILIÇOĞLU, **2006**, s. 395. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22 Kasım 2002, E: 5434/K: 10736; Yargıtay HGK, 20, Mart 2002, E: 11-176, K: 214; Yargıtay 11. HD, 24 Kasım 2010, E: 1188/K: 11996; Yargıtay 11. HD, 25 Şubat 2010, E: 2008-11423/K: 2010- 2165, www.kazancı.com.tr, (erişim tarihi 16.05.2012).

Yasaman'a göre saldırıda bulunanın bu hükümden yararlanma imkânı yoktur. Yani; o, farazi sözleşmenin külfetlerine katlanacak ve nimetlerinden yararlanamayacaktır. YASAMAN, **2002**, s. 811.

76 Öğretilerde çoğaltmaya yarayan vasıtaların saldırıda bulunanın veya saldırıya iştirak edenlerin mülkiyetinde bulunduğu sürece imhaya müsait olduğu, üçüncü şahısların mülkiyetinde olan çoğaltma vasıtalarının bu duruma alırdmadan imha edilemeyeceği savunulmaktadır. TEKİNALP, **2012**, s. 321; ÖZTAN, **2008**, s. 653; DALYAN, **2009**, s. 234; EREL, **2009**, s. 341; ARKAN, **2005**, s. 278; GENÇ-ARIDEMİR, **2003**, s. 192.

77 Bu halde de saldırı da bulunanın kusuru ve aşan zararlar ispatlanmak koşuluyla bu bedelin yanı sıra tazminat talebinde bulunabilmek mümkündür. KILIÇOĞLU, **2006**, s. 396.

78 Bu durumda saldırıda bulunanın çeşitli kanunlardan doğan sorumlulukları sona ermeyip, devam eder. TEKİNALP, **2012**, s. 322; ÖZTAN, **2008**, s. 660; Arkan, s. 280; GENÇ-ARIDEMİR, **2003**, s. 196.

79 TEKİNALP, **2012**, s. 321-322. TEKİNALP'e göre aynı hüküm bilgisayar programının izinsiz tekrarı izinsiz yeniden iletimi; oyunun, filmin, dizinin sözleşmedeki süreyi başarı şekilde oynatılması halinde de uygulanır.

80 EREL, **2009**, s. 343; ÖZTAN, **2008**, s. 660; GENÇ-ARIDEMİR, **2003**, s. 196.

koşullar çerçevesinde ticaret mevkiine koyabilir⁸¹. Yasaman ise, ceza niteliğindeki bir ödemenin hukuka aykırı bir eylemi hukuka uygun hale getiremeyeceği için, saldırıda bulunanı hak sahibi olarak kabul etmenin mümkün olmadığını ileri sürmüştü; ancak bu nüshaların akıbetinin ne olacağı hususunda bir fikir beyan etmemiştir⁸².

Eserin çoğaltılmış nüshalarının ve çoğaltmaya yarayan araçların imhasının veya uygun bir bedel karşılığında devrinin talebi, saldırının durdurulmasına imkân verebilecek niteliktedirler. Ancak davacının saldırıda bulunan kişi ile arasında sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep etmesi bu kapsamda düşünülemeyeceği gibi, bu talebi bir tazminat olarak nitelendirmek de mümkün değildir. Zira saldırıda bulunanın kusurunun varlığı halinde haksız fiil hükümleri uyarınca istenebilecek tazminat FSEK m. 70/2'de ayrıca hükme bağlanmıştır. Burada ise, talepte bulunabilmek adına saldırıda bulunanın kusuru varlığı aranmadığı gibi, talep sınırı zarar miktarıyla da sınırlandırılmamıştır. Bu nedenle öğretide "bedelin üç katı" bedel ödenmesi, saldırıda bulunanı caydırmaya yönelik kanuni bir ceza olarak nitelendirilmektedir⁸³.

İzinsiz çoğaltılan nüshalar satışa çıkarılmışsa çoğaltma hakkının yanı sıra yayma hakkı da ihlal edilmiş olmaktadır⁸⁴. FSEK m. 68/3'e göre, "İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir." Görüldüğü gibi çoğaltılmış nüshaların imhasını veya maliyet fiyatını aşmayacak uygun bir bedelle devrini istemek, yalnızca saldırıda bulunanın elinde bulunana nüshalar bakımından mümkündür. Nüshalar üçüncü kişilere satılmışsa, artık bu nüshaların devri veya imhası talep edilemez⁸⁵.

Nihayet FSEK m. 68/5'de fıkrasında hak sahiplerinden birinin, ikinci ve üçüncü fıkralar uyarınca talepte bulunması halinde, Ceza Muhakemesi Kanununun el koymaya ilişkin hükümlerinin delil elde etmek amacı dışında uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

2.1.2. Mali Hakları Devralanların Saldırının Durdurulması Davası Açıp Açamayacakları Sorunu

FSEK m. 66'ya göre "mali hakları tecavüze uğrayan kimse" saldırıda bulunana karşı saldırının durdurulmasını dava edebilir. FSEK m.68/1'e göre ise, mali haklara saldırıda bulunulması halinde talepte bulunabilecek kişi "hak sahibi"dir. Bu durumda bir eser üzerindeki mali haklar devredilmediği müddetçe, saldırının sona erdirilmesi davasını açma hakkı, eser sahibine ve onun ölümü halinde bu hakları miras yoluyla kazanan mirasçılara aittir. Ancak mali hak geçerli bir biçimde üçüncü kişiye devredilmiş ve saldırı devredilen mali hakka yönelik olarak gerçekleştirilmişse, davacı sıfatı, mali hakkı devralan kişilere ait olacaktır⁸⁶. Zira bu durumda devredilen mali haklar eser sahibinin malvarlığından çıkıp, devralanın malvarlığına dâhil olmaktadır. Hatta eser sahibinin veya mirasçılarının devrettikleri mali hakkı kullanmaya devam etmeleri veya başkalarının kullanmalarına müsaade etmeleri de mali hakka yönelik bir saldırı teşkil edecek ve mali hakkı devralan bunlara karşı da saldırıya son verilmesi davası açabilecektir⁸⁷.

Bunun yanı sıra eser sahibi, belli bir mali hakkını devretmiş olmakla birlikte o mali hakkın sermerelerinden, hakkı devralanla birlikte yararlanmaktaysa kendisine de dava hakkının tanınması gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁸.

81 TEKİNALP, **2012**, s. 322. Aynı Yönde; Başpınar/Kocabay, s. 270; ÖZTAN, **2008**, s. 660; GENÇ-ARİDEMİR, **2003**, s. 196; EREL, **2009**, s. 343; Yargıtay, 11. HD, 7 Temmuz 1987, E: 1836/K: 4331. Karar için Bakınız; SULUK/ORHAN, **2005**, s. 787.

82 YASAMAN, **2002**, s. 811.

83 TEKİNALP, **2012**, s. 305. YASAMAN, **2002**, s. 811. ÖZTAN, **2008**, s. 649. Ancak bu cezanın bir özel hukuk cezası olduğu unutulmamalıdır.

84 EREL, **2009**, s. 341.

85 EREL'e göre çoğaltılan nüshalar saldırıda bulunanın elinden tamamen çıkmışsa, artık hak sahibinin bunlara ilişkin olarak bir talep hakkı mevcut değildir. Bu durumda çoğaltmaya yarayan araçların imhası veya devri ya da farazi sözleşme hükümleri uyarınca telif ücretinin üç katının tazminin isteyebilir. EREL, **2009**,

s. 341. ÖZTAN ise, satışın izinsiz çoğaltma ve yaymaya iştirak niteliği taşımadığı sürece, hak sahibinin, saldırıda bulunanın elinden çıkan nüshalar bakımından yalnızca sözleşmenin varlığı halinde talep edebileceği miktarın üç katını isteyebileceğini ileri sürmektedir. ÖZTAN, **2008**, s. 661. Aynı yönde; KAYPAKOĞLU, **1997**, s. 157-158.

86 ÖZTAN, **2008**, s. 623-624; ARKAN, **2005**, s. 281; DALYAN, **2009**, s. 236-237; KARAHAN/SULUK/SARAÇ vd., **2011**, s. 117; EREL, **2009**, s. 334; TEKİNALP, **2012**, s. 323; GENÇ-ARİDEMİR, **2003**, s. 175, dn. 553; ARSLANLI, **1954**, s. 209.

87 KARAHAN/SULUK/SARAÇ vd., **2011**, s. 117; EREL, **2009**, s. 334; AYİTER, **1981**, s. 254; KAYPAKOĞLU, **1997**, s. 150; GENÇ-ARİDEMİR, **2003**, s. 175-176, dn. 553.

88 ÖZTAN, **2008**, s. 624. Kendisine yalnızca bir veya birkaç

Mali hakkı devralanın bu davada ileri sürebileceği talepler, mutlaka kendi hakkıyla sınırlı olmalıdır. Örneğin; yayma hakkını yalnızca Doğu Anadolu Bölgesi için devralan kişi, Marmara bölgesinde haksız dağıtım yapılması halinde bu davayı açamamalıdır. Bir edebi eserin bin nüsha ile sınırlı olarak çoğaltma ve yayma hakkını devralan, izinsiz çoğaltılan nüshalar bu sayıyı aşıyor olsa bile, ancak bin tanesinin kendisine devrini veya imhasını talep edebilmelidir (FSEK m. 68/2). Yine çoğaltma ve yayma hakkı sınırlı bir biçimde devredilmiş olup da, haksız çoğaltma ve yayımın takdir edilecek değeri mali hakkın sağlayabileceği istifadeyi aşıyorsa, bu aşan kısmın kendisine ödenmesini mali hak sahibi değil, yalnızca eser sahibi talep edebilmelidir⁸⁹.

2.1.3. Lisans Alanların Tecavüzün Ref'i Davası Açıp Açamayacakları Sorunu

Mali hakları kullanma yetkisinin devredildiği halde lisans alanın saldırıya son verilmesi davası açıp açamayacağı hususunda FSEK'te hiçbir hükme yer verilmediği gibi, bu konuda öğretide de bir fikir birliği bulunmamaktadır⁹⁰. Aslında öğretilerdeki tartışmaların temel noktası, lisansın sahibine sağladığı hakkın aynı tesirli olup olmadığına ilişkindir. Erel tarafından savunulan görüşe göre, lisans verme aynı tesirleri olan bir tasarruf işlemidir. Bu nedenle lisans sahibinin sahip olduğu yetkileri gerek

lisans verene ve gerekse de üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği ve hakkı kullanmasını engelleyen müdahale ve tasarruflara karşı bizzat dava açma yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Hatta hakkı korumak için dava açmadığı takdirde doğacak mali zarardan da duruma göre eser sahibine veya mali hak sahibine karşı sorumlu olmalıdır. Bu görüşü savunanlar, lisans verilmiş olmasına rağmen, mali hakkın özü itibarıyla eser veya hak sahibinin malvarlığında kalmaya devam edeceğinden, onların da ayrıca dava açmalarında hiçbir sakınca bulunmadığını ileri sürmektedirler. Ancak bu durumda mahkemenin vereceği hükümden ilk etapta lisans alan yararlanacaktır. Örneğin; FSEK m. 68/2 uyarınca maliyet fiyatını aşmamak koşuluyla çoğaltılmış nüshaların ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların uygun bir bedel karşılığında davacıya teslimine hükmedilmişse, uygun bedeli bizzat ödenmiş olması şartıyla devir, çoğaltma ve yayma hakları üzerinde lisans sahibi olan kişiye yapılmalıdır⁹¹.

Erel, bu görüşünün doğruluğunu FSEK m. 68/4'e dayandırmaktadır⁹². Bu hükme göre: "İkinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır."

Daha önce de değindiğimiz gibi Erel, FSEK'in münhasır ve basit lisansa ilişkin düzenlemelerini öğretilerdeki diğer yazarlardan farklı bir şekilde anlamaktadır. Bu yazara göre, lisans verme, mali hakka özgü kullanma ve yararlanma yetkilerinin ya tamamen ya da kısmen devri şeklinde olabilir. Bu yetkiler tamamen bir kişiye devredilmişse, artık lisans alanın durumu fiilen mali hak sahibinin durumundan farksız hale gelir. Bu takdirde mali hakkın kullanılması devir işlemiyle kararlaştırılan süre zarfında yalnızca lisans sahibine ait olur ki; FSEK'te tam ruhsat (münhasır lisans) kavramıyla ifade edilmek istenen husus da budur. Buna karşılık kullanma yetkilerinin çeşitli bakımlardan bölünerek devri de mümkündür. FSEK, bu tür lisansları basit ruhsat (lisans) olarak adlandırmaktadır⁹³. Görüldüğü gibi yazar, basit ve münhasır lisans bakımından tümsellik ve kısmîlikten başka esaslı bir

mali hak devredilmiş olmasına rağmen, devralan, devir konusunun dışında bırakılan mali hakları da kullanmaya çalışırsa, eser sahibi veya mirasçısı ya da ilgili mali hakkı devralan diğer üçüncü kişiler bu duruma müdahale ederek, devralana karşı tecavüzün durdurulması davası açabilirler. Bu durumun aynı zamanda taraflar arasındaki sözleşmenin ihlali sayıldığı ve bu durumda davacının dilerse sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurabileceği de unutulmamalıdır. KILIÇOĞLU, **2006**, s. 375-376; GENÇ-ARİDEMİR, **2003**, s. 173. Ayrıca devredilen bir mali hakkın üçüncü kişiler tarafından ihlali aynı zamanda manevi haklara da bir saldırı teşkil ediyorsa, eser sahibinin veya mirasçılarının da manevi haklarını koruyabilmek adına bu davayı açabilecekleri kabul edilmelidir. ÖZTAN, **2008**, s. 642-625; DALYAN, **2009**, s. 237; EREL, **2009**, s. 334.

89 EREL, **2009**, s. 343; ÖZTAN, **2008**, s. 657, 660.

90 Markalara, patentlere ve endüstriyel tasarımlara ilişkin lisansların sahibine dava hakkı tanıyıp tanımadığı bu hakların özel olarak düzenlendiği kanun hükmünde kararnamelerde (KHK) açıkça düzenlenmiştir. (556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK m. 21/6; 551 sayılı Patent haklarının Korunması Hakkında KHK m. 148; 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK m. 60) Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız; Ongan, s. 128-132. Bunlara benzer bir hükme FSEK'te de yer verilmesi, farklı görüş uygulamaların ortaya çıkmasını engelleyebilmek bakımından daha doğru olurdu.

91 EREL, **2009**, s. 304-305, 334. Aynı yönde ARSLANLI, **1954**, s. 174.

92 EREL, **2009**, s. 334.

93 EREL, **2009**, s. 305.

fark görmediği için, bu iki lisans türü arasında da bir ayırım yapmamış ve her ikisi için de aynı görüşü benimsemiştir.

Tekinalp de lisans verme işleminin aynı etkilere sahip bir tasarruf işlemi olduğunu kabul etmekle birlikte, saldırının durdurulması davası açma hakkının lisans sahibine tanınmaması gerektiğini, aksi bir kabulün mali hak sahibinin gelecekteki haklarını ihlal edebileceğini ileri sürmektedir. Yazara göre lisans sahibine yalnızca maddi tazminat davası açabilme hakkını tanımak daha adil bir çözüm olacaktır⁹⁴.

Öğretide lisans sözleşmesinden doğan hakkın aynı bir etkisinin bulunmadığı da ileri sürülmektedir⁹⁵. Bu görüştekilere göre, lisans sahibi üçüncü kişilerin hakkını ihlal eden eylemlerine karşı saldırıya son verilmesini dava edemeyecek ve yalnızca mali hak sahibine başvurarak ondan gerekli önlemleri almasını talep edebilecektir. Yani lisans, sahibine (yalnızca lisans verene karşı ileri sürülebilecek) şahsi bir hak sağladığından, saldırı halinde dava açma hakkı münhasıran mali hakkın sahibine aittir. Lisans işleminin amacına ulaşabilmesi için, lisans alanın haklarını başkaları tarafından ihlal edilmeden kullanabilmesi gerekir. Bu nedenle hakka yönelik bir saldırı halinde lisans veren, eser veya mali hak sahibi sıfatıyla duruma müdahale etmelidir. Lisans verenin lisans konusu mali hakkı koruması onun akdi bir yükümlülüğü olduğundan, lisans alanın başvurusuna rağmen saldırıya son verilmesini dava etmemesi akde aykırılık teşkil edecek ve bu nedenle lisans verenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Ancak taraflar aralarında anlaşarak lisans alana, saldırılara karşı dava açma yetkisi tanıyabilirler ve hatta onu bu hususta yükümlü kılabilirler.

Görüldüğü gibi bu görüşte de münhasır ve tam lisans arasında hiçbir ayırım yapılmamış, her ikisi içinde aynı esas benimsenmiştir.

Bu husustaki bir diğer görüş ise, lisans verme işleminin aynı tesirleri olan bir tasarruf işlemi olduğunu kabul etmekle birlikte, doğru olarak

münhasır ve basit lisans arasında bir ayrıma gitmektedir. Bu görüştekilere göre, münhasır lisans, sahibine lisansa konu olan hakkı kullanma ve yararlanma yetkisi vermekle birlikte aynı zamanda savunma (men) hakkı da tanır. Lisans sahibi bu son hakkını üçüncü kişilere ve hatta eser sahibine karşı da kullanabilir. Yani bu tür lisansla lisans veren, lisans konusu mali hakkın kullanılmasını üçüncü bir kişiye devretmemek ve kendisi de bu hakkı kullanmamak yükümlülüğü altındadır⁹⁶. Basit lisansla da lisans sahibi lisans konusu hakkı kullanma ve yararlanma yetkilerine sahiptir. Ancak münhasır lisansın aksine basit lisans, sahibine savunma (men) hakkı tanımaz. Zira basit lisans sahibi, sözleşmenin kurulması esnasında aynı hakkı kendisinin yanı sıra başkalarının da kullanabileceğini kabul ettiğinden, artık üçüncü kişilerin bu hakkı kullanmalarına engel olamaz. Bu durum basit lisansın sahibine sağladığı hakkın mutlak niteliği ile bağdaşmıyor gibi gözükse de; lisans sahibi, hak sahibinin veya üçüncü kişilerin aynı hakkı kullanabileceklerini en baştan kabul ettiğinden, üçüncü kişilerin izinsiz veya izinsiz olarak aynı hakkı kullanmaları hiçbir şekilde onun mutlak hakkını zedelememektedir⁹⁷.

Bu görüştekiler, görüşlerinin doğruluğunu basit lisanslara hâsılat (ürün) kirasına, münhasır lisanslara ise intifa hakkına ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngören FSEK m. 56/3'e dayanarak ispatlamaya çalışmaktadırlar⁹⁸.

2.1.3.1. Yargıtay'ın Konuya İlişkin Görüşü

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 1999 tarihli bir kararına göre, tam ruhsat sahibinin fiilen mali hak sahibinden farkı yoktur. Ancak FSEK, ruhsat sahibinin tecavüzün ref'ini talep edip edemeyeceği hususunda bir hüküm getirmemiştir. Ruhsat, doktrinde tasarruf işlemi olarak kabul edildiğine göre,

94 TEKİNALP, 2012, s. 234; 323.

95 AYİTER, 1981, s. 213-214, 254; YILDIRIM, 1999, s. 56; ARKAN, 2005, s. 233-234, 281; HIRSCH, 1948, s. 223. OKTAY-ÖZDEMİR, de sınai haklara ilişkin lisans sözleşmelerin mutlak değil, şahsi hak verdiğini savunmaktadır. OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe "Fikri Değerler Üzerindeki Haklar İle Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 593-598.

96 ÖZTAN, 2008, s. 562; AYDINCIK, 2006, s. 59; KAYPAKOĞLU, 1997, s. 151. Ancak öğretilerde lisans işleminde açıkça yer verilmek kaydıyla lisans verenin de mali hakkı kullanabileceği ve bunun lisansın inhisariliğine zarar vermeyeceği de ileri sürülmektedir AYDINCIK, 2006, s. 59; KARAHAN/SULUK/SARAÇ vd., 2011, s. 117. Aksi Görüş; ÖZTAN'a göre bu durumda lisans basit lisansa dönüşür. ÖZTAN, 2008, s. 562.

97 AYDINCIK, s. 62; TÜYSÜZ, 2007, s. 117; KAYPAKOĞLU, 1997, s. 151.

98 AYDINCIK, 2006, s. 62. Aksi görüş; YILDIRIM'a göre bu düzenleme yalnızca kanunen öngörülen bir kıyasen uygulama haline işaret etmektedir. Yoksa münhasır lisansa aynı etki sağlamak gibi bir amaç söz konusu değildir. YILDIRIM, 1999, s. 56.

ruhsat sahipleri tecavüzün önlenmesi ve tazminat davası açabilirler. Hatta açmadıkları takdirde doğacak zarardan mali hak sahibine veya eser sahibine karşı sorumlu olabilirler⁹⁹. Ancak aynı daire 2006 tarihli bir kararında, FSEK m. 68/1'e göre talepte bulunmanın eser sahibine veya mali hakkı eser sahibinden geçerli bir biçimde devralan kişilere ait olduğunu; lisans sahiplerinin ise bu maddeye dayalı olarak dava açma haklarının bulunmadığını içtihat etmiştir. Yargıtay bu sonuca, lisans verilmesine rağmen, lisans konusu hakkın halen lisans verende kalmaya devam ettiği gerekçesiyle varmıştır¹⁰⁰. Yine aynı daire 2007 tarihli bir kararında 68. madde uyarınca talepte bulunma hakkının eser sahibine veya eser sahibinden mali hakları devralan kişiye ait olduğunu ve ruhsat sahibinin zararlarının karşılanmasını açacağı maddi tazminat davasında (FSEK m. 70/2) isteyebileceğini belirtmiştir¹⁰¹.

Yargıtay, lisans sahibinin hakkına yönelik saldırı nedeniyle maddi tazminat talep edebileceğini kabul etmekle beraber, bu yöndeki bir davanın açılmasını lisans verenin iznine bağlayan sözleşme hükümlerini de geçerli kabul etmektedir. Bu yöndeki bir karara¹⁰² göre: "Davacı ile dava dışı yabancı uyruklu şirket arasındaki 21.11.1997 tarihli lisans sözleşmesi içerik itibariyle; dava konusu eser de dahil olmak üzere bir kısım eserlerin çoğaltma hakkının, FSEK.nun 48/2. fıkrasına göre, Türkiye'de inhisari kullanım yetkisinin devrine ilişkin olup «mali hakların devri söz konusu olmadığından» davacı bu lisans sözleşmesine dayalı olarak FSEK.nun 70/2. fıkrasına dayalı olarak haksız fiil tazminatı isteyebilir.

Ne var ki, 21.11.1997 tarihli lisans sözleşmesinin 8/4. maddesinde; lisans verenin telif haklarının ihlali halinde lisans alan davacının kendiliğinden harekete geçemeyeceği ve izinsiz dava açamayacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece, mali hakların sahibi olan dava dışı şirket ile davacı arasında akdedilen sözleşmeye konulan özel hüküm ile davacının üçüncü kişiler aleyhine

hangi şartlarda dava açabileceği özel olarak düzenlenmiştir. Sözleşmede bulunan anılan bu özel hükmün davacıyı bağlayacağı kuşkusuz olup, bu hüküm itibariyle, davacının lisans verenden izin almaksızın dava açma hakkı bulunmamaktadır."

2.2. TECAVÜZÜN MENİ DAVASI (SALDIRININ ÖNLENMESİ DAVASI)

Saldırının önlenmesi davası, manevi ve mali haklara karşı gerçekleştirilmesi muhtemel bir saldırının önlenmesi amacıyla açılacak bir davadır. Ayrıca gerçekleşmiş bir saldırının devam etmesinin ya da tekrarlanmasının muhtemel olduğu hallerde de bu davanın açılabilmesi mümkündür (FSEK m. 69/1).

Başlamış ve devam eden bir saldırının varlığı halinde durdurma davasıyla saldırının doğurduğu sonuçlarla birlikte ortadan kaldırılması, önleme davası ile de ya muhtemel bir saldırı tehlikesinin ya da saldırının tekrar suretiyle devamının önlenmesi amaçlanmaktadır. Yani amaçları birbirinden farklı olduğu için gerekli koşullar mevcut olduğu sürece bu iki davanın birlikte açılabilmesi mümkündür¹⁰³.

Bu dava bakımından da önemli olan tek şey, muhtemel saldırının objektif olarak hukuka aykırı olmasıdır. Ancak saldırının önlenmesi davası, durdurma davasından farklı olarak mali ve manevi haklara yönelik saldırı tehlikesi bakımından ayrı ayrı ele alınmamıştır.

Bu davada mahkeme, eser sahibinin manevi ve mali haklarını, saldırının veya saldırı tehlikesinin kapsamını, saldırıda bulunanın kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve saldırının önlenmesi halinde saldırıda bulunan uğraması muhtemel zararlarını değerlendirip durumun gereklerini göz önüne alarak saldırının önlenmesi için gerekli göreceği tedbirlerin alınmasına karar verir (FSEK m. 66/4, 69/2). Mahkemenin vereceği bu tedbirlere örnek olarak; saldırıda bulunan ya da bulunması muhtemel olan kişiye bir işin yapılmasını ya da

99 Yargıtay, 11. HD, 11 Mart 1999, E: 1998-9958/K: 1999-3423, www.hukukturk.com.tr, (erişim tarihi: 16.05.2012).

100 Yargıtay 11.HD, 20 Ocak 2006, E: 2005-166/K: 2006-330, www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 16.05.2012).

101 Yargıtay 11. HD, 20 Kasım 2007, E: 200-6776/K: 2007-14566, www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 16.05.2012).

102 Yargıtay 11. HD, 6. Şubat 2006, E: 2005-1101/K: 2006-994, www.hukukturk.com.tr, (erişim tarihi: 16.05.2012).

103 TEKİNALP, 2012, s. 326; ÖZTAN, 2008, s. 667; DALYAN, 2009, s. 241; EREL, 2009, s. 344; ARKAN, 2005, s. 278. Yargıtay, davacının saldırının durdurulması davasında bedel talebinde bulunduğu hallerde, taraflar arasında sözleşme yapılmış gibi bir durumun doğduğunu ve bu nedenle yasallaşan bir faaliyet nedeniyle artık saldırının önlenmesi talebinde bulunulamayacağını içtihat etmiştir. Yani Yargıtay'a göre bedel talebi ile birlikte saldırının önlenmesi dava edilemeyecektir. Yargıtay, 11. HD, 7 Temmuz 1987, 1836/4131; Yargıtay 11. HD, 31 Ekim 2003, 11539/10196, www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 16.05.2012).

yapılmamasını emretmek veya izinsiz çoğaltılan nüshaları veya çoğaltmada kullanılan araçları ihtiyati tedbir kapsamında geçici olarak zapt etmek yahut bu nüshaları bozmak ya da imha etmek gösterilebilir¹⁰⁴.

FSEK m. 69 bu davayı "eser sahibinin" açabileceği düzenlenmiştir. Ancak böyle bir sınırlamaya gitmenin hiçbir makul gerekçesi, bulunmamaktadır. Zira kapsam ve sonuçları daha ağır olan saldırının durdurulması davası sadece eser sahibi tarafından değil, hak sahibi tarafından da açılabilir. 69. maddenin ifadesine rağmen, Kanunun sisteminde bir ahenksizlik yaratmamak için bu dava bakımından da aynı esası benimsemek gerekir¹⁰⁵. Bu halde bir eser üzerindeki mali haklar devredilmediği müddetçe, saldırının önlenmesi davası açma hakkı eser sahibine ve onun ölümlü halinde bu hakları miras yoluyla kazanan mirasçılara aittir (FSEK m. 63, 69/2, 68/4). Ancak mali hak geçerli bir biçimde üçüncü kişiye devredilmişse, önleme davası, mali hakkı devralan kişi tarafından açılacaktır (FSEK m. 69/2, 68/4).

Kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde münhasır lisansta, hem lisans veren ve hem de lisans alan dava açma hakkına sahiptir; ancak dava lisans veren tarafından açılrsa da alınan hükümden yararlanacak olan lisans sahibidir. Basit lisansta ise dava açma hakkı münhasıran lisans verene aittir.

2.3. TAZMİNAT DAVASI

Bir eserden doğan hakların hukuka aykırı bir biçimde ihlali halinde meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak açılacak tazminat davaları FSEK m. 70'de düzenlenmiştir. Saldırının durdurulması veya önlenmesi davaları, eserden doğan hakların saldırıya uğraması halinde, bu saldırıdan kaynaklanan hukuka aykırı sonuçları bertaraf etmek ya da saldırıyı önlemek amacıyla açılmaktadır. Oysa tazminat davası eserden doğan hakların ihlali nedeniyle hak sahiplerinin uğradığı maddi veya manevi zararların tazmin edilmesine yöneliktir. Bu nedenle diğer davaların açılmış olması, kural olarak, tazminat davası açmaya engel değildir. Hatta tazminat talebi bu davalarla birlikte ileri sürülebilir.

104 DALYAN, 2009, s. 243; EREL, 2009, s. 344; GENÇ-ARIDEMİR, 2003, s. 199.

105 ÖZTAN, 2008, s. 666; TEKİNALP, 2012, s. 326; DALYAN, 2009, s. 242; EREL, 2009, s. 344; ARKAN, 2005, s. 287-288.

FSEK m. 70/1 manevi hakların ihlali nedeniyle açılacak tazminat davasına ilişkindir¹⁰⁶. İkinci fıkrada ise, mali hakları ihlal edilenin, saldırıda bulunanın kusurunun varlığı halinde haksız fiillere ilişkin hükümler çerçevesinde tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Aslında FSEK'de böyle bir düzenleme yapılmamış olsaydı da TBK m. 49 ve devamında düzenlenen haksız fiillere ilişkin hükümler uyarınca maddi ve manevi tazminat davaları açılabilirdi.

Bu çerçevede bir mali hakkın hukuka aykırı bir biçimde ihlali halinde, maddi veya manevi¹⁰⁷ bir zarar ortaya çıkmışsa ve doğan zararlar ihlal eylemi arasında uygun illiyet bağı varsa, tazminat talebinde bulunmak mümkündür. Ancak bunun için ihlalde bulunanın kusurlu olması şarttır (TBK m. 49). Kusurun derecesi tazminat miktarının belirlenmesinde nazara alınacak unsurlardan birisidir (TBK m. 51/1). Ancak koşulları oluşmuşsa adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuna ilişkin düzenleme burada da geçerli olacağından, işletme sahibinin kusuru olmasa da, çalışanlarının eylemlerinden dolayı sorumluluğuna hükmedilebilecektir (TBK m. 66).

Tazminat talebinde bulunan zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükümlülüğü altındadır (TBK m. 50/1).

2.4. VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEYE DAYANAN TALEPLER

Fikri haklara yönelik olarak gerçekleştirilen bir saldırı, hak sahibinin bir zararına yol açmışsa maddi ve manevi tazminat davalarıyla bu zararın giderilmesi amaçlanır. Bunun dışında FSEK m.

106 Bu hükme göre "Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir." Görüldüğü gibi Kanundaki düzenleme manevi hakların ihlali halinde yalnızca manevi tazminat açılmasına olanak verebilecek biçimdedir. Ancak manevi hakların ihlali durumunda manevi bir zararın yanı sıra maddi bir zararın doğabilmesi de ihtimal dâhilindedir. Öğretide 70. maddenin 1. fıkrasının ifadesine rağmen mali hakların ihlali halinde genel hükümlere göre maddi tazminat talep edilebileceği ileri sürülmektedir. Gerçekten genel düzenleme mevcutken, ayrıca özel olarak bu davanın açılabilmesinin öngörülmesine gerek yoktur. TEKİNALP, 2012, s. 304; DURGUT, 2007, s. 1082; ÖZTAN, 2008, s. 673; KILIÇOĞLU, 2006, s. 217-218; DALYAN, 2009, s. 246.

107 Mali hakların ihlali halinde maddi tazminat davası açılacağı gibi koşulları oluşmuşsa manevi tazminat davası da açılabilir. TEKİNALP, 2012, s. 304, 333; DURGUT, 2007, s. 1095-1096; ÖZTAN, 2008, s. 675; EREL, 2009, s. 347; KILIÇOĞLU, 2006, s. 219; ARKAN, 2005, s. 293; GENÇ-ARIDEMİR, 2003, s. 199-200.

70/3'de mali ve manevi hakların ihlali halinde, bu hakları saldırıya uğrayanın tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini de isteyebileceği hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi bu talep, saldırıda bulunanın kusurunun varlığına bağlanmadığı gibi, hak sahibinin mahrum kaldığı kâr miktarıyla da sınırlanmamıştır. Ayrıca 3. fıkrada bu talebin tazminattan ayrı olarak talep edilebileceği de açıkça düzenlenmiştir. Bu halde temin edilen kârın devri, tazminat niteliği taşımamaktadır¹⁰⁸. Aslında burada vekâletsiz iş görmeye dayanan bir talep söz konusudur¹⁰⁹. Kendi menfaatine yapılmamış olsa bile iş sahibinin (fikri hakları saldırıya uğrayanın) iş görmeden doğan faydaların kendisine verilmesini talep edebileceği TBK m. 530'da açıkça düzenlenmiştir. Bu imkân sayesinde saldırıda bulunanın hak etmediği kârı kendisine saklaması önlenilebilecektir.

70. maddenin 3. fıkrasının ifadesinden her türlü tazminat talebinin yanı sıra temin edilen kârın devrinin de talep edilebileceği bir sonuca varılabilirse de, aslında burada tazminatın türüne göre bir ayırım yapılmalıdır. Öncelikle saldırıya uğrayanın hiçbir zarar uğramadığı hallerde de karın devrini talep edebileceği belirtilmelidir. Ancak manevi bir zararın varlığı halinde, manevi tazminat talebiyle temin edilen kârın talep edilebilmesi ayrı işlemlere sahip bulunduğundan, diğer koşullar da mevcutsa, hem manevi tazminatın hem de temin edilen kârın birlikte talep edilmesi mümkündür¹¹⁰. Yine hem fiili zararın tazminini hem de temin edilen karı devrini birlikte istemek mümkün olmalıdır. Çünkü bu iki talep tamamen farklı amaçlara hizmet etmektedir. Ancak maddi zarar yalnızca yoksun kalınan kar şeklinde ortaya çıkmışsa bu durumda hem bu zararın hem de temin edilen karı devrini birlikte talep etmek mümkün olmamalıdır. Zira temin edilen kazancın iadesiyle birlikte artık ortada bir zarar kalmayacağından maddi tazminat talebi konusuz

kalır¹¹¹.

FSEK m. 70/3'ün son cümlesinde saldırıya uğrayanın tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini talep ettiği hallerde, FSEK m. 68 uyarınca saldırının durdurulması davasında talep edilen bedelin indirileceği hükme bağlanmıştır. Bilindiği gibi bu hükümde "sözleşme yapılmış olsaydı istenebilecek bedel" ile çoğaltılmış nüsha ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp gibi gereçlerin bir "bedel" karşılığında devredilmesinden söz edilmektedir. Burada iki bedel talebine yer verildiği için 70. maddede bu ikisinden hangisine gönderme yapıldığını tespit etmek gerekir. Öğretideki bir görüşe göre 70. maddede her iki bedel de kastedilmiş olup, indirilecek bedelin tayini hak sahibinin yapacağı seçime göre belirlenecektir¹¹². Bu konuda savunulan bir diğer görüşe göre ise, indirilecek bedelle kastedilen, çoğaltılmış nüsha ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp gibi gereçlerin davacıya devredilmesi durumunda karşılığında ödenmesi gereken bedeldir¹¹³. Buna karşın indirilmesi gereken bedelin üç kat fazlaya ilişkin bedel olduğu da savunulmaktadır¹¹⁴. Kanunun lafzına bakılarak birinci görüş lehine bir yorum yapmak mümkün olduğu gibi, saldırıya uğrayanı daha iyi koruyabilmek bakımından ikinci görüşe katılmak uygundur. Üçüncü görüş ise, hak sahibinin zararına olduğundan bu görüşe katılmamız mümkün değildir.

111 ÖZTAN, **2008**, s. 678; TEKİNALP, **2012**, s. 334; DURGUT, **2007**, s. 1094-1095; DALYAN, **2009**, s. 248; ARKAN, **2005**, s. 296. Ancak öğretide temin edilen karın devriyle mali hak sahibinin fiili zararı veya mahrum kaldığı karı karşılanabiliyorsa, ayrıca maddi tazminata hükmetmenin mümkün olmayacağı da savunulmaktadır. Bu görüştekilere göre, bu durumda malvarlığında tazmini gerektiren bir sebep kalmamış olacaktır. Ancak zarar temin edilen kârla karşılanamıyorsa ayrıca maddi tazminat talep edilebilir mümkündür. YASAMAN, **2002**, s. 816; BAŞPINAR/KOCABEY, **2007**, s. 271; KILIÇOĞLU, **2006**, s. 403; AYİTER, **1981**, s. 263. Ancak kanaatimizce fiili zararla yoksun kalınan kâr arasında hiçbir ayırım yapmayan bu görüşe katılabilmek FSEK m. 70/3'ün ifadesi karşısında mümkün değildir.

112 DALYAN, **2009**, s. 248-249; EREL, **2009**, s. 349.

113 TEKİNALP, **2012**, s. 335.

114 ARKAN, **2005**, s. 296; KILIÇOĞLU, **2006**, s. 403. Yargıtay'ın bu konuya ilişkin bir kararına göre: "...davacının FSEK m. 68'de açıklanan telif tazminatı isteminde bulunabileceği, bilirkişinin hesapladığı telif tazminatının 141,00 TL olduğu, temin edilen kâr ile telif tazminatının birlikte istenmesi durumunda ise, bunlardan yalnızca birinin tahsiline karar verilebileceği, temin edilen kâr miktarının ise 185,00 TL olarak belirlendiği, şu hale göre temin edilen kâr miktarı, telif tazminatı miktarından fazla olduğundan, yalnızca temin edilen kârın hüküm altına alınmasının mümkün bulunduğu..." Yargıtay 11. HD, 25 Şubat 2010, E: 2008-11423/K: 2010- 2165, www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 16.05.2012).

108 ÖZTAN, **2008**, s. 677; ARKAN, **2005**, s. 295-296; DURGUT, **2007**, s. 1094; TEKİNALP, **2012**, s. 334; BAŞPINAR/KOCABEY, **2007**, s. 271; DALYAN, **2009**, s. 248.

109 TEKİNALP, **2012**, s. 334; DALYAN, **2009**, s. 248; ÖZTAN, **2008**, s. 677; EREL, **2009**, s. 349; YASAMAN, **2002**, s. 816; ARKAN, **2005**, s. 295; KILIÇOĞLU, **2006**, s. 402.

110 TEKİNALP, **2012**, s. 334; DURGUT, **2007**, s. 1094; ÖZTAN, **2008**, s. 678; ARKAN, **2005**, s. 296; GENÇ-ARIDEMİR, **2003**, s. 206.

SONUÇ

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki fikri haklar 5846 sayılı Kanun (FSEK) kapsamında düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Bir fikir ve sanat eserini meydana getirenin bu Kanunda işaret edilen haklara sahip olduğunu ve hakkına yönelik bir ihlal karşısında yine bu Kanunda öngörülen davaları açabileceğini söylememiz mümkündür.

Eser sahibi veya mirasçıları, kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve içerik itibarıyla sınırlı veya sınırsız bir şekilde, karşılıklı ya da karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler (FSEK m. 48/1). Bu takdirde devredilen mali hak, eser sahibinin malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına gireceğinden, hakka yönelik saldırılar karşısında gereken davaları açabilme hakkı da devralana ait olacaktır.

FSEK, eser sahibinin veya mirasçılarının eser üzerindeki mali haklarını tamamen veya kısmen devredebileceklerini öngördüğü gibi, yalnızca kullanma yetkisini devredebilmelerine de müsaade etmiş ve bu işlemi ruhsat verme olarak adlandırmıştır (FSEK m. 48/2). Öğretide lisans sözleşmesi olarak adlandırılan bu işlemin, basit ve münhasır olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Münhasır lisans, lisans sahibi, mali hakkı kullanma yetkisine sahip olabilmek bakımından tektir. Yani mali hak sahibi lisansa konu olan hakkı bizzat kendisi kullanmayacağı gibi, bu yetkiyi bir başkasına da tanıyamaz ve bu nedenle mali hakkı kullanma imkânı yalnızca lisans sahibine aittir. Basit lisans ise lisans veren, bu lisansı aynı yer ve zaman bakımından başkalarına da verebileceği gibi, lisans konusu hakkı bizzat kendisi de kullanabilmektedir.

Mali hakları kullanma yetkisinin devredildiği hallerde lisans alanın saldırıya son verilmesi davası açıp açamayacağı hususunda FSEK'te hiçbir hükme yer verilmediği gibi, bu konuda öğretide de bir fikir birliği bulunmamaktadır. Aslında öğretideki tartışmaların temel noktası, lisansın sahibine sağladığı hakkın aynı tesirli olup olmadığına ilişkindir.

Lisansın aynı tesirli bir tasarruf işlemi olduğunu kabul edenler, hem münhasır hem de basit lisans sahibinin FSEK'te öngörülen davaları açabileceklerini kabul ederler. Buna karşın lisans verme işleminin aynı etkilere sahip bir tasarruf işlemi olduğunu kabul etmekle birlikte, saldırının durdurulması davası açma hakkının lisans sahibine

tanınmaması gerektiğini, aksi bir kabulün, mali hak sahibinin gelecekteki haklarını ihlal edebileceğini de ileri sürenler vardır. Bu görüştekilere göre, lisans sahibine yalnızca maddi tazminat davası açabilme hakkını tanımak daha adil bir çözüm olacaktır. Yargıtay'da lisans sahibinin hakkına yönelik bir saldırı karşısında yalnızca tazminat davası açabileceğini içtihat etmektedir.

Bu görüşe karşın, lisans verme işleminin taraflar arasında şahsi bir borç ilişkisi doğurduğunu kabul edenler, ne münhasır ne de basit lisans sahibinin FSEK'te öngörülen davaları açabileceklerini kabul etmezler.

Bu husustaki bir diğer görüş ise, lisans verme işleminin aynı tesirleri olan bir tasarruf işlemi olduğunu kabul etmekle birlikte, kanaatimizce de doğru olarak münhasır ve basit lisans arasında bir ayrıma gitmektedir. Münhasır lisans, sahibine, lisansa konu olan hakkı kullanma ve ondan yararlanma yetkisi vermekle birlikte aynı zamanda savunma (men) hakkı da tanır. Lisans sahibi bu son hakkını üçüncü kişilere ve hatta eser sahibine karşı da kullanabilir. Yani bu tür lisansla lisans veren, lisans konusu mali hakkın kullanılmasını üçüncü bir kişiye devretmemek ve kendisi de bu hakkı kullanmamak yükümlülüğü altındadır. Basit lisans da lisans sahibi, lisans konusu hakkı kullanma ve yararlanma yetkilerine sahiptir. Ancak münhasır lisansın aksine basit lisans, sahibine savunma (men) hakkı tanımaz. Zira basit lisans sahibi, sözleşmenin kurulması esnasında aynı hakkı kendisinin yanı sıra başkalarının da kullanabileceğini kabul ettiğinden, artık üçüncü kişilerin bu hakkı kullanmalarına engel olamaz. Bu durum basit lisansın sahibine sağladığı hakkın mutlak niteliği ile bağdaşmıyor gibi gözükse de; lisans sahibi, hak sahibinin veya üçüncü kişilerin aynı hakkı kullanabileceklerini en baştan kabul ettiğinden, üçüncü kişilerin izinli veya izinsiz olarak aynı hakkı kullanmaları hiçbir şekilde onun mutlak hakkını zedelememektedir. Ancak yine de taraflar aralarında anlaşarak basit lisans sahibinin de üçüncü kişilerin lisans konusu hakka yönelik saldırısına karşı, dava açabilme yetkisine sahip olduğunu kararlaştırabilmeleri mümkündür.

Ayrıca unutulmamalıdır ki; mali hakkı devralanın veya savunma hakkını haiz lisans sahiplerinin bu davalarda ileri sürebilecekleri talepler, kendi hakkıyla sınırlıdır.

Son olarak belirtmeliyiz ki; markalara, patentlere ve endüstriyel tasarımlara ilişkin lisansların sahibine dava hakkı tanıyıp tanımadığı bu hakların özel olarak düzenlendiği kanun hükmünde kararnemelerde açıkça düzenlenmiştir. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemeye göre aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin markadan doğan haklarına, tecavüz edilmesi durumunda, marka sahibinin bu KHK uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir. İnhisari olmayan lisans sahiplerinin, dava açma hakkı yoktur (m. 21/6). Markaya tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı olmayan bir lisans alan, noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle, gereken davayı açmasını marka sahibinden isteyebilir. Marka sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim alıldığı tarihten itibaren üç ay içinde, gerekli davanın açılmaması halinde, lisans alan yaptığı bildirim de ekleyerek, kendi adına dava açabilir. Lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Lisans alan, dava açtığını marka sahibine bildirir (m. 21/7)¹¹⁵. Bu düzenlemeye benzer düzenlemeler 551 sayılı Patentlerin Korunması Hakkında KHK'nın 148. maddesinde ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'nın 41. maddesinde yapılmıştır.

Bunlara benzer bir hükme FSEK'te de yer verilmesi, bu konuda farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmasını engelleyebilecek ve bu sayede lisans sahibi tam bir korumaya kavuşabilecektir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKSU, Mustafa, **Bilgisayar Programlarının Fikrî Mülkiyet Hukukunda Korunması**, Beta, İstanbul, 2006.
- AKSU, Mustafa, "Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısı Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt:1**, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 121- 158. (2010)
- ARKAN, Azra, **Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser**

- Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- ARSLANLI, Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1954.
- ATEŞ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin, Ankara, 2003. (2003)
- ATEŞ, Mustafa, "Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve Yayınlanmamış Eserler Fikrî Hukuka Göre Korunmaz mı?" **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl:2006, Cilt:23, Sayı:3, s 227-253. (2006)
- ATEŞ, Mustafa, **Fikri Hukukta Eser**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2007. (2007)
- AYDINCIK, Şirin, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, Arıkan, İstanbul, 2006.
- AYITER, Nuşin, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, S Yayınları, Ankara, 1981.
- BAŞPINAR, Veyse / KOCABEY, Doğan, **İnternette Fikrî Hakların Korunması**, Yetkin, Ankara, 2007.
- BEŞİROĞLU, Akın, **Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar: Fikrî Hukuk - Sinaî Haklar**, 3. Basım, Beta, İstanbul, 2004.
- ÇELİK, Abdullah, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali ve İhlalin Sonuçları**, Seçkin, Ankara, 2011.
- DALYAN, Şener, **Bilgisayar Programlarının Fikrî Hukukta Korunması**, Seçkin, Ankara, 2009.
- DURGUT, Ramazan, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları", **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan Cilt:1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1075-1095.
- EREL, Şafak N., **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Basım, Yetkin, Ankara 2009.
- GENÇ - ARIDEMİR, Arzu, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.
- HIRSCH, Ernst, **Fikrî ve Sinaî Haklar**, Ar Basımevi, Ankara, 1948.
- KARAHAN, Sami / SULUK, Cahit / SARAÇ, Tahir vd, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, 3. Basım, Seçkin, Ankara, 2011.
- KAYPAKOĞLU, Serhat, **Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması**, İpekçi Yayıncılık, İzmir, 1997.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet, **Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.
- OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, "Fikri Nitelikteki Sinaî Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuku Niteliği", **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 571-598. (2004)
- OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Sinaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin**

¹¹⁵ Marka lisansı sözleşmesi hakkında ayrıntılı için bakınız; ÖZEL, Çağlar, **Marka Lisansı Sözleşmesi**, Seçkin, Ankara, 2002.

- Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, Beta, İstanbul, 2002. (2002)
- ONGAN, Burak, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu**, Seçkin, Ankara, 2007.
- ÖZEL, Çağlar, **Marka Lisansı Sözleşmesi**, Seçkin, Ankara, 2002.
- ÖZTAN, Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008.
- SULUK, Cahit, **Yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele**, Hayat, İstanbul, 2004.
- SULUK, Cahit/ ORHAN, Ali, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt:2**, Arıkan, İstanbul, 2005.
- TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- TÜYSÜZ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler**, Yetkin, Ankara, 2007.
- USLU, Ramazan, **Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Eser Kavramı**, Seçkin, Ankara, 2003.
- YARSUVAT, Duygun, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, 3. Basım, Güray Matbaacılık, İstanbul, 1984.
- YASAMAN, Hamdi, "Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt:1**, Beta, İstanbul, 2002, s. 805-819. (2002).
- YASAMAN, Hamdi, **Marka Hukuku: 556 Sayılı KHK Şerhi Cilt:2**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004. (2004).
- YASAMAN, Hamdi, **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku: Fikir ve Sanat Eserleri Endüstriyel Tasarımlar Patentler İle İlgili Makaleler - Mütalâalar - Bilirkişi Raporları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006. (Mütalâalar)
- YILDIRIM, M. Fadıl, **Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri)**, Türkiye Bilişim Vakfı, İstanbul, 1999.

www.hukukturk.com.tr

www.kazanci.com

Kamu Çalışanlarının Büyükşehir Belediye Hizmetlerinden Memnuniyeti: Ankara Örneği

Araştırma

Betül GÜREL*, Çağlar ÖZEL**

*Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi İİBF, Aile ve Tüketici Bilimleri Bölümü
(Res. Asst., Hacettepe University Faculty of Economics & Administrative Sciences, Department of Family and Consumer Sciences)
(E-posta:byil@hacettepe.edu.tr)

**Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.
(Prof. Dr., Hacettepe University Faculty of Law, Department of Civil Law)
(E-posta:cozel@hacettepe.edu.tr)

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, kamu çalışanlarının Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin sunduğu hizmetlerden memnuniyet düzeylerini incelemektir. Belediyeler, toplumun önceliklerine göre kamusal ihtiyaçların karşılanması amacıyla oluşturulan kamu örgütlenmeleridir. Türkiye'de 16 büyükşehir belediyesi bulunmaktadır. Belediyelerin, belediye sınırları içinde şehir düzenini ve denetimini sağlamak; ruhsat, işyeri, imar ve işletme hizmetleri sunmak; halkın temel ihtiyaçlarını karşılamak ve ihtiyacı olanlara sosyal destek (yardım) sunmak gibi çok yönlü görevleri vardır. Bu çalışmaya, Ankara Büyükşehir Belediyesi, iki büyükşehir ilçe belediyesi, iki devlet üniversitesi, dört banka personeli, dört lise ile üç ilköğretim okulundan, 344 kadın ve 328 erkek olmak üzere toplam 672 çalışan katılmıştır. Katılımcı kamu çalışanlarının yaşları 18 ile 53 arasında değişmektedir ($M_{yaş} = 42,17$). Araştırmada kamu görevlilerinin sosyo-demografik nitelikleri hakkında veri toplamak amacıyla araştırmacılar tarafından bir kişisel bilgi formu hazırlanmıştır. Yine, kamu çalışanlarının belediye hizmetlerinden memnuniyetlerini ölçmek amacıyla araştırmacı tarafından "Belediye Hizmetleri Memnuniyet Ölçeği (BHMÖ)" adıyla Likert tipi üçlü derecelendirmeli bir ölçek geliştirilmiştir. BHMÖ'nün geçerliği için açımlayıcı faktör analizi yapılmıştır. BHMÖ'nün Cronbach Alpha katsayısı .965 bulunmuştur. Kişisel bilgi formu ile BHMÖ birlikte kamu görevlilerine araştırmacı tarafından uygulanmıştır. Araştırmadan elde edilen bulgulara göre, kamu çalışanlarının Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin sadece "halk ekmek" hizmetinden memnun; 16 hizmetinden kısmen memnun oldukları; buna karşın 36 hizmetinden ise memnun olmadıkları ortaya çıkmıştır. Bulgular literatür ışığında tartışılmış ve yorumlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Büyükşehir Belediyesi, Belediye Hizmetleri, Belediye Hizmetleri Memnuniyet Ölçeği, Kamu Çalışanları, Memnuniyet Algısı.

ABSTRACT

GOVERNMENT EMPLOYEES' SATISFACTION FROM METROPOLITAN MUNICIPALITY SERVICES: ANKARA EXAMPLE

The aim of this study is to investigate the satisfaction level of government employees from Ankara Metropolitan Municipality services. Municipalities are public organizations, which aim to fulfill the requirements of public and are formed according to needs of citizens. There are 16 metropolitan municipalities in Turkey. Municipalities have multiple functionalities within the city boundaries such as; city order and control, licensing, office reconstruction and management, fulfilling the basic needs of citizens and providing social support to those in need. This study consists of 344 female and 328 male government employees, which add up to 672 on total, from Ankara Metropolitan Municipality, 2 district municipalities, 2 state universities, 4 banks, 4 high schools and 3 primary schools. The age range of government employees that participate in the survey range from 18 to 53 ($M_{yas} = 42,17$). In the survey personal information of participants are collected to have information about the socio-demographic background of subject government employees. In this study a 3 degree Likert type scale, called Municipality Services Satisfaction Scale (MSSS), is developed to measure the satisfaction level of government employees from municipality services. To validate MSSS, exploratory factor analysis is made. For reliability of MSSS, Cronbach Alpha Coefficient ($\text{Alpha} = .965$) is calculated. Both the personal information and MSSS data is collected from the participating government employees. Findings of the research show that government employees are only satisfied from "bread production" service, partially satisfied from 16 services and unsatisfied from the remaining 36 services of Ankara Metropolitan Municipality. The findings were discussed in the light of related literature, and suggestion were made.

Keywords

Metropolitan Municipality, Government Services, Municipality Services Satisfaction Scale, Government Employees, Satisfaction Perception.

GİRİŞ

Bilindiği üzere, kamu hizmetleri çeşitli yöntemlerle ve örgütlenmelerle yerine getirilmektedir. Bu örgütlenmelerin niteliği kamu hizmetlerinin konusuna göre değişmektedir. Önceleri devlet, iç ve dış güvenlik hizmetleriyle ilgilenirken, zamanla haberleşme, eğitim, sağlık, ulaşım, çevre, altyapı, sosyal ve ekonomik nitelikli hizmetler de devlet tarafından sunulmaya başlanmıştır¹.

Büyük kentler, yalnızca kendi sınırları içinden ibaret değildir. Aynı zamanda kendi çevrelerindeki yerleşimlerle bütün oluşturmaktadırlar. Metropol ya da metropolis olarak da ifade edilen alanlar, büyük bir kentin ekonomik ve toplumsal etkisi altındaki çevre arazisinin bütünüdür². Eski Yunanca'da "anakent" anlamına gelen bu kavram, büyük bir yerleşme ve ona bağlı küçük yerleşim birimlerini kapsamaktadır. Metropol alanlarda

çeşitli yönetim birimleri bulunmaktadır. Bu yönetim birimleri, merkezi yönetim birimleri olabileceği gibi yerel yönetim birimleri de olabilir³. Yerel yönetim birimleri olan belediyeler, belediye sınırları içerisinde yaşayan yurttaşların mahalli ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla oluşturulan kamu örgütlenmeleridir. İşte bu noktada, özellikle büyük şehirlerin ve orada yaşayan halkın sorunlarını çözüme, etkili ve kaliteli hizmet sunmada, vatandaş memnuniyetini sağlamada birer yerel yönetim birimi olan belediyelere büyük görev ve sorumluluklar düşmektedir.

Belediyeler, toplumun önceliklerine göre kamusal ihtiyaçların karşılanması amacıyla oluşturulan kamu örgütlenmeleridir. Bu amacı gerçekleştirmek için tasarlanan Büyükşehir Belediyeleri'nin kurulması, 1984 yılında çıkarılan 195 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanmış; 3030 Sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında

1 TOPRAK, Zerrin, **Yerel Yönetimler**, Nobel Yayınevi, Ankara, 2006, s.4.

2 KELEŞ, Ruşen, **Kentleşme Politikası**, 9.Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2006, s.45.

3 ERGUN, Turgay, **Kamu Yönetimi/ Kuram, Siyasa, Uygulama**, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004, s.175.

Kanun⁴(1984) ile de büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine, merkezi idareler ile ilişkilerine dair esas ve usuller ortaya konmuştur. Büyükşehir belediyelerinin görev, yetki ve sorumlulukları 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun yedinci maddesinde ifade edilmiştir.

Büyükşehir belediyesi, en az üç ilçe belediyesini kapsayan ve bu belediyeler arasında koordinasyonu sağlayan; kanunlarla verilen görev ve sorumlulukları yerine getiren, yetkileri kullanan; idarî ve malî özerkliğe sahip ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişisini ifade etmektedir. Büyükşehir belediyesi büyükşehir belediye meclisi, büyükşehir belediye encümeni ve büyükşehir belediye başkanı olmak üzere üç organdan oluşmaktadır (Büyükşehir Belediyesi Kanunu m.3)⁵.

Belediyeler, mahalli topluluğun müşterek ihtiyaçlarını karşılayan kuruluşlardır. Kentlerin ihtiyaçları da, aslında insanların ihtiyaçlar hiyerarşisine benzemektedir. Dolayısıyla, belediyelerin en önemli görevlerinden biri bu hiyerarşiye göre politikalar geliştirmek ve düzenlemeler yapmaktır. Bu doğrultuda kentlerin gereksinimleri şu şekilde sıralanabilir:

1. Temel alt yapı (yol, su, enerji vb.) ihtiyaçları,
2. Sağlık ve esenlik (güvenlik, itfaiye hizmetleri, salgın hastalıklarla mücadele) ihtiyaçları,
3. Park, bahçe, oyun alanlarına duyulan ihtiyaç,
4. Yurttaşların kendilerini geliştirmelerine ve boş zamanlarını geçirmeye yönelik ihtiyaçları⁶.

Büyük kentlerde yaşayan tüketicilerin, kamu çalışanlarının ya da vatandaşların bu gereksinimlerini karşılamak amacıyla büyükşehir belediyeleri "*imar, iskan ve işletme*", "*ulaşım*", "*çevre düzeni*", "*halk sağlığı*", "*altyapı*", "*bütçe*", "*zabıta*", "*mezarlık ve defin*" v.b. birçok hizmet sunmaktadırlar. Bunların dışında büyükşehirin bütünlüğüne hizmet eden sosyal donatılar, bölge parkları, hayvanat

bahçeleri, hayvan barınakları, kütüphane, müze, spor, dinlenme, eğlence ve benzeri yerleri yapmak, yaptırmak, işletmek veya işletletmek; gerektiğinde amatör spor kulüplerine malzeme vermek ve gerekli desteği sağlamak, amatör takımlar arasında spor müsabakaları düzenlemek, yurt içi ve yurt dışı müsabakalarda üstün başarı gösteren veya derece alan sporculara belediye meclis kararıyla ödül vermek; sağlık merkezleri, hastaneler, gezici sağlık üniteleri ile yetişkinler, yaşlılar, engelliler, kadınlar, gençler ve çocuklara yönelik her türlü sosyal ve kültürel hizmetleri yürütmek gibi "*sosyal faaliyet*"lere ilişkin hizmetlerden de söz edilebilir.

Ülkemizde büyük şehirlerin sorunlarını çözüme ve vatandaşa/tüketicieye daha iyi, kaliteli, etkin hizmet sunmada büyükşehir belediyelerine daha da fazla sorumluluk yüklenmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nin başkenti olması, bürokrasinin ve siyasetin merkezi olması nedeni ile Ankara bu anlamda daha dikkat çekici konumdadır.

Tüketici ve Memnuniyet

Memnuniyet konusu ile ilgili araştırmaların çoğu göstermektedir ki, tüketiciler aldıkları ürün veya hizmetten memnun kaldıkları takdirde, aynı ürünü veya hizmeti tekrar alma eğilimi göstermektedir⁷. Dolayısıyla, belediye hizmetlerinden memnuniyet duyan aileler, diğer bir ifade ile tüketiciler de belediye hizmetlerinden aynı ölçüde yararlanmak için siyasi mekanizmalar aracılığı ile bu isteklerini belirteceklerdir. Ters durumda ise, yeni bir belediye hizmeti politikası yönünde baskı oluşturacaklardır. Kısacası tüketicilerin Ankara Büyükşehir Belediyesi hizmetlerinden duydukları memnuniyet derecesi, tüketicilerin gelecekteki davranışlarını önemli ölçüde etkileyecektir. Bu anlamda tüketici davranışlarının da her yönüyle anlaşılması, gösterilecekleri tepkilerin önceden kestirilmesi daha yararlı olacaktır⁸. Nasıl ki, herhangi bir şirket için o üründen müşterinin memnun ve tatmin olması önemli ise; topluma hizmet veren belediyeler için de hizmeti alan tüketicilerin memnuniyet derecesi oldukça önemlidir. Çünkü memnuniyet veya

4 3030 Sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun (1984). <http://www.kentli.org/yasa/3030.html>. (erişim tarihi 25.03.2011).

5 5216 Sayılı TBMM Büyükşehir Belediyesi Kanunu (2004). <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5216.html>. (erişim tarihi 06.03.2011)

6 ERTEN, Metin, **Nasıl Bir Yerel Yönetim?**, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1999, s.115.

7 TAYLOR, Steven A. & BAKER, Thomas L., "An assesment of the Relationship between Service Quality and Consumer Satisfaction in the formation of Consumers' Purchase Intentions", **Journal of Retailing**, Year:1994, Vol:70, No:2,(s.163-178), s.165.

8 ODABAŞI, Yavuz/BARIŞ, Gülfidan, **Tüketici Davranışı**, Media-Cat Akademi Yayınları, İstanbul, 2007,s.17.

memnuniyetsizlik, bir sonraki hizmetin yönünü, niteliğini, kalitesini, kaynaklarını değiştirecektir⁹. Başka bir ifade ile, belediyeler de tüketici profili ve halkın tüketim tercihleri doğrultusunda yeni stratejiler ve politikalar geliştirecektir¹⁰. Nitekim tüketicilerle ilgili yapılan araştırmaların çoğu da, kaliteye yönelik memnuniyet üzerinde yoğunlaşmaktadır¹¹.

Kamu hizmetlerinden sağlandığı düşünülen genel doyum düzeyi arttıkça kamu yönetimine duyulan güven ve memnuniyet de artabilir. Kamu yönetici ve çalışanlarının kararlar alma ve uygulama aşamalarında, yetkilerini kötüye kullanmaları, bazı kişi veya gruplarla kişisel, ekonomik veya politik çıkar ilişkisine girmeleri, görevleri gereği yapmakla yükümlü oldukları işleri rüşvet vb. karşılığında yapmaları ya da yapmamaları kayırmacılık-patronaj yolsuzluk kavramları ile açıklanmaktadır. Patronaj ilişkileri, kaynakların etkin kullanımını engellemekte, hizmetten yararlananlar arasında eşitsizliğe ve aynı kaynakla daha az hizmet sunulmasına yol açmakta¹² ve sonuçta kamuoyunda o kamu kurumunun hizmetlerine ilişkin memnuniyet azalmaktadır.

Bununla birlikte, vatandaşların aldıkları hizmetin kalitesini değerlendirirken, her zaman objektif olmadıkları gözlenmektedir. Kimi tüketici hizmetin sunulmuş biçimine dikkat ederken, diğeri deneyim ve beklentilerine göre bir hizmet algısı geliştirecektir. Bir başka ifade ile hizmetin kalitesinin ölçüsü kişiden kişiye değişiklik gösterecektir¹³. Tüm bunlardan hareketle, belediyelerin sunduğu hizmet kalitesinin algılanmasında yaşın, cinsiyetin, tecrübelerin, mesleğin, gelir durumunun, kültürün vb. önem arz ettiğini ve buna göre vatandaşların

hizmetlerden memnuniyet düzeylerinin belirlendiğini söylemek mümkündür.

Günümüzde modern toplumlarda kamu kurum ve kuruluşları, hükümetler ve yerel yönetimler halkın gereksinim duyduğu kamu hizmetlerini etkin ve kaliteli bir biçimde sunmaya çalışmaktadır. Tüm bu kurum ve kuruluşlar, bu hizmetleri sunarken müşteri odaklı bir tutum sergilemektedir. "Müşteri odaklılık" kavramının kamu yönetiminde ve kamu hizmetlerinde kullanılması kulağa farklı gelse de, kamu kurumlarını da bir hizmet işletmesi olarak düşündüğümüzde, bu kavramın kamu yönetimi için kullanılması sakıncalı olmayacaktır. En azından vatandaşa birer müşteri olarak hızlı, etkili ve güler yüzlü bir kamu hizmeti sunmanın psikolojik bir temel oluşturması bakımından sıcak bakılabilir¹⁴. Yerel yönetimler halka en yakın yönetim birimleridir. Bu nedenle kamu (belediye) hizmetlerinde kalite ve halkın memnuniyeti daha önemli görülmektedir. Çünkü kaliteli bir hizmet sunumunun arkasından gelen tüketici memnuniyeti, aynı zamanda kamu kaynaklarının verimli, etkili ve doğru yerde kullanıldığının da bir göstergesidir. Kamu hizmetlerinin birey temelli olmaktan ziyade, toplum temelli üretilmesi gereğinden yola çıkıldığında, kamu hizmetleri kalitesinin vatandaşların hizmet deneyimlerinin toplamı olduğunu söylemek mümkündür¹⁵.

Ömürgönülşen¹⁶ kamu sektörünün yönetiminin özel sektörün yönetiminden daha zor olduğunu belirtmektedir. Devletin kamu kaynaklarını etkin ve etkili olarak kullanabilmesi için kamu sektörünün performansını artırıcı bir yönetim (işletmecilik) yaklaşımının uygulanması gereğine değinmektedir. İşte yeni kamu işletmeciliği anlayışı kamu hizmetlerinde "kalite", "müşteri/vatandaş odaklılığı" ve "memnuniyet" kavramlarını vurgulamaktadır. Bu çerçevede, sunulan hizmetlerden vatandaşların memnuniyet düzeylerini belediyelerin bilmeleri, belediyelerin daha doğru

9 BEARDEN, William. O., TEEL, Jesse. "Selected Determinants of Consumer Satisfaction and Complaint Reports", **Journal of Marketing Research**, Year:1993, Vol:20, No:1, (s.21-28), s.21.

10 AÇAN, Bora." Kolayda Mallarda Müşteri Profili ve Tüketim Tercihleri: İstanbul Halk Ekmek Müşterilerine Yönelik Bir Araştırma",**Kafkas Üniversitesi İİBF Dergisi**. Yıl:2007, Cilt:21, Sayı:2, (s.261-280), s.264.

11 LACOBUCÇİ, Dawn, OSTROM, Amy & GRAYSON, Kent, "Distinguishing Service Quality and Customer Satisfaction: The Voice of the Consumer", **Journal of Consumer Psychology**, Year:1999, Vol:4, No:3, (s.277-303), s.277.

12 İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası (İSMMMO). **Yerel Yönetimlerde Hizmetlerden Memnuniyet ve Yolsuzluklar: İstanbul Araştırması**, İstanbul, 2009, s.5.

13 SARAN, Ulvi, **Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma/ Kalite odaklı Bir Yaklaşım**, Atlas Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 78.

14 ÇUKURÇAYIR, M. Akif, "Personel Yönetiminde Değişen Anlayışlar ve Yerel Yönetimler". **Türk İdare Dergisi**, Yıl:2002, Cilt:74, Sayı:437, (s.157-167), s.164.

15 SHIN, Doh C., "The Quality of Municipal Service: Concept, Measure and Results", **Social Indicators Research**, Year:1977, Vol:4, (s.207-229), s.211.

16 ÖMÜRGÖNÜLŞEN, Uğur, "Kamu Sektörünün Yönetimi Sorununa Yeni Bir Yaklaşım: Yeni Kamu İşletmeciliği", **Çağdaş Kamu Yönetimi I**, (edt. Muhittin Acar ve Hüseyin Özgür),1. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2003, (s.3-44), s. 32.

hizmet politikaları geliştirip uygulamalarında yol gösterici olabilir. Ancak, büyükşehir belediyelerinin sundukları hizmetlerden vatandaşların ne derecede memnun olup olmadıklarının bilinmesine ve bilimsel bulgulara ihtiyaç vardır. Bu nedenle bu araştırmada, "Kamu çalışanlarının büyükşehir belediye hizmetlerinden memnuniyetlerinin sırası ve derecesi nasıldır?" sorusuna yanıt aranmıştır. Bu soruya dayalı olarak, büyükşehir belediye hizmetlerinden memnuniyet konusu, birer tüketici olan ve büyükşehir hizmetleri hakkında bilgi sahibi olduğu düşünülen ve hizmetleri daha sağlıklı ve bilinçli değerlendirebileceklerine inanılan kamu çalışanları üzerinde yürütülmüştür.

YÖNTEM

Bu bölümde katılımcılar, veri toplama araçları, işlem yolu ve verilerin analizi üzerinde durulmuştur.

Katılımcılar: Bu araştırmada, katılımcıları belirlemek için farklı yöntemlerden yararlanılmıştır. Öncelikle farklı sapma miktarları için uygun örneklem büyüklüğü yaklaşık 600 kamu çalışanı olarak belirlenmiştir¹⁷. Sonra, seçkisiz (*random*) yöntemle veri toplanacak kamu kurumları belirlenmiştir. Ankara Büyükşehir Belediyesi çalışanlarının katılımcılar arasına seçkisiz olarak girmesi üzerine, yansızlığı korumak amacıyla farklı siyasi partilerin yönetiminde olan iki ilçe belediye çalışanları, katılımcılar arasına alınmıştır. Daha sonra ise belirlenen kamu kurumlarından kazara örnekleme (*accidental sampling*) yöntemiyle kamu çalışanlarına ulaşılmıştır. Böylece, bu çalışmaya Ankara Büyükşehir Belediyesi (n= 126) ile iki ilçe belediyesi (n= 130), merkez ilçe sınırları içerisindeki iki üniversite (n= 197), dört banka (n= 93) ve dört lise, üç ilköğretim okulu (öğretmenler) (n= 126) olmak üzere 344 kadın ve 328 erkek toplam 672 kamu çalışanı katılmıştır¹⁸. Katılımcı kamu çalışanlarının yaşları 18 ile 53 arasında değişmektedir ($M_{yaş} = 42,17$). Katılımcılardan % 25'i (n= 143) lise veya dengi okul mezunu, % 75'i (n= 529) üniversite veya yüksek okul mezunudur.

Veri Toplama Araçları: Araştırmada kamu görevlilerinin sosyo-demografik nitelikleri hakkında

veri toplamak amacıyla araştırmacı tarafından bir kişisel bilgi formu hazırlanmıştır. Yine, kamu çalışanlarının belediye hizmetlerinden memnuniyetlerini ölçmek amacıyla araştırmacı tarafından Belediye Hizmetleri Memnuniyet Ölçeği (BHMÖ) adıyla 54 hizmet maddesi içeren, Likert tipi üçlü derecelendirmeli bir ölçek geliştirilmiştir¹⁹. Kişisel bilgi formu ile BHMÖ birlikte kamu görevlilerine araştırmacı tarafından uygulanmıştır.

İşlem Yolu: Kamu çalışanlarının belediye hizmetlerine ilişkin memnuniyetlerini ölçmek amacıyla Belediye Hizmetleri Memnuniyet Ölçeği (BHMÖ) ile kişisel bilgi formu birlikte araştırmacı tarafından bireysel ya da grup halinde kamu görevlilerine uygulanmıştır. Uygulamadan elde edilen veriler bilgisayara girilerek analize hazır hale getirilmiştir.

Verilerin Analizi: Verilerin analizi için SPSS programı kullanılmıştır. Katılımcılardan belediye hizmetleri hakkında fikri olmayanlar, o hizmet maddesinin değerlendirilmesine dahil edilmiştir. Daha sonra, BHMÖ'de yer alan 54 hizmet maddesinden her biri için puan ortalamaları ve standart sapma değerleri hesaplanmıştır. Ölçekte yer alan her bir hizmet maddesinden kamu görevlilerinin memnuniyet derecelerini belirlemek amacıyla, üçlü betimsel derecelendirmedeki iki birim aralığı üç dereceye bölünerek dereceler için kesme puanlar hesaplanmıştır. Bu hesaplama sonucunda, memnun değilim= 1.000- 1.666 puan aralığı; kısmen memnunum= 1.667- 2.332 puan aralığı; memnunum= 2.333- 3.000 puan aralığı olarak belirlenmiştir.

BULGULAR

Bu bölümde kamu çalışanlarının büyükşehir belediye hizmetlerinden memnuniyetlerine ilişkin bulgular sunulmuştur. Bu amaçla, kamu çalışanlarının büyükşehir belediye hizmetlerinden memnuniyetine göre hizmetlerin sırası ve her hizmet maddesine ilişkin n, \bar{x} ve s değerleri ile memnuniyet derecesi Tablo-1'de verilmiştir.

Tablo-1'de görüleceği gibi, kesme puanları (memnun değilim= 1,000- 1,666 puan; kısmen memnunum= 1,667- 2,332 puan; memnunum=

17 BÜYÜKÖZTÜRK, Şener/BÖKEOĞLU, Ömer Çokluk/KÖKLÜ, Nilgün, **Sosyal Bilimler için İstatistik**, 4. Baskı, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara, 2009, s.1-11.

18 Bu araştırmada kamu hizmeti sunan kişiler kamu çalışanı olarak ele alınmıştır.

19 GÜREL, Betül, **Belediye Hizmetlerine İlişkin Memnuniyet Ölçeği Geliştirme: Kamu Çalışanları Üzerine Bir Uygulama**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.38.

2,333- 3,000 puan) kullanılarak bu hizmet maddelerinden kamu çalışanlarının memnuniyet dereceleri incelendiğinde, kamu çalışanlarının sadece "halk ekmek" hizmetinden **memnun** (\bar{x} =2,392) oldukları anlaşılmaktadır. Kamu çalışanlarının "Mezarlık ve defin ile ilgili hizmetleri yürütmek" (\bar{x} =2,183), "Meslek ve beceri kursları açmak" (\bar{x} =2,110) hizmetlerinden "Sokak çocuklarını topluma kazandırmak" (\bar{x} =1,725) hizmetlerine kadar değişen 2-17 sıra nolu hizmetlerden **kısmen memnun** oldukları görülmektedir. Buna karşın, "Üstün başarı gösteren sporculara ödül vermek" (\bar{x} =1,650), "İşyerlerine ruhsat vermek" (\bar{x} =1,647) hizmetlerinden başlayarak "Araç park yerlerini işletmek, işlettirmek, kiraya vermek" (\bar{x} =1,308) hizmetlerine kadar değişen 18-54 sıra nolu hizmetlerden ise **memnun olmadıkları** belirlenmiştir.

TARTIŞMA VE YORUM

Araştırmada "Kamu çalışanlarının büyükşehir belediye hizmetlerinden memnuniyetine göre hizmetlerin sırası ve memnuniyet derecesi nasıldır?" sorusuna yanıt aranmıştır. Tablo-1'den hatırlanacağı gibi, kamu çalışanlarının büyükşehir belediye hizmetlerinden memnuniyetleri sıralandığında sadece "**halk ekmek**" hizmetinden kamu çalışanları "**memnun**" olduklarını ifade etmişlerdir. Kamu çalışanlarının 16 hizmetten memnuniyet derecesi ise "**kısmen memnun**" düzeyindedir. "Kısmen memnun" derecesinde yer alan hizmet maddeleri incelendiğinde, genel olarak bu hizmetlerin mezarlık ve defin işleri, toplu taşıma gibi halkın temel ihtiyaçları ve kadınlara, yaşlılara, gençlere yönelik sosyal (yardım) destek hizmetleri niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Aynı şekilde 37 hizmet

Tablo-1 Kamu çalışanlarının büyükşehir belediye hizmetlerinden memnuniyetine göre hizmetlerin sırası, memnuniyet derecesi ve her maddeye ilişkin n, \bar{x} ve s değerleri

SIRA	Hizmet Maddeleri	n	\bar{x}	s	Mem.Dere.
1	"Halk ekmek" hizmeti sunmak	652	2,392	,682	MEMNUN
2	Mezarlık ve defin ile ilgili hizmetleri yürütmek	535	2,183	,776	
3	Meslek ve Beceri kursları açmak	622	2,110	,712	
4	Festival, sirk v.b. hizmetler sunmak	626	2,017	,742	K
5	Şehri yeşillendirme çalışmaları yapmak	660	1,950	,774	I
6	İtfaiye ve acil yardım hizmetlerini yürütmek	517	1,926	,700	S
7	Yaşlılar ve kadınlara yönelik sosyal hizmet yürütmek	591	1,905	,768	M
8	Raylı sistemle toplu taşıma hizmeti sunmak (metro)	657	1,902	,778	E
9	Gençlere ve çocuklara yönelik sosyal hizmet yürütmek	605	1,829	,734	N
10	Kadın sığınma ve şefkat evlerini hizmete sunmak	549	1,814	,743	
11	Sosyal donatılar, bölge parkları yapmak	615	1,803	,738	M
12	Yeni meydan, bulvar, cadde ve ana yollar yapmak	642	1,796	,739	E
13	İhtiyacı olanlara gıda ve kömür yardımı yapmak	599	1,786	,808	M
14	Engellilere yönelik sosyal ve kültürel hizmetler yürütmek	583	1,768	,738	N
15	Yangına karşı alınacak önlemleri denetlemek	478	1,734	,725	U
16	Kütüphane, müze, spor, dinlence ve eğlence yerleri yapmak	607	1,726	,729	N
17	Sokak çocuklarını topluma kazandırmak	543	1,725	,741	
18	Üstün başarı gösteren sporculara ödül vermek	424	1,650	,718	
19	İşyerlerine ruhsat vermek	312	1,647	,719	

Tablo-'in devamı

SIRA	Hizmet Maddeleri	n	\bar{x}	s	Mem.Dere.
20	İlan ve reklam asılacak yerleri belirlemek	567	1,642	,730	M
21	Eğitim ve kültür hizmetleri için bina ve tesisler yapmak	560	1,633	,705	
22	Meydan, bulvar, cadde ve ana yolların onarımını yapmak	644	1,632	,705	E
23	Su ve kanalizasyon hizmetlerini yürütmek	616	1,608	,687	
24	Amatör spor kulüplerine gerekli desteği vermek	474	1,601	,693	M
25	Kent tarihi bakımından önem taşıyan mekanları korumak	598	1,598	,715	
26	Büyükşehir içindeki toplu taşıma araçlarına ruhsat vermek	455	1,593	,660	N
27	Ulaşım ve toplu taşıma hizmetlerini planlamak	635	1,592	,661	
28	Hayvanat bahçeleri ve hayvan barınakları yapmak	562	1,587	,724	U
29	Meydan, bulvar, cadde ve sokaklara isim/numara vermek	608	1,583	,693	
30	Sağlık, eğitim, kültür tesislerine malzeme desteği sağlamak	484	1,578	,710	N
31	e- belediye aracılığı ile vatandaşları bilgilendirmek	505	1,570	,747	
32	Büyükşehir içindeki toplu taşıma hizmetlerini yürütmek	632	1,568	,657	
33	Her türlü imar uygulamasını ruhsatlandırmak	433	1,561	,688	
34	Zabita hizmetlerini yerine getirmek	571	1,553	,628	
35	Çevrenin korunmasını sağlamak	630	1,546	,645	D
36	Kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak	568	1,542	,691	
37	Kültür ve tabiat varlıklarının bakım ve onarımını sağlamak	562	1,540	,680	E
38	Toptancı hallerini ve mezbahaları denetlemek	448	1,535	,671	
39	Çevre düzeni planına uygun nazım imar planı hazırlamak	551	1,524	,676	Ç
40	İşyerlerini denetlemek	440	1,495	,664	
41	İlçe belediyelerinin parselasyon planlarını yapmak	422	1,495	,667	İ
42	Çevre kirliliğine yol açmayacak tedbirler almak	624	1,495	,677	
43	Şehir trafik düzenini sağlamak	642	1,493	,630	L
44	Toplu taşıma araçlarının durak yerlerini denetlemek	597	1,485	,661	
45	Her türlü servis ve toplu taşıma araçlarını denetlemek	600	1,460	,639	
46	Yapıların kentsel tasarıma uygunluğunu denetlemek	569	1,451	,645	
47	Doğal afetlerle ilgili planlamalar ve hazırlıklar yapmak	484	1,440	,648	
48	İlçelerin imar plan uygulamalarını denetlemek	464	1,437	,647	
49	Kapalı ve açık otoparklar yapmak	579	1,416	,637	
50	Sokak hayvanlarına barınak sağlamak	533	1,403	,655	
51	Toplu taşıma araçlarının bilet ücretini belirlemek	643	1,377	,584	
52	Tehlike oluşturan binaları insandan tahliye etmek	456	1,377	,616	
53	Yiyecek ve içeceklerin tahlilleri için laboratuvarlar kurmak	517	1,348	,608	
54	Araç park yerlerini işletmek, işlettirmek, kiraya vermek	557	1,308	,541	

maddesinden ise kamu çalışanları “**memnun değil**”dir. Genel olarak değerlendirildiğinde büyükşehir belediyesinin sunduğu hizmetlerin yaklaşık üçte ikisinden kamu çalışanlarının memnun olmadıkları anlaşılmaktadır.

Bu araştırmanın sonuçları Kara ve Gürcü'nün²⁰ yaptıkları araştırmanın sonuçlarıyla benzerlik göstermektedir. Kara ve Gürcü, yaptıkları çalışmada Yozgat Belediyesi'nin hizmetlerinin yeterli olmadığı sonucuna varmışlardır. Buna karşın Kurgun, Özdemir, Kurgun ve Bakıcı'nın²¹ belediyelerde hizmet yeterliliğinin ve hizmet kalitesinin artırılmasını etkileyen faktörler konusunda yaptıkları çalışmadan elde ettikleri sonuçlarla bu araştırmanın sonuçları farklılık göstermektedir. Söz konusu araştırma genel olarak değerlendirildiğinde, halkın Karşıyaka Belediyesi hizmetlerinden memnuniyetinin orta düzey ya da üstünde olduğu görülmektedir. Usta ve Memiş'in²² belediye hizmetlerinin kalitesine ilişkin yapmış oldukları araştırma sonuçlarına göre ise, vatandaşlar tarafından algılanan en olumsuz hizmet şehrin alt ve üst yapısının engelli ve yaşlılara göre düzenlenmemiş olmasıdır. Araştırmaya katılan vatandaşların en olumlu düşündükleri hizmet ise, belediyenin sağladığı suyun içilebilir olduğudur. Buna karşın Ankara Büyükşehir Belediyesinin su ve kanalizasyon hizmetlerinden ise kamu çalışanları memnun olmadıklarını ifade etmişlerdir. Bunların dışında, Çakmak²³ tarafından Muğla Belediyesi'nin verdiği hizmetlerden halkın memnuniyet derecesini ölçmek amacıyla bir çalışma yapılmıştır. Araştırma sonuçları, halkın en fazla memnun olduğu hizmet olarak ağaçlandırma, park ve yeşil alanlarla ilgili olanlar olduğunu

ortaya koymuştur. Memnuniyetsizliğin en fazla olduğu konu ise kanalizasyon ve hava kirliliği ile ilgili olan hizmetlerdir. Benzer şekilde, kamu çalışanları Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin su ve kanalizasyon hizmetlerinden memnun değildir. Yurt dışında bir Araştırma Bürosu²⁴ tarafından yapılan bir çalışmada ise katılımcıların %63'ünün şehirdeki yaşam kalitesinden memnun, %7'sinin ise çok memnun olduğu sonucu çıkmıştır. Bunun yanı sıra, katılımcıların %82'si belediye hizmetlerini iyi ya da çok iyi olarak değerlendirmiştir. Oysa, hatırlanacağı gibi, kamu çalışanları, Ankara Büyükşehir Belediyesi hizmetlerinin en az üçte ikisinden memnun değildir, memnun oldukları tek hizmet ise “halk ekmek” hizmetidir.

Büyükşehir koşullarında halkın belediye hizmetlerinin çoğundan niçin memnun olmadıkları, yanıtı aranması gereken önemli bir sorudur. Memnuniyetsizliğin nedenleri her bir hizmet düzeyinde araştırılabilir. Bu hizmetlere ilişkin kaynaklar kıt olabilir. Sunulan hizmetler nitelikli personel tarafından gereği gibi sunulmuyor olabilir. Hizmetler gerçekten ihtiyaç olanlara değil de, siyasi yakınlığa göre sunuluyor olabilir. Bu konuda yapılacak araştırmaların sonuçlarına göre büyükşehir belediyesinin, kamu çalışanlarının ve halkın bu hizmetlerden memnuniyet düzeylerini artırma ya yönelik yeni politikalar geliştirmesi beklenebilir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Bu bölümde araştırmadan elde edilen bulgular özet olarak sunulmuş, daha sonra ise bulgulara dayalı olarak önerilere yer verilmiştir.

Kamu çalışanlarının sadece “halk ekmek” hizmetinden “**memnun**” oldukları; 16 hizmetten “**kısmen memnun**” oldukları görülmüştür. “Kısmen memnun” derecesinde yer alan hizmet maddeleri incelendiğinde, genel olarak bu hizmetlerin zararlık ve defin işleri, toplu taşıma gibi halkın temel ihtiyaçları ve kadınlara, yaşlılara, gençlere yönelik sosyal destek hizmetleri niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşın, 37 hizmet maddesinden ise kamu çalışanlarının “**memnun olmadıkları**” belirlenmiştir. Genel olarak değerlendirildiğinde büyükşehir belediyesinin sunduğu hizmetlerin yaklaşık üçte birinden kamu çalışanlarının orta

20 KARA, Mehmet. ve GÜRCÜ, Maşide, “Belediye Hizmetlerinde Halkın Memnuniyetinin Ölçülmesine Yönelik Bir çalışma:Yozgat Belediyesi Örneği”, **Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi**, Yıl:2010, Cilt:2, Sayı:2, (s.79-86), s.85.

21 KURGUN, Avşar, ÖZDEMİR, Ali, KURGUN, Hülya ve BAKICI, Zeynel, “Belediyelerde Hizmet Yeterliliğinin ve Hizmet Kalitesinin Artırılmasını Etkileyen Faktörlerin Analizi: İzmir Karşıyaka Belediyesinde Uygulama”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl:2008, Cilt:10, Sayı:2, (s.29-54), s.52.

22 USTA, Resul ve MEMİŞ, Levent, “Belediye Hizmetlerinde Kalite: Giresun Belediyesi Örneği”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi**, Yıl:2010, Cilt:15, Sayı:2, (s.333-355), s.351

23 ÇAKMAK, Ali Kerem, **Halkın Belediye Hizmetlerinden Memnuniyet Derecesinin Belirlenmesi: Muğla İli Örneği**, Yüksek Lisans Tezi, Muğla, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s.75.

24 Worcester Regional Research Bureau, **Citizen Satisfaction with Municipal Services: 2004 Survey**, USA, 2006, s.30.

derecede memnun; üçte ikisinden ise memnun olmadıkları ortaya çıkmıştır. Araştırma bulgularına dayalı olarak bazı öneriler şöyle sıralanabilir:

1. Belediyeler, halkın memnun kaldığı, kısmen memnun olduğu, ayrıca memnun kalmadığı hizmetlerle ilgili inceleme veya araştırma yapabilir, memnuniyetsizliğin nedenlerini belirleyerek, vatandaşın ve kamu çalışanlarının memnuniyet düzeyini yükseltmeye yönelik yeni hizmet politikaları oluşturabilirler.
2. Belediyeler, kamu yöneticilerini de kapsayan, seçmenlerden oluşan daha büyük örneklem grubu üzerinde benzer bir araştırma yapabilir veya yaptırabilirler.
3. Bu çalışmada kamu çalışanlarının Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin hizmetlerinden memnuniyetin veya memnuniyetsizliğin nedenleri incelenmemiştir. Belediyelerin yapacakları veya yaptıracakları araştırmalarda hizmetlerden memnuniyetin veya memnuniyetsizliğin nedenleri incelenebilir.
4. Türkiye'deki diğer büyükşehir belediyeleri de BHMÖ'yü kullanarak vatandaşın memnuniyet düzeyini yükseltmeye yönelik yeni hizmet politikaları oluşturmak amacıyla benzeri araştırmalar yapabilirler.
5. Araştırmacılar, araştırma şirketleri ve üniversiteler de kamuoyunu bilinçlendirme, bilgilendirme ve doğru yönlendirmek amacıyla benzeri araştırmalar organize edebilirler.

Sonuçların genel olarak değerlendirilmesinde de görüldüğü gibi, kamu çalışanlarının ve diğer yurttaşların Büyükşehir belediye hizmetlerinden memnuniyetinin artırılması ile ilgili olarak hem kamu yönetimleri hem de özel yönetimlere, çeşitli kurum ve kuruluşlara görev ve sorumluluklar düşmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AÇAN, Bora. "Kolayda Mallarda Müşteri Profili ve Tüketim Tercihleri: İstanbul Halk Ekmek Müşterilerine Yönelik Bir Araştırma", **Kafkas Üniversitesi İİBF Dergisi**, Yıl:2007, Cilt:21, Sayı:2, (s.261-280).
- BEARDEN, William. O., TEEL, Jesse. "Selected Determinants of Consumer Satisfaction and Complaint Reports", **Journal of Marketing Research**, Year:1993, Vol:20, No:1, (s.21-28).

- BÜYÜKÖZTÜRK, Şener/BÖKEOĞLU, Ömer Çokluk/KÖKLÜ, Nilgün, **Sosyal Bilimler için İstatistik**, 4. Baskı, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara, 2009.
- ÇAKMAK, Ali Kerem, **Halkın Belediye Hizmetlerinden Memnuniyet Derecesinin Belirlenmesi: Muğla İli Örneği**, Yüksek Lisans Tezi, Muğla, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- ÇUKURÇAYIR, M. Akif, "Personel Yönetiminde Değişen Anlayışlar ve Yerel Yönetimler". **Türk İdare Dergisi**, Yıl:2002, Cilt:74, Sayı:437, (s.157-167).
- ERGÜN, Turgay, **Kamu Yönetimi/ Kuram, Siyasa, Uygulama**, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004.
- ERTEN, Metin, **Nasıl Bir Yerel Yönetim?**, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1999.
- GÜREL, Betül, **Belediye Hizmetlerine İlişkin Memnuniyet Ölçeği Geliştirme: Kamu Çalışanları Üzerine Bir Uygulama**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası (İSMMMO). **Yerel Yönetimlerde Hizmetlerden Memnuniyet ve Yolsuzluklar: İstanbul Araştırması**, İstanbul, 2009.
- KARA, Mehmet. ve GÜRCÜ, Maşide, "Belediye Hizmetlerinde Halkın Memnuniyetinin Ölçülmesine Yönelik Bir Çalışma: Yozgat Belediyesi Örneği", **Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi**, Yıl:2010, Cilt:2, Sayı:2, (s.79-86).
- KELEŞ, Ruşen, **Kentleşme Politikası**, 9. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2006.
- KURGUN, Avşar, ÖZDEMİR, Ali, KURGUN, Hülya ve BAKICI, Zeynel, "Belediyelerde Hizmet Yeterliliğinin ve Hizmet Kalitesinin Artırılmasını Etkileyen Faktörlerin Analizi: İzmir Karşıyaka Belediyesinde Uygulama", **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl:2008, Cilt:10, Sayı:2, (s.29-54).
- LACOBUCÇİ, Dawn, OSTROM, Amy & GRAYSON, Kent, "Distinguishing Service Quality and Customer Satisfaction: The Voice of the Consumer", **Journal of Consumer Psychology**, Year:1999, Vol:4, No:3, (s.277-303).
- ODABAŞI, Yavuz/BARIŞ, Gülfidan, **Tüketici Davranışı**, MediaCat Akademi Yayınları, İstanbul, 2007.
- ÖMÜRGÖNÜLŞEN, Uğur, "Kamu Sektörünün Yönetimi Sorununa Yeni Bir Yaklaşım: Yeni Kamu İşletmeciliği", **Çağdaş Kamu Yönetimi I**, (edt. Muhittin Acar ve Hüseyin Özgür), 1. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2003, (s.3-44).
- SARAN, Ulvi, **Kamu Yönetiminde Yeniden Yapılanma/ Kalite odaklı Bir Yaklaşım**, Atlas Yayıncılık, Ankara, 2004.
- SHIN, Doh C., "The Quality of Municipal Service: Concept, Measure and Results", **Social Indicators Research**, Year:1977, Vol:4, (s.207-229).

- TAYLOR, Steven A.& BAKER, Thomas L., "An assesment of the Relationship between Service Quality and Consumer Satisfaction in the formation of Consumers' Purchase Intentions", **Journal of Retailing**, Year:1994, Vol:70, No:2,(s.163-178).
- TOPRAK, Zerrin, **Yerel Yönetimler**, Nobel Yayınevi, Ankara, 2006.
- USTA, Resul ve MEMİŞ, Levent, "Belediye Hizmetlerinde Kalite: Giresun Belediyesi Örneği", **Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi**, Yıl:2010, Cilt:15, Sayı:2, (s.333-355).
- Worcester Regional Research Bureau, **Citizen Satisfaction with Municipal Services: 2004 Survey**, USA, 2006.
- 3030 Sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun (1984). <http://www.kentli.org/yasa/3030.html>. (erişim tarihi 25.03.2011)
- 5126 Sayılı TBMM Büyükşehir Belediyesi Kanunu (2004). <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5216.html>. (erişim tarihi 06.03.2011)

Tecavüz Kalkanı¹

Araştırma

İsmail YÜKSEL*

*Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku ABD.
(Res. Asst., Akdeniz University Faculty of Law, Department of Constitutional Law)
(E-posta: yuksel.ism@gmail.com)

ÖZET

Tecavüz kalkanı düzenlemeleri geçtiğimiz 40 yıldır cinsel saldırıya uğradığını iddia eden kişiler için yargılama sürecini ızdırıp verici bir tecrübe olmaktan çıkartarak cinsel saldırı fiillerinin ihbar oranını arttırmaya ve jürilerin adeta sanık ve fiil yerine şikayet sahibinin cinsel yaşantısını yargılamasını önlemeye çalışmaktadır. Tecavüz kalkanı düzenlemelerine getirilen başlıca eleştiriler yetersiz kalmaları ve sanıkların adil yargılanma haklarını ihlal etmeleridir. Bu çalışma tecavüz kalkanını tanıttıktan sonra ülkemiz için nasıl bir düzenlemenin gerekli olduğunu değerlendirmektedir.

Anahtar Kelimeler

Ceza Muhakemesi, cinsel saldırı, delil, adil yargılanma hakkı, özel hayatın gizliliği

ABSTRACT

RAPE SHIELD

Rape Shield provisions endeavours to raise the levels sexual assault cases are reported, by making the sexual assault proceedings less painful for the plaintiff; and to prevent juries from judging the sexual history of the victim instead of the facts of the case. Main critics of the Rape Shield regulations are that they do not provide necessary protection and breach fair trial right of the defendants. This article describes Rape Shield provisions and assess what kind of rape shield provisions are viable for Turkey.

Keywords

Criminal procedure, sexual assault, evidence, fair trial, privacy

1 Katkıları için Sayın Doç. Dr. Tuğrul Katoğlu'na, Hale Akdağ, Dr. Ezgi Aygün Eşitli ve Özgür Küçüktaşdemir'e teşekkür ederim.

I. Giriş

Ceza Muhakemesinin amacı maddi gerçeğin araştırılıp bulunmasıdır. Ancak bu amaca mümkün olan her yoldan ulaşmayı hiçbir hukuk düzeni kabul edemez. Maddi gerçeğe ulaşmaya çalışılırken her aşamada insanlık onuru korunmalıdır.²

Tecavüz Kalkanı³ terimi A.B.D. ve İngiliz hukukunda cinsel saldırı suçu nedeniyle yapılan yargılama sırasında müştekinin cinsel yaşamı ile ilgili sorular yöneltilmesini ve deliller sunulmasını sıkı şartlara bağlayan usul kurallarını ifade etmektedir.⁴ Bu kurallar bir tarafın ilişkinin rızaya dayalı olduğunu, diğer tarafın ise gerçekleşen fiilin rızaya dayanmadığını ve bu nedenle cinsel saldırı suçunu oluşturduğunu ileri sürdüğü yargılamalarda önem arz etmektedir. Tarafların başkaca delillerinin olmadığı bu durumda, davanın düğümü tarafların inandırıcılığına bakılarak çözülecektir. İşte bu gibi hallerde şikayetçinin itibarının çağ dışı karinelere dayanılarak lekelenmesini, şikayetçinin ikinci bir travma yaşamasını ve şikayetçinin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilmesini tecavüz kalkanı düzenlemesi önleyecektir.

Amerika Birleşik Devletlerinde 1950'lere kadar hukuk, tecavüze uğradığını iddia eden bir kadının⁵ cinsel geçmişinin, kadının iddiasının doğruluğu hakkında fikir vereceğini kabul etmekteydi.⁶

2 ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, R. Mustafa, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.31.

3 "Rape Shield" terimini dilimize aktarırken, terim içeriğini tam olarak aktarmadığının farkında olmamıza rağmen birebir çeviri yapmayı tercih ettik. Konu hakkında bilgisi olmayan bir kişi bu makalenin tecavüz fiilini önlemeye yönelik olduğunu dahi düşünebilecektir. Tercihimizin nedeni İngilizce teriminde konu hakkında bilgisi olmayan birisi için çok fazla anlam ifade etmemesine rağmen daha uzun bir açıklamadan daha akılda kalıcı ve dikkat çekici olmasıdır.

4 HADDAD, Richard "Shield or Sieve? People v. Bryant and the Rape Shield Law in High Profile Cases", **Columbia Journal of Law and Social Problems**, Yıl: 2006, Sayı: 39, (s.185-221), s.187.

5 Tecavüz kalkanı düzenlemeleri, belki de feminist hareketin ürünleri olması sebebiyle, erkeğin kadına tecavüzü üzerine yoğunlaşmaktadır. İncelediğimiz çalışmaların neredeyse tamamı erkek mağdurları gözardı etmektedir.

6 ANDERSON, Michelle J., "From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law", **George Washington Journal of Law**, Yıl:2002, Sayı:70, (s.51 - 162), s.51. Aynı sayfada yer verilmiş olan 2 numaralı dipnot Illionis Yüksek Mahkemesi'nin 1954 yılında bir kararından şu satırları aktarmaktadır: "Rıza verilmiş olması ihtimalini gösterebilmek için, iddia sahibinin ahlaksız oluşu ve bakire olmayışı çok önemlidir ve davada ileri sürülebilir. Bunun altında yatan düşünce bakire olmayan bir

Günümüzde kişinin cinsel geçmişi, şikayetçinin güvenilirliğini ancak daha önce cinsel saldırı suçunu konu alan bir iftira attığında etkilemektedir.⁷ Yani müşteki ancak daha önce rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği bir kişiyi cinsel saldırı suçunu işlemekle suçladıysa cinsel geçmişi ancak bu durumu kanıtlamak için kullanılabilir. Geçmişte cinsel saldırı davalarında cinsel ilişkiye rıza; zaman bakımından sınırsız, gerçekleştirilen fiil bakımından ayırım gözetmeyen ve hatta başka kişilere aktarılabilecek bir irade beyanı olarak görülmekteydi.⁸ Bunun sonucu olarak müştekinin daha önce herhangi birisiyle, herhangi bir zamanda, herhangi bir şekilde cinsel ilişkiye girmesi bundan sonra yaşanacak olan birlikteliklere peşinen rıza verdiğini göstermekteydi.

1970'lerde feminizmin etkisiyle⁹ ABD'de hem federal hem federe düzeyde yukarıda yer verdiğimiz kabulleri ortadan kaldırmayı amaçlayan tecavüz kalkanı yasaları ortaya çıkmaya başladı.¹⁰ Bu yasalar savunmanın, şikayetçiyi, cinsel geçmişiyle ilgili olarak çapraz sorguya tutma ve yine aynı konuda delil sunma hakkını sınırlandırdılar. Yasama organları bu yasalar ile daha önce başka birisi ile cinsel ilişkiye girmiş olan şikayetçinin rıza göstermiş olma ve yemin altında yalan söyleme ihtimalinin daha fazla olduğunu düşünmenin mantıksız olduğunu kabul etmiş oldular.¹¹

Çalışmamızın planından önce giriştiğimiz işin aslında bu derece sınırlı bir metinde hakkıyla incelenemeyeceğinin farkında olduğumuzu belirtmek isteriz. Konumuz kapsamında ele almamızın yerinde olacağı ancak bu çalışmamızda gereğince yer veremediğimiz meselelerden akla gelen bir kaçışunlardır; cinsel saldırı suçu, erkek egemen kültür, feminist hareket, cinsel özgürlük, adil yargılanma hakkı, temel hak ve hürriyetlerin çatışması, ceza muhakemesinde deliller, hakim tarafsızlığı.

kadının rıza göstermiş olmasının bakire bir kadınıkinden daha mümkün olduğudur." People v. Fryman, 22N.E.2d 573,576 (1954).

7 FLOWE, Heather D., "Rape Shield Laws and Sexual Behavior Evidence: Effects of Consent Level and Women's Sexual History on Rape Allegations", **Law and Human Behavior**, Yıl:2007, Sayı:31, (s.159 - 175), s.160.

8 ANDERSON, **2002**, s.53.

9 ROMAN, Denise, "Under the Rape Shield: A Historical and Comparative Perspective on the Rape Shield Laws", **Working Papers in Feminist Research, UCLA Center for the Study of Women**, Yıl:2011, s.1.

10 HADDAD, **2006**, s. 189.

11 ANDERSON, **2002**, s.54.

Makalemiz mütevazı amacı olan tecavüz kalkanı düzenlemelerinin tanıtılmasına, bu konuları daha sonraya erteleyerek ulaşılmaya çalışacaktır.

Değineceğimiz ilk nokta Tecavüz Kalkanı uygulamasının ardında yatan nedenlerdir, arkasından ABD örneğinden yola çıkarak mevcut tecavüz kalkanı düzenlemeleri aktarılacaktır. Üçüncü bölümde tecavüz kalkanı uygulamasına getirilen eleştirilere yer verilecek, dördüncü ve son bölümde ise benzer bir düzenlemenin ülkeye taşınmasının yarar sağlayıp sağlamayacağı değerlendirilecektir.

II. Neden Tecavüz Kalkanı?

Yasama organlarını tecavüz kalkanı düzenlemelerini yasalaştırmaya iten başlıca iki neden vardı, bunlardan ilki; iddia sahibinin özel hayatının ve onurunun korunması¹² ikincisi ise; jüri yargılamasının esas olduğu Anglosakson sisteminde hükmün isabetli bir şekilde oluşmasıydı. Başka bir ifadeyle jürinin müştekinin cinsel geçmişi nedeniyle müştekiye karşı ön yargılı davranması engellenmeye çalışılmaktaydı. Bunların yanında yasama organları şikayet sahibinin yargılama sırasında hırpalanmasını önleyerek, yargılamayı korkulacak bir süreç olmaktan çıkarmak ve kadınların tecavüz vakalarını ihbar etmelerini sağlamayı amaçlıyorlardı.¹³ Bu gerekçelerin yanına *Anderson*'ın makalesinde dile getirdiği üçüncü bir nedeni, kadının cinselliğini hukuk düzeninin sorasında takınacağı tavrı düşünmeden yaşayabilmesini de eklemeyi uygun bulduk.

A. Mağdurun Özel Hayatının Gizliliği

70'lerin başında görülmeye başlayan tecavüz kalkanı düzenlemelerinin gerekçelerinin başında tecavüz mağdurların cinsel yaşamlarının duruşma sırasında ortaya konulmasının ve incelenmesinin önlenmesi yer alır. Başka bir ifadeyle mağdurun özel hayatının gizliliği ile sanığın adil yargılanma hakkının dengelenmesi hedeflenir.¹⁴ Hatta sonrasında Federal Delil Kurallarının 412. maddesine dönüşecek olan düzenleme "*Cinsel Saldırı Mağdurlarının Özel Hayatlarının Gizliliğinin Korunması Hakkında Kanun*" adıyla yasalaşmıştı.¹⁵ Mağdur-

ların cinsel yaşamlarının mahkemenin incelemesi dışına taşınması ile birlikte, cinsel saldırı mağdurlarının itibarlarını kaybetme korkusuyla adli yollara başvurmamasının önüne geçilebileceği belirtilmekteydi.¹⁶ ABD'de gerçekleşen cinsel saldırı fiillerinin beşte dördünün rapor edilmediğinin düşünüldüğü göz önüne alındığında,¹⁷ bu nedenin haklılığı sorgulanamaz. Benzer diğer bir gerekçe ise şikayetçinin duruşma sırasında ikinci bir travma yaşamlarının önlenmesiydi.¹⁸ Tecavüz kalkanı sayesinde şikayetçi özel hayatının detaylarını tanımadığı bir kalabalık karşısında açıklama işken-cesinden korunacaktı.

B. Adaletin Sağlanması

Cinsel saldırı davalarında, tecavüz kalkanı düzenlemeleri ortaya çıkana kadar, mağdurun önceki cinsel yaşamı savunmanın eline koz verebilmekteydi. Savunma, cinsel ilişkiye bir kez rıza göstermiş olan bir kadının bir daha rıza göstermesinin daha olası olduğunu iddia etmekteydi. Bu kabulden daha vahimi ise, 50'lerde ABD'de bakire olmayan bir kadının tecavüz suçlamasının doğruluğunun, bakire olan bir kadınınkinden daha düşük olduğunun mahkemelerce kabul edilmesiydi. Mahkemelere göre sosyal normları bir kere kırmış olan kadının, yemin altında yalan söyleyerek bu normları tekrar kırması daha olasıydı.¹⁹ Tecavüz kalkanı düzenlemeleri ile, cinsel saldırı yargılamalarında rızanın sadece tarafların olay anındaki davranışları ve delillerle belirlenmesi amaçlanmıştır.²⁰ Başka bir ifadeyle tecavüz kalkanı ile savunmanın mağdurun cinsel geçmişini kullanarak, mağdurun jüri nezdindeki itibarına saldırması ve daha önceki cinsel ilişkilere gösterilen rızayı dava konusu olaya teşmil etmeye çalışması önlenmek istenmiştir. Tecavüz kalkanı, ispat kabiliyeti oldukça düşük olan ancak şikayetçi aleyhine ön yargı oluşturması olasılığı yüksek olan delillerin dava dışı bırakılması ile ceza muhakemesinin daha sağlıklı işlenmesini amaçlamaktadır.²¹

12 HADDAD, 2006, s.187.

13 ROMAN, 2011, s. 2; HADDAD, 2006, s. 206.

14 FLOWE, 2007, s. 160.

15 ANDERSON, 2002, s.56.

16 ANDERSON, 2002, s. 86; ANDERSON, Michelle J., "Time to Reform Rape Shield Laws, Kobe Bryant Case Highlights Holes in the Armor", *Criminal Justice*, Yıl: 2004, Sayı:2, (s. 14 - 19), s.14.

17 HADDAD, 2006, s. 189.

18 ANDERSON, 2002, s. 86.

19 ANDERSON, 2002, s. 75.

20 ANDERSON, 2002, s. 89.

21 ANDERSON, 2004, s. 18.

C. Kadının Cinsel Özgürlüğü

Anderson, tecavüz kalkanı düzenlemelerini etrafıca ele aldığı ve sert eleştirilere tabi tuttuğu makalesinde, aslen yasama organlarının aklında olmayan ancak yazar için düzenlemelerin asıl sebebini oluşturması gereken bir başka gerekçeye yer vermektedir. *Anderson*'a göre cinsel saldırı yargılamalarında kadının bakire olmamasının veya çok eşli cinsel yaşamının ele alınabilmesi, cinselliğini erkek egemen toplumun cinsellik kurallarına aykırı yaşayan kadınların hukuk düzeni tarafından gerektiği şekilde korunmaması sonucunu doğurmaktadır. *Anderson*, makalesinde İngiliz hukukundan Amerikan hukukuna geçen bekalet şartının günümüzde mazbut olma şartına dönüştüğünü belirtmektedir.²² Dolayısıyla cinsel saldırı iddiasında bulunan kadının cinsel geçmişinin davada ortaya konulmasının sıkı şartlara bağlanmış olması, kadının cinselliğini hukuk tarafından korunmama korkusu olmadan yaşamasına izin verecektir.²³

III. Tecavüz Kalkanları

Bu bölümde yasalaşan tecavüz kalkanı düzenlemelerine değineceğiz. Tecavüz kalkanı yasalarının hepsinin ortak yönü müştekinin cinsel yaşamının yargılama sırasında kullanılmasını engellemektir. Buna karşın her yasa, sanığın adil yargılanma hakkını korumak amacıyla bu yasağa çeşitli istisnalar getirmiştir. Biz sınıflandırmamızı getirilen bu istisnaları temel alarak yaptık.

A. Yasayla Konulmuş İstisnalar

1. Üçüncü Kişilerle Cinsel İlişki Örüntüsü

Bu istisna uyarınca savunma yaşanmış olan ilişkinin rızaya dayalı olduğunu, iddia sahibinin daha önce üçüncü kişilerle de benzer şekillerde cinsel ilişkiye girdiğini belirterek ispatlamaya çalışabilmektedir.²⁴ Yani sanık müştekinin sürekli tekrar

22 ANDERSON, 2002, s. 60. Başka bir makalesinde yazar, bekalet şartına ek olarak aranan diğer şartları şöyle sıralar: en kısa sürede şikayet, destekleyici kanıt (ki bunlar çoğunlukla fiziksel yaralanmadır), direnme. Yazara göre yanlış varsayımlara dayanan bu şartlar tanıkları tarafından cinsel saldırıya maruz kalan mağdurların daha az korunmasına neden olmaktadır. ANDERSON, Michelle J., "Diminishing the Legal Impact of Negative Social Attitudes Toward Acquaintance Rape Victims"; **New Criminal Law Journal**, Yıl: 2010, Sayı: 13, (s. 644 - 660), s.644.

23 ANDERSON, 2002, s. 141, vd.

24 ANDERSON, 2002, s. 98.

eden hal ve davranışlarının müştekinin rızasının olduğunu kanıtladığını ileri sürmektedir.

Bu istisna kapsamında genellikle iddia sahibinin tek eşli olmayışı, sık sık eğlence mekanlarına giden ve karşı cinsle olan ilişkilerde girişimci davranan bir kadın olduğunun öne sürülmesine izin verilmektedir.²⁵

Bu istisnaya getirilen haklı eleştiri ise bir bireyin daha önce başka birisiyle cinsel ilişkiye girmek için vermiş olduğu rızanın, başka bir kişiye aktarılmasının mümkün olmadığını.²⁶ Başka bir eleştiri ise, cinsel saldırı yargılamasında rızanın varlığını öne süren bir kişinin, şikayetçinin sadece cinsel ilişkiye rıza gösterdiğini değil aynı zamanda sonrasında kendisine iftira attığını ileri sürdüğüdür. Önceki birliktelikler dava konusu olaya rızayı kanıtlayamayacağı gibi, şikayetçinin daha önce bir çok kişi ile benzer şekilde ilişkiye girmiş olması, önceki ilişkiler sebebiyle cinsel saldırı iddiasında bulunmayan şikayetçinin bu olayda neden cinsel saldırı soruşturmasını göze aldığı sorulanmasını gerektirir ve şikayetçinin inanılabilirliğini artırır.²⁷

2. Üçüncü Kişilerle Daha Önceki Cinsel İlişkilerin Sanıkta Rızanın Varlığına Dair Hata Oluşturması

Buna göre şüpheli, mağdurun rıza göstermiş olduğu savunmasına dayanmaz. Şüphelinin savunması şikayetçinin üçüncü kişilerle olan ilişkilerini bilmesi veya şikayetçinin cinselliği ile ilgili itibarı nedeniyle şikayetçinin rıza gösterdiğini sandığını ileri sürer. Bu savunma uyarınca rızanın varlığına dair hataya düşmüş olan şüpheli cinsel saldırı suçunun manevi unsuruna sahip değildir.²⁸ Bir önceki savunmada sanık müştekinin rızasını ispatlamaya çalışırken, burada rıza konusunda hataya düştüğünü ispatlamak için müştekinin cinsel yaşamını davanın konusu haline getirmesidir.

3. Seks İşçiliği

Açkıcı düzenlenmiş olmasa bile bir çok hakim bu savunmanın öne sürülmesine izin vermektedir.²⁹

25 ANDERSON, 2002, s. 98.

26 ANDERSON, 2002, s. 103.

27 LETWIN, Leon, "Unchaste Character, Ideology, and the California Rape Evidence Laws", **Southern California Law Review**, Yıl: 1980, Sayı: 54, (s. 35 - 89), s.60.

28 ANDERSON, 2002, s. 110.

29 765 sayılı eski Ceza Kanunu'nun 3679 sayılı yasa ile hukuk

Bu istisna, savunmanın dava konusu ilişkinin para karşılığı gerçekleştiğini ancak sanığın sonrasında şikayetçiye ödemedi bulunmadığını ileri sürdüğü davalarda ileri sürülebilir. Bu iddiasını güçlendirmek isteyen savunma, şikayetçinin daha önce para karşılığı cinsel ilişkiye girdiğini gösteren deliller sunabilir.³⁰

4. Olay Öncesinde Sanık İle Yaşanmış Olan Cinsel İlişkiler

Yukarıda saymış olduğumuz üç istisna, sadece bir elin parmağı kadar yasada yer almasına rağmen, olay öncesinde sanıkla yaşanan cinsel ilişki neredeyse tüm yasalarda yer almaktadır.³¹ Yukarıda sayılan istisna hükümleri müştekinin sanık dışındaki üçüncü kişiler ile yaşadığı ilişkilerin kullanılmasına izin verirken bu istisna sanığın, şikayetçi ile arasında dava konusu olay öncesinde yaşamış olan cinsel ilişkilerini, davada kullanılmasına izin vermektedir.

B. Anayasal Torba Hükümler

Tecavüz kalkanları zaman zaman anayasal denetim organları tarafından sanığın anayasal haklarını ihlal ettiği sebebiyle iptal edilmiştir. Yasa koyucular bu yaptırımdan kaçınmak için yukarıda belirtilen istisnalara ek olarak veya tek başına bir istisna hükmü koyarak davada kullanılmamasının sanığın anayasal haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı delillerin kullanımına izin vermişlerdir. Bu istisna uyarınca şikayetçinin cinsel yaşamı ile ilgili bilgiler ancak sanığın anayasal haklarını ihlal etmediği sürece davanın dışında tutulmaktadır.³²

düzenimizden temizlenen 438. maddesi fuhuşu meslek edinmiş bir kişiye karşı işlenen tecavüz fiilleri için verilecek cezada 2/3 indirim öngörmekteydi. Yasa düzenlemesinden daha dikkat çekici olanı ise Anayasa Mahkemesi'nin ilgili madde aleyhine yapılan itiraz başvurusunda; "Irza geçmek ve kaçırmak suçlarının fuhuşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhuş meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür...Şu halde, fuhuş kendisine meslek edinen kadınlara karşı işlenen zorla kaçırma veya ırza geçmek suçlarında böyle bir kadının uğradığı zararın aynı eylemlerle karşılaşan iffetli bir kadının uğradığı zarara göre daha az olması bu ayırımın haklı nedenini oluşturmaktadır." gerekçesi ile maddeyi eşitlik ilkesine uygun bulmuş olmasıdır.

30 ANDERSON, 2002, s. 111.

31 ANDERSON, 2002, s. 118.

32 ANDERSON, 2002, s. 83.

C. Hakimın Takdirine Bırakma

Bu tür yasalar şikayetçinin cinsel yaşamı ile ilgili hususların davada ileri sürülüp sürülememesinin dava yargıcının takdirine bırakılmaktadır. Bu yasalar altında hakimler delilin dava ile ilgili olup olmadığını, eğer ilgili ise ispat kabiliyetinin şikayetçi aleyhine yaratılacak olan ön yargıdan daha önemli olup olmadığını karara bağlamaktadırlar.³³ Kanada Ceza Kanunu kural olarak sanık ile şikayetçi arasında yaşanmış olan cinsel birlikteliğin dahi davada öne sürülmesini yasaklar. Buna karşın öne sürülecek olan delilin kullanılmaması halinde adil yargılamanın tehlikeye düşeceği hallerde delilin kullanılmasına izin verir. Bu değerlendirme ise doğrudan yargıca bırakılmıştır.³⁴ Birleşik Krallık'ta yapılan düzenleme ise başlangıçta şikayetçinin cinsel yaşamının davaya taşınmasını çok sıkı şartlara bağlamıştı. Buna karşın Lordlar Kamarası bu düzenlemenin AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirtmiş ve aynen Kanada'da olduğu gibi delilin kullanılmamasının adil yargılanma hakkını ihlal edeceği durumlarda hakime takdir yetkisi tanımıştır.³⁵

D. Delilin Amacına Göre Ayırma

Bu kategoriye giren yasalar, şikayetçinin cinsel geçmişi ile ilgili bilgilerin davada ancak belirli amaçlarla ileri sürülmesini kabul etmektedirler. Bu yasaklamalar delilin konusunu değil delilin amacını ölçü olarak alırlar. Buna karşın bu amacın ne olduğu konusunda birlik bulunmamaktadır. Bazı yasalar müştekinin rızasını kanıtlamak için delilere izin verip, müştekinin güvenilirliğini ispatlamak için cinsel geçmişine dayanılmasını yasaklarken; diğerleri tam tersine bir düzenleme içermektedir.³⁶

IV. Mevcut Tecavüz Kalkanı Düzenlemelerine Getirilen Eleştiriler

Yukarıda aktardığım düzenlemeler üç farklı açıdan eleştiriye tabi tutulmuşlardır. Bu eleştirilerden ilki tahmin edilebileceği üzere sanığın savunma hakkının aşırı derecede sınırlandırıldığıdır. Öte yandan

33 ANDERSON, 2002, s. 84.

34 ROMAN, 2011, s. 19.

35 YÜKSEL, İsmail, *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.66.

36 ANDERSON, 2002, s. 85.

sanık için aşırı sınırlayıcı görülen bu düzenlemeler, mağduru yeterince koruyamadığı sebebiyle de tenkit edilmişlerdir. Burada değineceğimiz son eleştiri ise, şaşırtıcı bir şekilde feminist bir bakış açısıyla getirilmiştir.

A. Adil Yargılanma Hakkının İhlali

Anayasal açıdan tecavüz kalkanına getirilen eleştirilerin başında sanığın adil yargılanma hakkının,³⁷ bazı delillerin dava dışı bırakılmasıyla ihlal edilmesi gelmektedir.³⁸ Tecavüz kalkanı düzenlemelerini anayasal incelemeye taşıyan sanıklar, masumiyetlerini kanıtlamaları için kullanmaları gereken delillerin, adil yargılanma haklarını ihlal edecek şekilde göz ardı edildiğini savunmaktadırlar. Anayasal denetim organları ise bu durumda dava dışı bırakılan delilin ispat gücü ile delilin kullanılması sonucunda şikayetçinin özel hayatının ne derece ihlal edileceğini tartarak karar vermektedirler.³⁹ Kanımca, tartının bir kefesine sanığın adil yargılanma hakkını koyan denetim organlarının diğerine sadece şikayet sahibin özel hayatını değil, aynı zamanda şikayetçiye karşı ön yargının engellenerek adaletin sağlanması ve tecavüz kalkanı düzenlemeleri ile ulaşılmak istenen diğer faydaları da koyması gereklidir. Adil yargılanma hakkının ihlali sorunu Birleşik Krallık Lordlar Kamarası tarafından 2001 yılında değerlendirilmiştir. Tecavüz kalkanı düzenlemesinin AİHS'nin 6. maddesine uygunluğunun denetlendiği davada Lordlar Kamarası her ne kadar müştekinin yargılamada korunması ve özel hayatının gizliliğin sağlanmasını önemli nedenler olarak görse de, bu nedenlerle dahi sanığın mağdurla arasında yaşanmış olan ilişkilerinin rızanın veya varsayılan rıza için kullanılabilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴⁰

B. Yeterince Koruma Sağlayamaması

Tecavüz kalkanı düzenlemelerine getirilen eleştirilerin büyük kısmını, şikayetçinin yeterince korunmadığı savı oluşturmaktadır. 2004 yılında, NBA yıldızı Kobe Bryant'ın sanık olarak yargılandığı bir cinsel saldırı davası sırasında şikayet sahibinin özel

hayatının tüm detaylarının medya tarafından sergilenmesi üzerine bu eleştiriler yoğunluk kazanmıştır.⁴¹

Anderson bu yöndeki eleştirilerini tecavüz kalkanı düzenlemelerine getirilen istisnalar üzerinden getirmektedir. Yazara göre eyaletten eyalete neredeyse tamamen farklılaşan bu istisnaların varlık sebebi yasama organlarının gerekçelerinde aranmalıdır. Yasama organları ilgili yasaları yaparken şikayetçinin özel hayatının korunmasından yola çıkmış ve bu yönelim sonucunda tutarsız ve yarasız yasalara varmışlardır.⁴² *Anderson*'a göre tecavüz kalkanı şikayet sahibinin özel hayatını değil, kadının cinselliği üzerindeki egemenliğini korumalıdır. Yazar tecavüz kalkanının amacının, kadının cinselliğini; yaşayacağı bir cinsel saldırı sonucunda failin aklanmasını sağlayacağı korkusu olmadan yaşayabilmesi olması gerektiğini savunmaktadır.⁴³ *Anderson* tecavüz kalkanına getirilecek istisnaların yukarıda belirttiğim bakış açısıyla ve cinsel saldırı suçunun unsurlarına dayanılarak hazırlanması gerektiği kanısındadır. Yazara göre istisnalar sanığın cinsel saldırı suçunun unsurlarının, yani olan vücuda organ sokulması, güç kullanımı ve rızanın olmayışı, fiilde gerçekleşmediğini kanıtlanmasına izin verecek şekilde düzenlenmelidir.⁴⁴

Haddad ise tecavüz kalkanı düzenlemelerinin haberleşme teknolojisinde 80'lerden bu yana yaşanan gelişmenin çok gerisinde kaldığını belirtmektedir. Yazar, çağımızda internet sayesinde tecavüz kalkanındaki ufak deliklerin veya yargılama sırasında adli makamların yapacakları hataların çok ciddi sonuçlar doğuracağını söylemektedir.⁴⁵ Bryant davası sırasında medya, her ne kadar şikayetçinin ismini yayınlamaktan büyük oranda kaçınsa da, şikayetçinin okulunu, hobilerini, erkek arkadaşlarını haber yapmıştır. Yargılamanın sonuçlanmasına haftalar kala mahkeme kalemindeki bir memurun kapalı bir oturumun tutanaklarını, ki bu tutanaklarda şikayetçinin olayın ardından bir kaç saat içinde başka birisiyle birlikte olduğu yer almaktadır, yanlışlıkla basına iletmesi bardağı taşıran son damla olmuştur.⁴⁶

37 GRUBER, Aya, "A "Neo-Feminist" Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform"; *The Journal of Gender, Race and Justice*, Yıl: 2012, Sayı: 15, (s. 583 - 615), s.592.

38 ROMAN, 2011, s. 10.

39 ROMAN, 2011, s. 11.

40 UKHL 25, (Birleşik Krallık Lordlar Kamarası).

41 ANDERSON, 2004, s. 1; HADDAD, 2006, s. 1.

42 ANDERSON, 2002, s. 94.

43 ANDERSON, 2002, s. 147.

44 ANDERSON, 2002, s. 148.

45 HADDAD, 2006, s. 209.

46 HADDAD, 2006, s.186.

C. Otoriter Karakteri

Gruber'in feminist eleştirisine göre; tecavüz kalkanı düzenlemeleri için ortaya konan feminist çabalara içkin olan problem; otoriter ve eşitsizlikçi ceza yargısı sistemini güçlendirmiş ve ona ahlaki koruma sağlamıştır. Böylelikle feminist hukuk reformu ceza yargılaması sisteminin suçun sosyal, ekonomik, kültürel ve etnik karmaşıklığını göz ardı ederek kötü adamları içeri tıkma programının bir parçası olmuştur.⁴⁷ Dahası ceza hukukunun yapısı ve bugün ki tanımlamaları alt-üst ilişkisini ve erkek egemenliğini yıkmak için elverişli değildir. Son olarak ABD ceza yargılaması sisteminin nitelikleri cinsel saldırı konusunda yapılan reformların kapsayıcı sosyal değişimler yaratmasını engellemektedir.⁴⁸ **Gruber**, *'Suça savaş ilan eden seslerin sürekli yükselen gürültüsü, feministlerin cinsiyet eşitliği mesajlarını boğmuş gözüküyor'*⁴⁹ cümlesiyle taşıdığı kaygıyı özetliyor.

V. Türkiye Açısından Değerlendirme

Yukarıda A.B.D. hukukunda yaklaşık 40 yıldır var olan tecavüz kalkanı düzenlemesini kısaca tanıtmaya çalıştık. Burada ise böyle bir düzenlemenin ülkemiz için bir tecavüz kalkanının nasıl olması gerektiğini değerlendireceğiz.

A. Mevcut Durum

Hukuk düzenimizde cinsel saldırı mağdurlarının yargılama sırasında korunması konusu ele alınırken akıllardan çıkartılmaması gereken ceza muhakemesi sürecinde yargılama konusu yapılan olayın dava açan belgelerde belli edilmesinin şart olduğudur.⁵⁰ Yargılama konusu iddia sanığın müştekiye karşı cinsel saldırı fiilini işlemiş olmasıdır, müştekinin cinsel yaşamı değil.

Tecavüz kalkanı belirli delillerin yargılama sırasında kullanılmasını engellemektedir. Bu durum delil serbestisi ilkesinin açık bir ihlalidir ve bazı delillerin dava dışında bırakılması aynı zamanda savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelecek ve mutlak bozma sebebi olacaktır.⁵¹ Ancak öncelikli

olarak engellenen bu delillerin gerçekten delil olarak kullanılıp kullanılmayacağını belirlemek gerekir. Bunun nedeni delil serbestisi ilkesinin her türlü bilginin kullanılabilmesi manasına gelmemesi bazı istisnaların bu ilkeye içkin olmasıdır.⁵² Daha akıl yürütmemizin ilk adımında delil tanımı müştekinin cinsel yaşamının delil olarak kullanılmasını çoğu olayda engelleyecektir çünkü delil bir olayın tamamını veya bir kısmını temsil eden ve ispat bakımından önemli olan bir bilgidir.⁵³ Bu özellikleri taşımayan deliller yargılama sırasında ortaya konulamamalı, ortaya konulsalar dahi karara esas alınmamalıdır. Bu özelliklere sahip olmayan delillere dayanarak verilen kararlar hukuka aykırı olacaktır.⁵⁴ Buna ek olarak delillerin değerlendirilmesi sırasında, delilin olayı temsil edip etmediğinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁵⁵ Ek bir önlem ise sanığın temel haklarını korumak için bazı delillerin kullanılmasının olayla ilgili olsalar bile yasaklanmasıdır. Delil kullanımına getirilen bu yasakların amacı insan haklarını ve temel hak ve hürriyetleri korumaktır.⁵⁶ Bu yasaklamaya tabi olan delillerden bir kısmı kişinin özel hayatını ihlal eden bilgilerdir.⁵⁷ Sanığın ve şüphelinin özel hayatının bu şekilde korunması gereği hukuk düzenince dikkate alınmıştır. Doğrudan olayı kanıtlayan bir delil bile sanığın özel hayatının gizliliğinin Anayasadaki sınırlamalara aykırı olarak elde edilmesi suretiyle kullanılmıyorsa, aynı hukuk düzeninin müştekinin dava konusu olayla ilgilisi olmayan özel hayatının en mahrem ayrıntılarını yargılama sırasında kullanmaya izin vermediğini kabul etmek gerekir. Tüm bu düzenlemeler olayla ilgisi olmayan deliller için geçerlidir⁵⁸ ve hukuk düzenimizde asıl sorun olayla ilgisi olan / olmayan delil ayrımının nasıl yapılacağıdır.

Hukukumuzda müştekinin özel hayatını korumaya elverişli düzenlemeler de yer almaktadır. Bunlardan ilk akla geleni duruşmaların kapalı

47 GRUBER, 2012, s. 611.

48 GRUBER, 2012, s. 608.

49 GRUBER, 2012, s. 611.

50 KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt: 1, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2004; s. 238.

51 ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, 2010, s.146.

52 CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2008, s. 213.

53 TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 2006, s.170.

54 CENTEL / ZAFER, 2008, s.214.

55 TOROSLU / FEYZİOĞLU, 2006, s.194.

56 ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, 2010, s.3.

57 KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt:2, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2005; s. 849.

58 ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM, 2010, s. 133.

yapılması olanağıdır.⁵⁹ Bu tedbir sadece müştekinin özel hayatının gizliliğini bir ölçüde korumaya elverişlidir. Tecavüz kalkanı düzenlemelerinin diğer amaçları içinse bir fayda sağlamayacaktır.

Yukarıdaki koruyucu düzenlemeler asıl olarak bizim hukuk sistemimizde de, dava konusu olayla ilgisi olmayan vakıaların, örneğin müştekinin üçüncü bir kişiyle girdiği cinsel ilişkinin veya olay öncesinde ve hatta sonrasında sanık ile yaşadıklarının delil olarak kullanılmasını engellemektedir. Buna karşın hukuk sistemimizde bu gibi bilgilerin delil olarak kullanılmasına izin verdiği düşünülecek iki düzenleme vardır. Bunlardan ilki sanığın müştekinin rızasının olduğunu varsaydığını ileri sürmesidir. Varsayılan rıza iki halde tartışma konusu olacaktır.⁶⁰ Bunlardan ilki ihlal edilen değer azlığı ve fail ile mağdur arasındaki ilişkinin niteliği gereği rızanın var sayıldığı durumlardır. Mağdurun cinsel dokunulmazlığının ihlal edildiği durumda bu ihtimale dayanmak, mağdurun uğramış olduğu ihlal her koşulda ağır olacağı için imkansız kabul edilmelidir. Sanığın varsayılan rıza savunmasından yararlanabileceği diğer hal ise mağdura ulaşmanın mümkün olmaması ve mevcut durumda rıza gösterme ihtimalinin yüksek olmasıdır. Bu durumda fail mağdurun beklenmedik bir şekilde tehlikeye düşen bir hakkını korumak için başka bir hakkına müdahalede bulunmaktadır.⁶¹ Başka bir ifadeyle varsayılan rızanın kullanılabilmesi durumunda failin, mağdurun bir hakkını koruması için mağdurun başka bir hakkına müdahale etmesi zorunludur. Buna karşın cinsel saldırı fiilinin doğası gereği failin mağdura ulaşmadığını iddia etmesi düşünülemez. Bu durumda ancak mağdurun rızasının alınması başka bir sebeple, mağdurun bilincinin yerinde olmaması gibi, imkansız olabilir. Bir cinsel saldırı fiilinde yukarıda sayılan şartların varlığı ancak rızası alınamayacak duruda olan mağdura yapılan tıbbi müdahalenin, cinsel saldırı yargılamasının konusu olması halinde mümkündür.

Sanığın müştekinin cinsel hayatını delil olarak kullanmasını sağlayabilecek ikinci düzenleme ise hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşme

savunmasıdır. Sanık TCK'nun 30. maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında hataya, bu durumda rızanın var olduğu konusunda hataya düşmüş olduğuna, dayanmak için müştekinin özel hayatını delil olarak kullanmayı deneyebilir. Bu durumda sanığın öncelikle rızanın varlığı konusunda doğru bilgi alma olanağının bulunmadığını ispat etmesi gerekir.⁶² Yukarıda belirtildiği gibi suçun konusu gereği aynı ortamda bulunması gereken kişinin rızasına ulaşamaması ancak mağdurun bilincinin kapalı olması gibi bir durumda mümkündür. Bu durumda failin mağdurun rızasını almak için bekleme imkanı var ise hukuka uygunluk nedeni olan rızanın varlığında hataya düştüğü savunmasını ileri sürmesi ve bu sayede mağdurun özel hayatını delil olarak kullanması imkansızdır.

B. Gerekliler

Tecavüz kalkanı düzenlemeleri müştekiyi çoğu zaman ızdırap verici olan cinsel saldırı yargılamasında korumayı hedefler. Bu korumaya ise şikayetçinin özel hayatının parçası olan cinsel geçmişiyle ilgili sorulara maruz bırakılmayarak ve bu sayede yargılamayı ikinci bir travmaya dönüştürmerek sağlar. Yargılamanın mahkemenin gerekli gördüğü zaman kapalı yapılabildiği ülkemizde bu kaygılardan ilki yani şikayetçinin özel hayatının korunması sağlanabilir. Buna karşın, yukarıda belirtildiği üzere dava konusu olayla ilgisi olmayan deliller kullanılmayacaktır ancak bu takdir davaya bakmakta olan hakime aittir. Davaya bakan hakimin takdirine bağlı olarak şikayetçinin cinsel yaşamına ilişkin sorulara boğulması yargılamayı adeta ikinci bir tecavüze çevirebilir. Dolayısıyla **“özel hayat”** gerekçesinin ilk parçası ülkemiz için geçersizken ikinci kısmı Türkiye içinde geçerliliğini korumaktadır.

Tecavüz kalkanının gerekçelerinden ikincisini adaletin sağlanmasını temin etme oluşturmaktadır. Tecavüz kalkanı mağdurun karakterini değil sadece fiili dava konusu yaparak adaleti sağlamayı amaçlamaktadır. Tecavüz kalkanı düzenlemesinin Anglosakson sisteminde ortaya çıkması kanımızca jüri yargılaması ile bağlantılıdır. Meslekten olmayan kişilerden kurulu bir heyet doğal olarak kendi ön yargılarını yargılama sürecine taşımaya

59 TOROSLU / FEYZİOĞLU, 2006, s.279.

60 ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 1992, s. 73.

61 CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2008, s.320.

62 GÜNGÖR, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara, 2006, s.63.

daha yatkındır. Sonucun rızanın varlığına dayanıldığı bir cinsel saldırı yargılamasında, sanığın mahkum olup olmaması jürinin kimin sözüne inandığına bağlıdır. Dolayısıyla jürinin ön yargılarını destekleyecek bilgilerin dava dışı bırakılması önem taşır. Ülkemizde ön yargısının dava sonucunu etkileyebileceği tek kişi hakimdir. Her ne kadar bir jüri ile kıyaslandığında ön yargının etkisi çok daha az olacaksa da, kanımızca sifıra indirgenemez. Hakim kullanılmasına izin verdiği delillerin yargılama konusu fiil ile bağlantısız olduğunu düşünse bile bir kere o bilgileri almış olacaktır. Müştekinin cinsel yaşamının detayları idealde yargıcın vicdani kanaatini etkilememelidir. Ne var ki duyulmuş olan bilginin unutulması insan yeteneğinin dışındadır. Dolayısıyla Anglosakson örneğindeki kadar olmasa da bu gerekçe de ülkemiz için geçerlidir.

Son gerekçe, yani kadının cinsel özgürlüğünün sağlanması, ilk iki gerekçeyi var eden koşulların şiddetine bağlıdır. Yargılama süreci müşteki için korkutucu değilse ve hakimler cinsel geçmişle bağlantılı delilleri gerçekten göz ardı ediyorlarsa, yani kadının cinsel geçmişi yargılama sırasında ve sonucunda herhangi bir zarar doğurmuyorsa bu gerekçe geçerliliğini kaybedecektir.

C. Eleştiriler

Tecavüz kalkanına getirilen eleştirilerden, sadece biri, adil yargılanma hakkının ihlali ülkemiz içinde dikkate alınmalıdır. Hem Anayasamız hem de AİHS tarafından korunmakta olan adil yargılanma hakkını ihlal eden bir tecavüz kalkanı düzenlemesinin varlığını sürdürmesi olanaksızdır. Olası bir tecavüz kalkanı düzenlemesi ya kapsayıcı yasaklar getirmemeli ya da istisnalarla adil yargılanma hakkının ihlalini engellemelidir. Bu bölümün başında belirtildiği gibi dava ile ilgisiz görülen ilgilerin delil olarak zaten kullanılamaması gerekir. Mevcut durumdan ayrılarak ihlal yaratma ihtimali doğuran davaya ilişkin delillerin yasaklanmasıdır.

VI. Sonuç

Tecavüz kalkanı düzenlemesi Anglosakson uygulamasında doğmuş olmasına rağmen cinsel saldırı mağdurlarının korunması amacıyla ülkemizde de kullanılabilir. Amerikayı böyle bir düzenlemeyi kabul etmeye yönelten gerekçelerin çoğu ülkemiz için de geçerlidir. Buna karşın gerekçelerin benzerliğinden yola çıkılarak benzer bir çözüme

ulaşılması, ceza yargılaması sistemlerinin farklılığı göz önüne alındığında imkansızdır.

Türkiye için getirilecek tecavüz kalkanının amacı, davaya bakan hakimde şikayetçi aleyhine ön yargı oluşturması muhtemel delillerin, görülmesini engellemek olmalıdır. Dava yargıcının bu delilleri gördükten sonra dosyadan çıkarması beklenen faydanın sağlanmasını engeller. Önerimiz cinsel saldırı yargılamalarında savunmanın sunulduğu delillerin ve soracağı soruların, şikayetçinin karakteri ve davranışları ile değil, fiilin kendisiyle ilgili olduğunu temin etmek için bir eleme sistemi eklenmesidir. Fiille bağlantısı olmayan unsurların çıkartılması sanığın adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecektir. Buna karşın bu süreçte olayla ilgili olan delillerin dosyadan çıkartılması ve bu nedenle sanığın adil yargılanma hakkına müdahale edilmesi mümkün olduğundan delillerin elenmesi işlemi de bir hakim tarafından yapılmalıdır. Bu eleme sürecinde sanığın ve şikayet sahibinin korunması için dosya kişisel verilerden tamamen arındırılmış olmalıdır. Son olarak hangi delillerin kabul edilmesinin zorunlu olduğu ve hangi delillerin kesinlikle kabul edilmeyeceği yasada belirtilmeli, sanığın adil yargılanma hakkı tek başına hakiminkine bırakılmamalıdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ANDERSON, Michelle J., "Diminishing the Legal Impact of Negative Social Attitudes Toward Acquaintance Rape Victims"; **New Criminal Law Journal**, Yıl: 2010, Sayı: 13, (s. 644 - 660)
- ANDERSON, Michelle J., "From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law"; **George Washington Journal of Law**, Yıl:2002, Sayı:70, (s.51 - 162)
- ANDERSON, Michelle J., "Time to Reform Rape Shield Laws, Kobe Bryant Case Highlights Holes in the Armor"; **Criminal Justice**, Yıl: 2004, Sayı:2, (s.14 - 19)
- CENTEL, Nur, / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2008
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2008
- FLOWE, Heather D., "Rape Shield Laws and Sexual Behavior Evidence: Effects of Consent Level and Women's Sexual History on Rape Allegations"; **Law and Human Behavior**, Yıl:2007, Sayı:31, (s.159 - 175)

- GÜNGÖR, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara, 2006.
- GRUBER, Aya, "A "Neo-Feminist" Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform"; **The Journal of Gender, Race and Justice**, Yıl: 2012, Sayı: 15, (s. 583 - 615)
- HADDAD, Richard "Shield or Sieve? People v. Bryant and the Rape Shield Law in High Profile Cases", **Columbia Journal of Law and Social Problems**, Yıl: 2006, Sayı: 39, (s.185-221)
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridin, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt: 1, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2004
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridin, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt:2, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2005
- LETWIN, Leon, "Unchaste Character, Ideology, and the California Rape Evidence Laws", **Southern California Law Review**, Yıl: 1980, Sayı: 54, (s. 35 - 89)
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Basım, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 1992
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, R. Mustafa, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010
- ROMAN, Denise, "Under the Rape Shield: A Historical and Comparative Perspective on the Rape Shield Laws", **Working Papers in Feminist Research, UCLA Center for the Study of Women**, Yıl:2011
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 2006
- YÜKSEL, İsmail, **Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik

Araştırma

Sezal ÇINAR ÖZKAN*

*Hazine Avukatı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Öğrencisi
(Treasury Solicitor, Ankara University Graduate School of Social Sciences, Ph.D. Student)
(E-Posta: sezalcinar@hotmail.com)

ÖZET

Richard Posner'a göre epistemoloji, ontoloji, hermeneutik ve gelenekçilik hukuki nesnellığı sağlayabilme yeterliliğinden yoksundur. Posner, kendi "pragmatist manifesto"sunun ve hukukun ekonomik analizinin nesnellığı sağlayabileceği düşüncesindedir. Bu çalışmada Posner'ın görüşlerinin hukuki nesnellığı sağlayıp sağlayamayacağı incelenmiştir. Öncelikle Posner'ın hukuki pragmatizmindeki antitemeldenciliği ve formalizm karşıtlığı sebebiyle hukuki belirsizlik tehlikesine işaret edilmiş, sonra ise Posner'ın sonuçsalcılık ve refah maksimizasyonu ilkesiyle hukuki belirsizlikten çıkışı ve hukuki nesnellığı sağladığı iddiası izlenmiştir. Posner'ın sonuçsalcılığına ve hukukun ekonomik analizine yönelik eleştiriler rehberliğinde gerçekleştirdiğimiz incelemede Posner'ın önerisinin metodolojik olarak yetersiz olması nedeniyle hukuki nesnellığı sağlayamadığı sonucuna varılmıştır. Hukuki nesnellığı sağlayamamasının yanı sıra ayrıca görülmüştür ki, Posner'ın önerisi adil bir hukuki sistem için de elverişli değildir.

Anahtar Kelimeler

Hukuki nesnellik, pragmatizm, sonuçsalcılık, hukukun ekonomik analizi, refah maksimizasyonu

ABSTRACT

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND OBJECTIVITY

According to Richard Posner, epistemology, ontology, hermeneutics, and traditionalism lacks competence to provide legal objectivity. Posner claims that his "pragmatic manifesto" and the economic analysis of law can provide the legal objectivity. In this study investigated that if Posner's claim might realized legal objectivity. Primarily, indicated that; due to anti-foundationalism and anti-formalism Posner's legal pragmatism was in the danger of legal uncertainty. And then discussed that; according to Posner consequentialism and principle of wealth maximization inhibit legal uncertainty and provide to legal objectivity. The guidance with the criticisms of the economic analysis of law and the consequentialism realized that Posner's proposal can not provide legal objectivity due to a lack of methodology. In addition that, Posner's proposal is not conducive to a fair legal system.

Keywords

Legal objectivity, pragmatism, consequentialism, economic analysis of law, wealth maximization

1. Giriş

Benjamin N. Cardozo'nun ve Oliver W. Holmes'un görüşlerinin takipçisi olarak hukukta pragmatist düşünceyi yeniden canlandırmış olan **Richard Posner**'ın temel meselelerinden biri hukuki kesinlik ve nesnelliğin sağlanmasıdır.¹ **Posner**, "hukukun öznelliğe ve politikliğe düşmeksizin nesnel ve kesin cevapların kaynağı olması» sorununu araştırmak amacıyla kaleme aldığı temel eserlerinden olan "**The Problems of Jurisprudence**" da, genel hukuk teorisindeki epistemolojik, ontolojik, hermeneutik ve gelenekçilik olmak üzere mevcut tüm yaklaşımları ahlak ve siyaset felsefesinin kavramları rehberliğinde incelemiş, pragmatik yaklaşımın bunlara üstünlüğünü ilan etmiştir. **Posner**'ın epistemolojik, ontolojik ve hermeneutik nesnellik bakımından görüşü "birincinin daha çok kavramsal düzeyde kalmasından dolayı yasal yargılama bakımından çoğu kez konu dışı olduğu, ikincinin bazen erişilebilir olmakla birlikte bunun her zaman mümkün olmadığı ve üçüncünün ise erişilebilir ve bazen de faydalı olmakla birlikte, yine de somut olay için çok fazla şey ifade etmeyeceği" yolundadır.² **Posner**'a göre ne epistemoloji ne ontolojik başvurular ne hermeneutik, ne de gelenekçilik hukukun nesnelliğini sağlama yeterliliğine sahip değildir.³ Ayrıca **Cardozo**'nun hukuk anlayışı ve **Holmes**'un "tahmin teorisi"ni de kabul edilebilir pek çok yönüne rağmen yetersiz bulan⁴ **Posner**, **Holmes**'un hukukun yargıcın özellikli bir durumla karşılaştığı zaman ne yapacağını tahmin etmesi olduğuna dair tanımını, hukukun yargıcın aynı zamanda yargılama faaliyeti ile bizzat yarattığı şey olduğuna dair bir anlayışla genişletmiştir.⁵

Hukuk teorisindeki yaklaşımların hiçbirini yeterli bulmayan **Posner**'ın hukuki nesnellik için önerisi kendi "pragmatist manifesto" ilanidir.⁶ **Posner** pragmatist yargılama ilkelerine dayanan bir hukuk sistemi önerisi getirmektedir.⁷

1 POSNER, Richard, **The Problems of Jurisprudence**, Harvard University, USA, 1990, s. 353.

2 POSNER, 1990, s. 31.

3 **Ibid.**, s. 457.

4 **Ibid.**, s. 221-223.

5 POSNER, 1990, s. 355.

6 **Ibid.**, s. 454.

7 POSNER, Richard, **Law, Pragmatism and Democracy**, Harvard College, USA, 2003a, s. 59, 63.

2. Posner'in Hukuki Pragmatizminin Formalizm Karşıtlığı ve Antitemeldenciliği

Posner'ın hukuki pragmatizmi antitemeldenci⁸ formalizm karşıtı⁹ ve sonuçsalcıdır.¹⁰ Antitemeldenciliğin anlamı **Posner**'a göre hukukun ahlaki teorilerden ve değerlerden özerkleştirilmesidir. Değerler çoğulcu olduğundan hukukun değerlerle ilişkisi kesilmelidir. Değerlerin, ahlaki ve felsefi teorilerin kendisi zaten çekişmelidir. Bu sebeple hukuki problemlerin çözümünde temel alınmazlar. Ahlaki teorileri hukuka temel almak hukuki nesnellığı engelleyecektir. **Posner**'a göre hukuki nesnellik ancak tartışmalı ve çoğul nitelik taşıyan değerlerle hukuk ilişkisi kesildiğinde yani hukuk ahlaki ve felsefi teorilerden özerkleştirildiğinde sağlanabilecektir.¹¹ **Posner** "pragmatik etik skeptizim" ile metaetik bir duruş önerisinde bulunmaktadır.¹²

Hukuki formalizme de karşı çıkmakta olan **Posner**'a göre formalizm daha çok kavramlar arasındaki ilişkilerle ilgilenmekte, olgular dünyasına yüzeysel olarak dahil olmaktadır. Formalizm bu anti-pragmatik ve anti-empirik tutumuyla sorunları ve uyuşmazlıkları çözebilme yeterliliğine sahip değildir.¹³ Formalizmi neyin işe yaradığına değil de, bir dizi mantık zinciri sonunda ulaşılan kuralların neler olduğunu araştırmamasından dolayı eleştiren **Posner**, kavramların insan ihtiyaçlarına göre ikincil olduğuna işaret etmektedir.¹⁴ **Posner**'a göre formalist düzenlemeler hukukun tamamı değil, yalnızca bir parçasıdır. Gerçekte hukuk, yargıcın empirik araştırmayla somut davanın koşullarını gözeterik ve pragmatist yorumunu katarak verdiği kararda ortaya çıkmış olan şeydir.¹⁵

Hukuki formalizmde yargıç yasal düzenlemelerle bağlıdır. Yargıca yasal alanın dışında serbesti

8 **Ibid.**, s. 85, POSNER, Richard, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, Harvard, 2002, s. 8, LAKE, Peter F., "Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Nebraska. Law. Rev.**, 1999, s. 557.

9 POSNER, 2003a, s. 85, LAKE, 1999, s. 557, LUBAN, 1999, s. 276.

10 POSNER, 2003a, s. 85, LUBAN, 1999, s. 275.

11 POSNER, 2002, s. 6, 8-9.

12 **Ibid.**, s. 8.

13 POSNER, Richard, **How Judges Think**, Harvard College, London, 2008, s. 239.

14 POSNER, Richard, "What Has Pragmatism Offer to Law", **Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by Dennis Michael Paterson, Blackwell Publishing, USA, 2003c, s. 185.

15 POSNER, 1990, s. 355.

tanınmamıştır. Hukuki pragmatizmde ise formalist bağlılık terk edilince, yargıca geniş bir müdahale alanı açılır.¹⁶ Ayrıca **Posner**'in pragmatist yargıcı yasaya uyma zorunluluğunu terk etmiş olmasının yanı sıra, yukarıda işaret edildiği gibi, ahlaki ve felsefi teorilerle de başını koparmıştır. Pragmatist yargıç hem antitemeldenci hem de antiformalisttir.

Posner'in yargıcı yasallık ile bağlı olmadığı gibi, ölçüt olarak kullanabileceği etik ilkelere de sahip değildir.¹⁷ Öyleyse pragmatist yargıç kararını nasıl verecek, nasıl gerekçelendirecektir? Pragmatist yargıcın bu durumu her türlü öznel ve politik etkiye açık olduğu izlenimini uyandırır.¹⁸ Böylece hukuki pragmatizmde, yargıcın kararını verirken nesnellığı nasıl sağlayabileceği problemi ortaya çıkar. Çünkü yargıç ne yasallığı ne de ahlaki teorileri nesnel temel olarak görmemektedir. Bunlar yargılamada asıl olmayıp, araçsal nitelik taşımaktadır. Nesnel bir temele bağlı olmadığından, yargıç değiştiğinde araçsal olarak başvurabileceği argümanlar da, yargıcın öznelliğine göre değişebileceğinden, hukuk da değişkenlik gösterecek hukuki belirsizlik problemi ortaya çıkaracaktır.¹⁹ Buna karşılık **Posner**'in tam olarak asıl meselesi ise hukuki belirsizliği ortadan kaldırmak, hukukta nesnel bir zemin elde etmektir.²⁰

Posner pragmatist yargıcı bu durumdan kurtaracak, formalizm ve temeldencilik dışında, başka bir nesnel zemin önerisinde bulunur. **Posner**'a göre bu ikisi hukuki nesnellikte zaten başarısızdır. Kendi önerisi ise hukuki nesnellik ve kesinliği sağlayabilecektir. **Posner** hukuki nesnellik için refah maksimizasyonunu gerçekleştirecek sonucu doğuracak olan bir sonuçsalcılığa işaret eder." Ekonomik Seçim Teorisi" nin bir üst norm etkisine sahip olduğu düşüncesinde olan²¹ **Posner**'in pragmatist hukuk sistemi "zenginlik-refah maksimizasyonu"nu²² yaratacak sonuca odaklıdır. Çünkü ekonomik analiz, normatif değerler konusuna girilmeksizin, objektif kriter olarak uygulanabilme özelliğine sahiptir.²³ Ekonomi biliminin

objektif ve empirik olarak sınanabilen²⁴ kuralları ve araçlarıyla hukuki nesnellik sağlanabilecektir.

Bu sebeple aşağıda hukuki nesnellığı sağlamak için **Posner**'in en güvenilir temeller olarak gördüğü sonuçsalcılığı ve sonuçsalcılıkla dolambaçlı bir bağlantıya sahip argüman olarak refah maksimizasyonu ve hukukun ekonomik analizi²⁵ incelenecektir.

3. Posner'in Hukuki Pragmatizminin Sonuçsalcılığı

Hukuki nesnellik için ahlaki teorileri güvenilir bulan ve formalizme de işe yaramadığı için karşı çıkan **Posner**, bunların yerine sonuçsalcılığı önermiştir. **Posner**'a göre yargıcın kararını oluştururken kalkış noktası ahlaki teoriler ya da formalist düzenlemeler değil, vereceği kararın ortaya çıkaracağı sonuçlar olmalıdır.²⁶

Posner'in sonuç odaklı yaklaşımında -zaman zaman değişen ve birbirlerinin yerine geçecek tarzda kullanılan- birkaç kriter göze çarpmaktadır. Bunlar; "en iyi sonuç" (the best)²⁷, "etkililik" (efficiency),²⁸ "pratik akıl" (pratic reason),²⁹ ve "makuliyet" (reasonable)³⁰ kriterleridir.

Yargıç farklı prensipler getiren iki hukuki kurallı karşılaştırmak yoluyla en iyi sonuca ulaşmalıdır. Buna göre yargıç mevcut olayda, amacı destekleyen ya da onunla uzlaşan en iyi yasal yoruma destek veren kuralı bulmak yükümlülüğündedir.³¹ **Posner**'in yargıcı üç katmanlı bir araştırma içindedir. Bunlardan ilki yargıcın yeterli öğrenme, bilgi sahibi olma ve etkili yasal kuralı belirlemeye yönelik bilme zorunluluğudur. İkincisi yargıç etkili kuralı belirlerken hukuk evreni içinde konuyla ilgili diğer düzenlemeler hakkında bilgi sahibi olmalıdır. Nihayet yargıç, belirlemesi ve kararı ile ilgili olarak seçtiği kuralın neden en iyi sonucu

Economics and Pragmatism", **Harvard Law Rev.**, 2007, s. 1183.

24 POSNER, Richard, **Frontiers of Legal Theory**, Harvard University Press, USA, 2004, s. 4.

25 LAKE, Peter F., "Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Nebraska Law. Rev.**, 1999, s. 623.

26 POSNER, **2003a**, s. 59.

27 **Ibid.**, s. 60.

28 POSNER, **2003b**, s. 252.

29 POSNER, **2003a**, s. 60.

30 **Ibid.**, s. 59.

31 POSNER, Richard, "Pragmatic Adjudication", **The Revial of Pragmatism - New Essays on Social Thought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, s. 238.

16 POSNER, **2008**, s. 1.

17 POSNER, **2002**, s. 11v.

18 **Ibid.**, s. 1.

19 POSNER, **1990**, s. 1.

20 **Ibid.**, s. 353.

21 POSNER, **2003a**, s. x.

22 POSNER, **1990**, s. 356.

23 MINOW, Martha, "Religion and the Burden of Prof: Posner's

verecek olduğunu ve diğer kuralların neden daha etkisiz sonuç verecek olduklarını da açıklamak zorundadır.³²

Posner'a göre en iyi ya da en etkili sonuç en fazla zenginliği sağlayacak olan sonuçtur. **Posner'in** sonuç odaklı yaklaşımında amaç «zenginlik-refah maksimizasyonu»³³ yaratmaktır. Yargıca sonuçlara bakmayı önermekte, kararını koşullar dahilinde her iki taraf için en iyi sonucu verecek şekilde üretmesi gerektiğini söylemekte olan³⁴ **Posner**, onun karar verirken ekonominin ilkelerini kullanmasını istemektedir. Çünkü her ikisinin de amacı verimliliği artırmaktır. Olası kuralın seçiminde "efficiency/ etkililik, verimlilik" en üstün ilke olmalıdır. Etkili olması gereken değer, refahın en çoğaltıcı şekilde yeniden dağılımıdır. Böylece **Posner'a** göre yargıçlar, gelecek odaklı kural koyuculuklarıyla, taraflar arasında en fazla etkili çıktıya sahip olacak kuralı seçerek kararlarını vereceklerdir.³⁵

Bu en fazla verimli çıktı meselesi durumun özelliğine göre değişmektedir. Örneğin bir haksız fiil davasında yargıç alternatif kuralları uygulamanın davanın gelecekte doğuracağı sonuçlara etkisini gözetmelidir. Böylece etkililiği, verimliliği arttırmaya konsantre olan yargıçlar alternatif değerlendirmeleri yürürlüğe sokarak ve refahın yeniden dağılımını temin ederek, hukuku tamamlarlar. **Posner'in** hukuki karar için alışık olunan "adil", "adalete uygun" ya da "doğru" gibi kavramlar yerine "en iyi", "etkili", "verimli" gibi kavramlar kullandığı görülmektedir.³⁶

İlk dönemlerde «en iyi» sonuca işaret eden **Posner** daha sonraki dönemlerde ilave olarak "makuliyet" (reasonable) ve "pratik akıl" (pratic reason) kriterlerinden söz etmektedir. Buna göre, pragmatik karar pratik akla uygun olarak akılcı/makul olarak ortaya çıkmalıdır.³⁷ Bu kriteri "**Law, Pragmatism and Democracy**" isimli kitabında "Pragmatik Yargılamanın İlkeleri" başlığı altında

kullanmıştır. Pragmatik yargıç kararını makul olarak vermelidir.³⁸

Pratik akıllı "saf olmayan, yani kolayca kandırılmayan insanların mantık ya da gözlem tarafından doğrulanamayan olaylar hakkındaki inançlarını biçimlendirme yöntemleri" olarak tanımlayan **Posner** bu metodları sağduyu, sezgi, yorumlama, deneyim, analogi yoluyla akıl yürütme ve örtülü bilginin karması olarak bildirmektedir. **Posner'da** pratik akıl hedefi belirleme ve bu hedefe ulaşmak için gerekli olan en uygun araçları seçme şeklinde ortaya çıkan araç-amaç rasyonelliğini içermektedir.³⁹

Posner'in sonuçsalcılığı ve sonuçsalcılığı uygularken yargıç için önermiş olduğu kavramları çeşitli düşünürlerce çeşitli iddialarla eleştirilmiştir. İddiaları üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunların ilki **Posner'in** en iyi sonuç, pratik akıl ve makuliyet gibi soyut kavramlar kullanmakla birlikte bunların içeriğini doldurmamış olduğu⁴⁰ yolundadır. İkincisi, **Posner'in** önerisinin metodolojik açıdan elverişsiz olduğu,⁴¹ üçüncüsü **Posner'in** sonuçsalcılığının hukukun gelişimini temin eden eleştirel düşünceyi destekleme yeterliliğinden yoksun olduğu⁴², dördüncüsü **Posner'in** önerisinin paylaşılan ortak değerler varsayımına dayandığından, azınlık değerlerini baskılayacağı⁴³ yönündedir.

Sonuç Odaklı Yaklaşım Eleştiriler

1. Arthur J.Jacobson ve John P.McCormick göre, Posner'in "en iyi" sonuç kriteri standart bakımından yetersizdir. Posner'in kararının delillerinde "en iyi" ye işaret eden değişmeyen öz bir değer standardının açıkta kalmış olduğuna işaret eden Jacobson ve McCormick'e göre Posner, reddettiği doğal hukuk çizgisine düşmek kaygısıyla, toplumsal yararı maksimize eden faydacılığın evrensel kuralına benzer bir karar tavsiyesinden ve bu tarz gerekçeleştirme çizgisinden özellikle

32 SANDERS, Anthony B.- TODD J., Zywichi, "Posner, Hayek and the Economic Analysis of Law", *Iowa Law Rev.*, 2008, s. 575.

33 POSNER, 1990, s. 356.

34 JACOBSON, Arthur J./ MCCORMICK, John P., "The Business of Democracy is Democracy", *John M.Olin&Economics Working Paper*, The Law School the University of Chicago, No.261, 2D series, 2005, s. 23.

35 SANDERS/ZYWICHI, 2008, s. 563.

36 *Ibid.*, s. 563.

37 JACOBSON/MCCORMICK, 2005, s. 23.

38 POSNER, 2003a, s. 59.

39 LEVIT, Nancy, "Book Review Practically Unreasonable: A Critique of Practical Reason a Review of the Problems of Jurisprudence by Richard A. Posner", *Northwestern University Law Review*, Northwestern University Press, USA, Vol. 85, No.2, 1991, s. 498.

40 JACOBSON/MCCORMICK, 2005, s. 23-24.

41 HAUGH, Alan J., "Richard Posner's Pragmatic Jurisprudence", *Irish Student Law Rev.*, 2001, s. 49, LEVIT, 1991, s. 501-509.

42 *Ibid.*, s. 501.

43 *Ibid.*, s. 513.

kaçındığından “en iyi” nin standardını vermekten geri durmaktadır. Çünkü Posner’a göre hem hukuk, hem de politik üretim, değere işaret eden tartışmaların üstünde tutulmalıdır. Böylece Posner, “en iyi” sonucun ne olacağına dair hiçbir şey söylemeksizin bunu yargıçlara bırakmaktadır. En iyi sonuç, «farklı sonuçların ağırlığına bağlı» olup, aynı zamanda «yargıcın kendi idealindeki toplumun ihtiyaçları ve çıkarlarına» kalmıştır. Posner’in yargıcın vereceği en iyi sonucun ne olacağını aydınlatmamasının yargıcın kararını sakat bırakmakta olduğunu düşünen Jacobson ve McCormick’e göre, Posner’in tüm felsefi enkazından kurtarılabilen tek kelime «en iyi» dir. Jacobson ve McCormick pragmatik yargılama teorisinin boş bir bağlam olan “en iyi” kelimesi temelinde yapılandırmanın mümkün olmadığı eleştirisinde bulunmaktadır.⁴⁴ Jacobson ve McCormick aynı eleştiriye “pratik akıl” ya da “makuliyet” kavramı hakkında da yineleyerek Posner’ı bunlara da bir içerik kazandırmadığından bahisle⁴⁵ eleştirmiştir.

Posner’ın kullanmış olduğu kavramların içeriklerini açıkta bırakmış olduğu yolundaki eleştirisi, “pratik akıl” ve “makuliyet” kriterleri için kabul edilebilir olmakla birlikte, aynı eleştiriye “en iyi sonuç” kriteri için kabul edebilmek kanımca mümkün değildir. Çünkü *Posner*, en iyi sonuç için açıkça “refah maksimizasyonu”⁴⁶ yaratacak sonuçta işaret etmektedir. Aynı kanaati paylaşan *Michel Rosenfeld*⁴⁷ ve *Peter Lake*⁴⁸ göre de, *Posner*’daki en iyi sonuç ekonomik analiz ve refah maksimizasyonu ile kaynaşmış durumdadır.

2. *Posner*’ın sonuçsalci kriterlerinin en yoğun eleştiriye uğradığı husus, metodolojik olarak eksik ve başarısız olduğu yönündedir. *Alan J. Haugh* ve *Nancy Levit*, *Posner*’ın yargıca önerdiği kavramları metodolojik olarak çeşitli bakımlardan eleştirirler.

Haugh’a göre “pratik akıl” metodolojik olarak yetersiz bir kriterdir. Bu yetersizlik karar verme sürecinde “pratik akıl” a başvurulduğunda ortaya

çıkılmaktadır. *Haugh*, *Posner*’ın “pratik akıl” deyiminin standart bir anlamı olmadığını belirterek, *Aristoteles*’daki, “herşeye çabuk inanmayan (saf olmayan) insanların mantık veya gözlemlerle ispatlanamayan durumlar hakkında inançlar oluşturmaya yönelik metodları» tanımını tercih ettiğine dikkat çeker. *Haugh*’a göre bu terim, hukuki karar için son derece yetersizdir.⁴⁹ “Pratik akıl”, *Posner*’da, kanıtlanabilir olmayan inançları değerlendiren metodların bileşimidir. Bu bileşim “anekdot, içgözlem, yetki, benzetme (metafor-mecaz), karşılaştırma (mukayese), örnek (emsal), gelenek, hafıza, tecrübe (deneyim), sezgi ve diğer araçları içermektedir. *Haugh*’a göre *Posner*’ın listesindeki araçlar kuşkusuz ki yargıcın önündeki konularda nasıl karar vermesi gerektiği konusunda inançlar formüle etmesine yardımcı olacaktır. Ancak bunlar uyumsuzluğun yalnızca yarısını çözebilecektir. Çünkü bu araçlar kendi başlarına bu inançları haklı çıkaramayacak veya değerlendirilmeleri için bir kriter sağlamayacaklardır. Başka bir ifadeyle, yargıca “ikna edici gerekçeler” sunmayacaklardır.⁵⁰

Haugh’un “pratik akıl” a metodolojik bakımdan itirazının bir diğeri ise, pratik mantığın potansiyel olarak çatışan (çelişkili) inançlar arasından seçim yapma kriterini sunamıyor olmasıdır. Çünkü pratik akıl kaynakları olan sezgi, sağduyu, gelenek veya emsal karşıt inanç yaratabilme potansiyeline sahiptir. *Haugh*’a göre pratik akıl bu açıdan da metodolojik olarak yetersizdir.⁵¹

Nancy Levit, *Haugh*’ın metodolojik eleştirisinin ilkinin paylaşmaktadır. Bilimsel metoda tarafdar olan *Levit*’e göre, pratik akıl ve sağduyu entellektüel açıdan en zayıf metodlardır. *Posner*’ın sağduyu metodları olarak sunduğu sezgi ve örtük bilme, genellik ve netlik özellikleri göstermez. *Levit*’e göre eylemle daha fazla, düşünceyle ise daha az ilişkili olan sağduyu, açıklayıcı bir inceleme geliştirebilme yeterliliğinden yoksundur. Karar verme metodolojisi sezgisel düşünme olduğunda, karara yol açan gerekçeler dahi anlaşılacak değildir. Çünkü pratik akıl, gerekçeleri şekillendiren sezgilerin nasıl rasyonel gerekçeler haline getirileceğine dair bir standart sunmamaktadır.⁵² Bu eleştirilerine ilave olarak *Levit*, sezgi-

44 JACOBSON/MCCORMICK, 2005, s. 23.

45 *Ibid.*, s. 24.

46 POSNER, 1990, s. 356.

47 ROSENFELD, Michel, “Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner’s and Rorty’s Justice without Rorty’s Justice without Metaphysics Meets Hate Speech”, *Cardozo Law Rev.*, Vol.18, s. 116.

48 LAKE, 1999, s. 623.

49 HAUGH, 2001, s. 49.

50 *Ibid.*, s. 49.

51 *Ibid.*, s. 49.

52 LEVIT, 1991, s. 503.

sel ve sağduyusal düşünmenin mantıksızlaştırıcı, anlamsızlaştırıcı eğilimlerine değinir. Sağduyu bilim öncesi ve mantıksız olmaya eğilimlidir. Sezgisel kısımlara akıldan daha fazla değer vermek ve onları akıldan ayrı bir yere koymak aklın develüasyonuna yol açacaktır.⁵³ Bu sebeple, **Posner**'ın kavramları hukuki yargılama için gerekli olan sistemli ve metodolojik bir araştırma bakımından yetersizdir.⁵⁴

3. **Posner**'ın sonuçsalci metoduna yöneltilen diğer bir eleştiri, pratik aklın hukukun gelişimini temin eden eleştirel düşünceyi destekleme yeterliliğinden yoksun olduğu yönündedir. **Levit** sağduyudan beslenen pratik aklın kültürel inşa, sosyal, etnik, coğrafi değişikliklere ve tarihsel geleneklere bağlı olduğuna dikkat çeker. Sağduyu kültür tarafından derinden etkilendiğinden, kültürel koşullar hakkındaki eleştirel düşünmeyi destekleyebilir nitelikte değildir. **Levit**'e göre sağduyu kültürel aktarım ve çoğalmayla birlikte düşünüldüğü için tutucu bir metottur.⁵⁵ Rasyonellik kriteri olarak bilinen bilimsel metod ise metodolojik avantajının yanında bir de hukuki kararın rasyonel olarak değerlendirilebilmesinin olanağını vermektedir. Böylece bilimsel metod ile hukuk sisteminin hangi kuramlarının mantıklı ve sınanabilir olduğu görülebilecekken, **Posner**'ın metodu bunu gerçekleştirememektedir.⁵⁶

Levit'e göre **Posner**'ın bu konudaki problemi, tanımlayıcı hukuktan emredici hukuka geçmiş olmasından doğmuştur. **Levit**'e göre, **Posner**'ın pratik akıl kavramı yalnızca "yargıçların zor davalarda kullandığı analiz metodu" olarak tanımlanması durumunda kabul edilebilir. Pratik akıl bu şekilde ifade edildiğinde "**The Problems of Jurisprudence**" uzlaşmacı bir görünümü kavuşur. Ancak, **Posner** pozitif teoriden normatif olana kaymıştır.⁵⁷ **Levit** yargıçların yaptıkları şeyin doğru olduğunu düşündüklerinde bir şeyleri değiştirmek için dürtüleri olmayacağına dikkat çekmektedir. **Posner**'ın teorisinin bu halinde, yargılama statükoya yenik düşeceğinden sistemin daha iyiye gidebileceğine dair olan umutlar kaybolacaktır.⁵⁸

53 **Ibid.**, s. 504.

54 **Ibid.**, s. 505.

55 **LEVIT**, 1991, s. 502.

56 **Ibid.**, s. 501.

57 **Ibid.**, s. 510.

58 **Ibid.**, s. 510.

4. **Posner**'ın sonuçsalcılığına yönlendirilen eleştirilerden başka biri ise, **Posner**'ın önerisinin en iyi sonuç bakımından paylaşılan ortak amaçlar ve değerler varsayımına dayandığından bir konsensus hukuku olduğu bu sebeple azınlık gruplarının değerlerini baskılayacağı yönündedir.

Levit **Posner**'daki pratik aklın içeriğinin gizlenmiş bir konsensus hukukuna işaret ettiğini düşünmektedir. Pratik aklın meşruluğu evrensel olarak paylaşılan değerler varsayımından çıkmaktadır. **Posner**'ın sezgi, örtük bilme ve sağduyuyu güvenilir nitelikler olarak sunması, bunların paylaşılan nitelikler olduğu varsayımına dayanmaktadır.⁵⁹

Levit'e göre **Posner**, hukuki topluluğun hem politik hem de kültürel olarak çeşitli olduğunun hakkını teslim etse de, önemli pasajlarda pratik aklın yargısal metodoloji olarak başarısının toplumsal konsensusa dayandığını da ifade etmektedir. Bu durumda **Posner**'ın görüşü politik ve kültürel olarak çeşitlilik olsa da, birçok paylaşılan (ortak) sezginin de olduğu yolundadır. Bu sebeple **Levit**'e göre, **Posner**'daki sezgisel düşünce, gerçekte yargısal çeşitlilik varsayımına karşı bir tuzaktır.⁶⁰

Ayrıca **Levit** için **Posner**'ın yargıda çeşitlilik olduğu varsayımında hareketle, homojenlik yönündeki arayışı şaşırıdır.⁶¹ Çünkü fiili durum yargıda çeşitlilik değil, yargının dikkat çekici oranda homojen oluşu ve ideolojik ayrılıktır. Ama bunun aksine, hukuki homojenliğe zıt olarak toplumsal yapıda heterojenlik ve sessiz kültürel gruplar vardır. **Levit**'e göre sağduyuya dayanan, çoğunluk görüşünden beslenen, farklılık karşıtı olarak ortaya çıkan pratik akıl kavramı, hukuk sisteminin sıra dışı ve azınlık gruplarına karşı neden duyarsız kaldığının altını çizer yapıdadır. **Posner**'ın sağduyudan beslenen pratik aklı, baskın olan sesi meşrulaştırma işlevi görecektir. Böylece meşrulaştırılan konsensus hukuku azınlıkta kalan grupları dışlayacak ve marjinalleştirecektir. Bu yöntemle mantıklı kararlara ulaşılsa bile yöntem zarar vericidir. Çünkü birkaç alternatif içinde yargıcın kararı için yapacak olduğu her seçim neyin normal ve uygun olduğunu göstermenin bir yolu olarak ortaya çıkacaktır. Öte taraftan karar için diğer alternatif seçim olanakları azınlık görüşü olduğu

59 **Ibid.**, s. 510.

60 **LEVIT**, 1991, s. 511.

61 **Ibid.**, s. 512.

için anormal ya da «uygun değildir» olarak tanımlanmış olacaktır. Böylece baskın görüş bir kez daha güç gösterisi olarak ortaya çıkacaktır. **Levit Posner**'in pratik akıl kavramını, gücün, alt tabaka grupları üzerindeki iddia ettiği hakkın onaylanması olarak görmektedir.⁶²

Rosenfeld da, **Lake** ile paralel bir itiraza sahiptir. **Rosenfeld**'a göre **Posner** amaçlar konusunda toplumsal konsensus olduğu varsayımındadır. Sonuçlara odaklanmak, ekonomik analizle ve refah maksimizasyonu ile harmanlanmış haliyle, refah maksimizasyonunu en yüksek iyi haline getirmektedir.⁶³

4. Hukukun Ekonomik Analizi

Posner'in hukuku ekonomik analizle ele alarak disiplinler arası alanda objektif bir temele oturtmak için kapsayıcı bir sistem oluşturma amacıyla yazdığı "**Economic Analysis of Law**" onun en iddialı ve etkili eseridir. **Posner** burada, araçsal, ancak merkezi nitelikte önem taşıyan ekonomi ile hukuku bağdaştıran bir teori inşa etme çabasıdır.⁶⁴

Posner ekonomik analizin üç ana ilkesi olduğunu bildirir. Talep kanunu olarak ifade ettiği birinci ilke, konulan fiyat ile talep edilen miktarın ters orantılı oluşudur. İkinci ilke tüketicilerin ve suçluların kendi çıkarlarını, mutluluklarını zevk ve doyumlarını en üst düzeye çıkarmaya çalışıyor olmalarına dairdir. Üçüncü ilke ise piyasa rızaen yapılan değiş-tokuşa izin verdiğinde kaynakların, en verimli kullanım alanlarına yönelecek olmalarına⁶⁵ ilişkindir.

62 **Ibid.**, s. 513.

63 **ROSENFELD, 1996-1997**, s. 116.

64 **ROSENFELD, 1996-1997**, s. 115, Ayrıca bkz: **LAKE, 1999**, s. 625; "Posner, Yargılama Hukukunun Problemleri'nde refah maksimizasyonunu, pragmatizmi ve araçsalcılığı birleştirir."

65 **POSNER, Richard, Economic Analysis of Law.**, Aspen Publishers, New York, 2003b, s. 3-4.

Posner, insanların rasyonel maksimizasyon sağlama yetisini sahip oluşunu evrim kuramı ile açıklar. **Posner**'e göre, evrim kuramı insanın bilinçsizde olsa, rasyonel maksimizasyon sağlama yetisini açıklamıştır. Maksimizasyon, rekabet, bilinçsiz rasyonellik, bedel, yatırım, kişisel çıkar, hayatta kalma yetisi ve eşitlik kavramı her iki teoride de çok önemli rol oynamaktadır. Evrim teorisi ırkların bilinçsiz maksimizasyon sağlamalarıyla uğraşmaktayken ekonomi kişilerin bilinçsiz maksimizasyon güdülerini ile ilgilenmektedir. Sonuç olarak ekonomi, evrimleşen canlıların bilinçsiz maksimizasyon sağlamaya çalışmalarıyla aynı yönelime sahiptir. Ekonomik hayatta işler karışsa da, çeşitli zorluklarla karşılaşılrsa da tıpkı evrimleşen canlıda olduğu gibi bir şekilde bunun üstesinden gelmek başarılabilmektedir. Böylece ekonomik maksimizasyon anlayışı

Hukukun ekonomik analizi için, temel argüman olarak, ekonominin insanların isteklerine oranla sınırlı sayıda kaynağın olduğu bir dünyada rasyonel tercihler bilimi olmasına işaret eden **Posner**'a göre, ekonominin, hukukun ekonomik analizine yol gösterecek olan en temel varsayımı, insanların kendi tatminlerini en yüksek noktaya taşıyan (maximizer) rasyonel varlıklar olmasıdır.⁶⁶ Ekonomik analiz uyarınca, kişiler özgür bırakıldıklarında yapacakları seçimlerin "rasyonel" en yüksek tatmini sağlayacak seçimler olacağı varsayılır. Buna göre kişiler rasyonel olmalıdır, ama tamamen bilinçli olmak zorunda değildirler. "Rasyonel" sözcüğü burada araçlar ile amaçlar arasında genel bir uyumluluğu ifade etmek için kullanılmaktadır.⁶⁷ Böylece **Posner**'a göre bütün sosyal aktörlerin akılcı araçsalcılar olduklarını varsayan ekonomik model aracılığıyla bütün insan aktiviteleri işleyen bir makine gibi anlaşılabilir.⁶⁸

Hukuk ve ekonomi modelinde yargıç da, diğer akılcı araçsalcılar gibi, refah maksimizasyonunu ya da diğer bir ifadeyle zenginliğin artırılmasını gözetmek durumundadır. **Posner**, sıradan bir yargıç ile refah maksimizasyonunu gözetecek yargıcın vereceği kararlarının farklılığını, kaybolan kedisi için ödül vereceğini ilan eden kedi sahibi ile ilanları görmeksizin kediyi bulan kişi arasındaki hukuki durumun çözümlemesi üzerinden açıklar. Sıradan yargıcın yapacağı formalist yorum üzerinden vereceği kararda, kedinin sahibinin ödül parasını ödemesine gerek yoktur. Çünkü tarafların iradeleri buluşmamıştır. Ancak refah maksimizasyonunu gözetilen bir yargıcın vereceği karar, bulanı ödüllendirmenin, hukuki kurala göre ödül verme uygulanmasının her benzer durumda zenginliği artırıcı olmasına göre değişecektir.⁶⁹

pragmatik bilgiye ulaşmada çok önemli bir araç haline gelmektedir. Bkz: **POSNER, 2002**, s. 14.

66 **POSNER, 2003b**, s. 3.

67 **POSNER, 1990**, s. 354.

68 **POSNER, Richard, Overcoming Law**, Harvard College, London, 1995, s. 15-16. **Posner**'e göre, bu bilgi oldukça kapsayıcıdır. Sözleşme hukukundan, sigortaya, haksız fiil hukukuna ya da başka bir suç işlenip işlenmediğine dair kriminal bir kararı ya da dava açıp açmayacağına dair davacının rasyonel analizasyonunu da kapsayabilmektedir. Bkz: **Ibid.**, s. 353. Ayrıca **Posner**'e göre, Hukuk "refah maksimizasyonu" işlemlerini çeşitli yollarla kolaylaştırmaktadır. Örneğin mülkiyet hakkını onaylaması ve bunu haksız fiil hem de ceza hukuku yoluyla koruması, alışverişini kolaylaştırmaktadır. Bkz: **POSNER, 1990**, s. 357.

69 **POSNER, 1995**, s. 423.

Posner "refah maksimizasyonu" teriminin çoğu zaman anlaşıldığının aksine yalnızca parasal zenginlik olarak anlaşılmaması gerektiğine dikkat çekerek açıklamalarına devam eder. *Posner* için "refah maksimizasyonu"ndaki "refah" kelimesi tüm maddi ve manevi mallarla hizmetlere karşılık gelmektedir.⁷⁰ Ayrıca *Posner*, maddi ve manevi tatmindeki artışa ilave olarak özgür zamana da refah bedeli atfetmektedir.⁷¹ Ekonomik anlamda "refah" basitçe sadece parasal bir konu olmasa da refah parayla yakın ilişki içindedir. Çünkü ödeme gücüyle desteklenmemiş bir arzu ayakta duramaz.⁷²

Özetle, araçsal akıl⁷³ varsayımına dayanarak ekonomi her iki yönüyle de, hem araçsal akıllı menfaatçi bireylerin hareketlerini tahmin ettiğini iddia eden pozitif bir bilim olarak, hem de zenginliğin maksimizasyonuna yönelik taahhütte bulunan bir bilim olarak, kanunların seçilmesi, yorumlanması ve değerlendirilmesi için nesnel kriteri sağlayacaktır. Buna göre, hem uygulanacak olan kanunun seçilmesinde hem de farklı türden yorumlara açık bir kanunun yorumunda, bunların arasından

70 POSNER, 1990, s. 356; Örneğin: "Eğer A, B'nin pul koleksiyonu için 100 dolar ödemeye gönüllüyse, bu A için 100 dolar değerinde demektir. Eğer B pullarını 90 dolar üzerinde olmak üzere herhangi bir fiyata satmaya gönüllüyse, bu B için 90 dolar değerindedir. Bu yüzden, eğer B pullarını A'ya satarsa, toplumun zenginliği 10 dolar ile artacak. Bu ticari alışverişten önce A'nın nakit 100 doları vardı ve B'nin 90 dolar değerinde pul koleksiyonu vardı. Alışverişten sonra A'nın 100 dolar değerinde pulları oldu ve B'ninse nakit 100 doları. Bu alışveriş ölçüt zenginliği 10 dolar ile artırmayacak. Hatta hiçbir biçimde artırmayacak tabii eğer bu alışveriş kayıt edilmezse ve eğer kaydedilirse, muhtemelen satış fiyatıyla (100 dolar) ile bu zenginliği yükseltecektir. Ancak toplumsal refaha asıl katkı A'nın satıştan elde ettiği bedeli para olmayan tatmindeki 10 dolarlık artışı içeren bir katkıdır."

71 *Ibid.*, s. 357, Örneğin: "Eğer haftada 40 saatlik çalışmaya 1.000 dolar aldığım bir işte çalışmaya devam etme ile haftada 30 saatliğine 500 dolara çalışacağım başka bir işe geçme arasında seçim yapmam isteniyorsa, ve ben de işi değiştirmeye karar verdiğem, ekstra 10 saat olacak (boş zaman için olan) bunun bana değeri en azından 500 dolardır. Farzedelim ki ekstra boş zamanlar 600 dolar değerinde, böylece çalışma saatlerimi azalttığımda tüm gelirim 1.000 dolardan 1.100 dolara çıkacak. İlk patronumun, büyük ihtimalle, benim işten ayrılmamla maddi durumu kötüye gidecek fakat 100 dolardan daha fazla bir zarar olmayacak. Çünkü eğer o olsaydı bana haftalık 1.100 dolardan çok az daha yüksek bir fiyat önerenecekti ve ben de kabul edecektim."

72 POSNER, 1990, s. 357, Örneğin kişi mutsuz bir şekilde BMW arzuluyor olsa da, fakat eğer onun satış fiyatını ödemeye gönülsüzse ya da gücü yetmiyorsa BMW'nin şimdiki sahibinden diğer kişiye transfer olmasıyla toplumun refahı artmayacaktır.

73 *Ibid.*, s. 367. "Ekonomi insanların rasyonel davranacaklarını varsayar."

hukuk ve ekonomiye göre zenginliğin arttırılmasına en uygun olanın seçilmesi gerekmektedir. Böylece yargıç karar verirken hem formalizmden gelen kısıtlamaları aşmış, hem de öznelliğe düşmeden ekonomi biliminin verileri uyarınca gereken nesnellığı sağlamış olacaktır. Sonuç olarak hukuk ve ekonominin perspektifinden adalet, araçsal akla ve zenginliğin arttırılmasının gerçekleştirilmesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.⁷⁴

"The Problems of Jurisprudence"nin onikinci bölümünde *Posner*, farklı bağımsız yargılama teorilerini değerlendirme ve reddetme bağlamında, hukukun ekonomik analizini, son yıllarda kapsayıcı bir adalet kavramını ayrıntılarıyla ele alan "en hevesli ve belki de en etkileyici olanı" olarak tanımlar.⁷⁵ Ancak hukukun ekonomik analizine karşı pozitif savlarla ilgili değerlendirmeleri boyunca, yapıcı ve refah maksimizasyonunu savunan yarı şüpheli duruşunu da korur.⁷⁶ Pragmatist yaklaşımını yansıtan mesajı, -ona göre gerçekte zayıf olmayan- zayıflığına rağmen hukukun ekonomik analizi biçimindeki refah maksimizasyonu elimizdeki en iyi alternatiftir.⁷⁷

Posner, hukukun ekonomik analizine yönelik iki itirazı oldukça ciddiye almakta, yalnızca bu itirazların ekonomik analizin gücünü zayıflatılabileceğini düşünmektedir. Bunlardan ilki, hukuk ve ekonominin düzmece bilim olduğu ve diğeri ise ekonominin, piyasa-dışı eylemlere değil, piyasaya ait olduğu yolundadır.⁷⁸

Birinci itiraza yönelik savunmasında *Posner* öncelikle ekonomi biliminin doğa bilimleriyle karşılaştırıldığında zayıf kaldığını kabul eder. Ancak ekonominin sahte bir bilim olmadığına ve ayrıca bir ideoloji olmadığına dikkat çeker. *Posner*, ekonominin, insani bilimlerin en güçlüsü olduğunu düşünmektedir. Buna karşılık *Posner*'a göre ekonomi bir bilim olarak, birbiriyle ilişkili iki başlıca zayıflığa sahiptir. İlki büyük ölçüde deneysel olmayan bir bilim olmasıdır. Ekonomik alanın, kontrollü deneylerin uygulanmasının çok elverişsiz olduğu bir alan olması doğrulama ya da yanlışılamayı zorlaştırmaktadır. İkincisi, çürütülebilirliğin olmamasının kendisi *Posner*'a göre küçük bir

74 ROSENFELD, 1996-1997, s. 115.

75 LAKE, 1999, s. 627.

76 *Ibid.*, s. 630

77 *Ibid.*, s. 631.

78 *Ibid.*, s. 628.

problem değildir. Etkili bir şekilde çürütülemeyen fakat sadece doğrulanabilen bir teori zayıftır, sağlam bir temele sahip değildir. *Posner*'in problemi şudur ki, bir teoriyi destekleyen veriler, eğer biz rekabet eden teorileri çürütemezsek, diğer teorileri de destekler. Ancak *Posner* için bu zayıflıklar yine de hukuk ve ekonomi eylemini gözden düşürmemelidir. Öncelikle, bir çok rasyonel bilim ekonomik analizin zayıflıklarını paylaşır niteliktedir. Ekonomistler ve diğer sosyal bilimciler zaman zaman kontrollü deneyler yapmaktadırlar. Ayrıca, betimleyici hukuk araştırması için rekabet çok zayıftır.⁷⁹ Çeşitli disiplinlerarası hukuk araştırmaları alanları hukukun ekonomik analizinden çok daha eski olmalarına rağmen, pozitif bir hukuk teorisi biçimlendirmede önder bir rol alabilme yeterliliğine sahip olamamışlardır. Sonuç olarak *Posner*, ekonomik analizin mükemmel olmasa da en güçlü aday olduğunu düşünmektedir.

Posner'in dikkate aldığı ikinci eleştiri hukuk ve ekonominin yanlış yere konulduğu yönündeki iddiadır. *Posner* ekonominin açık piyasa çevreleri dışında insan bilgisine çok şey katıp katmadığının deneysel bir soru olduğunu düşünmektedir. Bu deneysel sorunun cevabı ise *Posner*'a göre hukuk ve ekonomi literatürünün yaygınlaşmasıyla ve de uygulamada yer edinmesiyle olumlu olarak cevaplanmış durumdadır.⁸⁰

Posner'in ekonomik analiz konusunda kabul ettiği tek eleştiri, refah maksimizasyonunun Amerikan hukukunda önemli bir uygulama alanına sahip olduğu, hatta "common law"ın mantığının refah maksimizasyonu ile refahı yeniden dağıtmak olduğunu düşünse de, bir sosyal norm olarak evrenseliğinin tatmin edici olmadığı yönündedir.⁸¹

Ancak ekonomik analize kayda değer başka eleştiri ve itirazlar da yükselmektedir. Bu itirazlardan ilki, bu denli merkezi konuma ve önemli hale getirilmiş olan ekonomik analizin tüm hukuk alanını kaplayarak hukuku işlevsiz hale getirip yalnızca ekonominin kurallarının geçerli olduğu bir hukuk sistemine yol açacağı⁸², ikincisi *Posner*'in idealize ettiği serbest ekonomi modelinin uygulanabilirliğin ancak hukukun üstünlüğü çatısı altında

mümkün olabileceği⁸³, üçüncüsü *Posner*'in zenginliğin artırılması odaklı hukuki sisteminin açıkça eşitliğe ve sosyal adalet aykırı olduğudur.⁸⁴ *Posner*'a yöneltilen dördüncü eleştiri temel hak ve özgürlükler bakımındandır.⁸⁵ Son ve beşinci olarak ele alacağımız eleştiri ise hukukun özel bazı alanlarında ekonomik analizle ilgi kurabilmesinin mümkün olmadığı yolundadır.⁸⁶

Hukukun Ekonomik Analizine Yönelik Eleştiriler

1. İtirazların ilkinde göre, ekonomik analiz tüm hukuk alanını kaplayarak hukuku işlevsiz hale getirip yalnızca ekonominin kurallarının geçerli olduğu bir hukuk sistemine yol açabilecektir. *Levit*'e göre, ekonomik analiz, bir yargıcın seçmesi için gerekli olan en doğru yargısal paradigma olarak pratik akla bağlanmıştır. Pratik akıl kavramı da, toplumda mevcut ortak yargılara dayandığından, hukuk mevcut ekonomik çerçevenin bir kez daha teyit edilmesinden öte bir anlam taşımayacaktır.⁸⁷ Hatırlanacak olursa *Levit*'in bu eleştirisine "Sonuçsalcılığa Eleştiriler" başlığında da yer verilmişti. *Posner* sonuçsalcılığını ekonomik analize bağlamış olduğundan söz konusu eleştiri ekonomik analiz bakımından da geçerliliğini sürdürmektedir. *Levit*'le benzer görüşte olan *Rosenfeld*'a göre, hukuk ve ekonomi bütün alanı kapladıkça, hukuk tamamen ekonominin altında kalacaktır. Bu olduğunda ise kanuna göre adalet, ekonomik adalete boyun eğecektir. Hukuk ve politika, ekonomi tarafından olgusal ve normatif olarak yönlendirilen bir sosyal dünyada daha da ikincil plana itilecektir. Zenginliğin arttırılmasının bütün ahlaki amaçların önüne geçmesi tehlikesi vardır. Buna göre teoride zenginliğin arttırılması ne kadar araç gibi gözükse de, pratikte o bütün diğer amaçları altta bırakabilecektir.⁸⁸

83 ROSENFELD, 1996-1997, s. 117.

84 ACORN, Annalise, E., "Valuing Virtue: Morality and Productivity in Posner's Theory of Wealth Maximization", *Valparaiso University Law Rev.*, 1993-1994, s. 172, LAKE, 1999, s. 636.

85 *Ibid.*, s. 633, RUBENFELD, Jed, "A Reply to Posner", *Stanford Law Rev.*, Vol.54, No:4, Apr., 2002, s. 753, STRAUSS, David A., "Persuasion, Autonomy and Freedom of Expression", *Columbia Law Rev.*, Vol.91, No:2, Mar.1991, s. 334.

86 ROSENFELD, 1996-1997, s. 117.

87 LEVIT, 1991, s. 499.

88 ROSENFELD, 1996-1997, s. 116.

79 LAKE, 1999, s. 628

80 *Ibid.*, s. 629.

81 *Ibid.*, s. 630.

82 LEVIT, 1991, s. 499, ROSENFELD, 1996-1997, s. 116.

2. Diğer bir eleştiri, Posner'in idealize ettiği türden serbest ve rekabet içinde işleyen ve rasyonel seçimlerle en doğru seçimleri yapan bir ekonomi modelinin işleyebilmesinin ancak bir hukuk sistemi içinde mümkün olabileceği yönündedir. Hukuki bir rejim olmadan işleyen bir pazar toplumunu sürdürülebilmek imkânsızdır. Bu sebeple Rosenfeld'a göre, en iyimser senaryoda bile ayrı bir pratik olarak hukuk asla pozitif ve normatif ekonomiyle birleşmeyecektir.⁸⁹

«Günümüz toplumlarında hukuk ile ekonomi arasındaki ilişki karmaşık ve birden fazla görünüme sahiptir. İyi çalışan pazarlara göre, hukuki düzenleme kısıtlanmasız pazar işlemlerine müdahale edilmesini önleyecek minimum seviyede olmalı. Fakat pazarların işlevsel olmadığı konularda, var olan pazarların kusurlarını düzeltmek için pozitif düzenlemeler kaçınılmaz hale geliyor. Diğer bir deyişle, işlevsel pazarlar bağlamında, hukuk kolaylaştırıcı bir rol oynuyor. İşlevsiz pazarlarda ise, hukuk pazarın eksiklerini düzeltici bir rol oynamak zorundadır. Teoride hukukun kolaylaştırıcı ya da düzenleyici bir rol oynaması arasında fark yoktur. Her iki durumda da kanunun ya da tekil bir hukuki yorumun meşruluğu aynı testten geçecektir. O test söz konusu kanun ya da yorumun sonucunun zenginlik artışını sağlayıp sağlamadığıdır. Pratikte ise kişi hukukun sadece kolaylaştırıcı olduğu ve sonuçların otomatikman zenginlik artırıcı olduğu mükemmel pazarların pürüzsüz dünyasında kalmaz. Tersine zenginlik artışının önüne engeller çıkaran pürüzler kaçınılmazdırlar. Bunlar düzenlemeci kanuna davet çıkarırlar ve dağılımcı adaletle ilgili ilk önemli soruları ortaya atarlar.»⁹⁰

3. Posner'in zenginliğin artırılması odaklı hukuki sistemi ayrıca, açıkça eşitliğe ve sosyal adalet aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Posner, "The Problems of Jurisprudence"nin onikinci bölümünün sonunda refah maksimizasyonunun «bir üretkenlik ve sosyal dayanışma etiği» olduğunu ifade etmektedir. Posner'a göre,

toplumun eşya ve hizmetleri üzerinde bir iddiada bulunmak için diğer kişilerin değer verdiği bir şey sunabilmek gerekmektedir.⁹¹

Annalise E. Acorn Posner'in refah maksimizasyonu ile üretkenlik etiğini savunmasını eşitliğe ve sosyal adalete aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. *Posner*'in düşüncesine göre, refah maksimizasyonu diğer avantajlarının yanı sıra aynı zamanda üretkenlik erdemini teşvik ettiğinden dolayı etik olarak da savunulabilir durumdadır.⁹² *Acorn*'a göre, *Posner*'in kuramı şu varsayıma dayanır: Yetkilerin paylaştırılmasında, üretkenin talepleri üretken olmayanlarınkinden daha çok dikkat çeker ve üretken bireyler piyasadaki başarıları ile tanınırlar. Oysa *Acorn*'a göre bu varsayım eşitlik ilkesine aykırı olduğundan etik olarak savunulması mümkün değildir.⁹³

Acorn'a göre, *Posner* üretkenliği etik bir erdem olarak formüle ettiğinde ilk olarak üretkenlik nosyonu ile özgecilik nosyonunu birleştirmiş ve üretkenliğe etik bir önem atfetmiştir. *Posner*'a göre üretim aracılığıyla bireyler birbirlerine fayda sağlamaktadırlar.⁹⁴ İkinci olarak *Posner*, refah maksimizasyonunu etik bir norm olarak savunduğunda yarı-dini retoriğe, Kalvenizme başvurmuştur. Kalvinist ahlak ise üretkenlik konusunda son derece inkarcı ve kişiyi olumsuzlama konumundadır. Üretkenlik, Kalvenizme göre, birey için dinsel kurtuluş aracıdır.⁹⁵ *Posner*'a göre refah maksimizasyonu Kalvinist erdemleri teşvik ettiğinden dolayı ahlaki olarak daha üstün durumdadır.⁹⁶

Acorn, *Posner*'in refah maksimizasyonunu ahlaki bir kuram olarak yorumladığı "**The Economics of Justice**"ı irdeler. *Acorn*'a göre bu kitap önemlidir. Çünkü *Posner* bu kitapta, hukuk ve ekonomi için, eşitlik ilkesini reddetmenin ahlaki olarak hoşgörülebilir olduğunu dürüstçe ifade etmiştir.⁹⁷ Refah maksimizasyonunu etik olarak savunurken bile *Posner* yönünü değiştirmemektedir. Kuramının eşitlikçi olmadığını ve avantajlılığın lehine olması gerektiğini kabul etmekte, refah maksimizasyonu ile *Rawls*'in eşitlikçi kuramını

91 POSNER, 1990, s. 391.

92 ACORN, 1993-1994, s. 168.

93 *Ibid.*, s. 205.

94 *Ibid.*, s. 177.

95 ACORN, 1993-1994, s. 169.

96 *Ibid.*, s. 177.

97 *Ibid.*, s. 171.

89 *Ibid.*, s. 117.

90 ROSENFELD, 1996-1997, s. 118.

açıkça reddetmektedir. **Acorn Posner**'ın sorunların çözülmesi için bir prosedür yaratma konusunda görünürde bile, **-Rawls**'un aksine- bireylere eşit davranmaya çalışmadığına işaret eder. **Posner** yalnızca ekonomik araçlara eşit davranmaktadır. **Posner** bunu şu şekilde açıklar: *"Birisini bir dolanın her bireye ne kadar değer ifade ettiğini sorduğunda yine tartışmalı meselelere saplanır ve ekonomik yaklaşımın netliği kaybolur."* Çünkü soru eşitlik tartışmasına döndüğünde problem yine tartışmalı olan etik alan içine çekildiğinden **Posner** bunu tercih etmemektedir.⁹⁸

Acorn'a göre materyal üretkenliği tek başına olarak en önemli şey olarak gören bir etik kuram elitisttir. İnsanlar aynı fırsatlara ya da üretkenlik kapasitesine sahip olmayabilirler. Ayrıca piyasa da her zaman üretkenliği ödüllendirmede başarılı olmayabilir. Bu kuram, erdemi amaçlamada başarısızdır. Erdemliler için materyal ihtiyacı sağlayabilen alt tabakanın yaratımı ve dışlanmasına dayanmaktadır. Sonuç olarak **Acorn**'a göre üretkenlik etiği ahlaken yeterince savunulabilir durumda değildir.⁹⁹

Lake de tıpkı **Acorn** gibi refah maksimizasyonunun eşitliğe aykırı olduğu düşüncesini taşımaktadır. **Posner**, refah maksimizasyonunu savunurken, rekabet halindeki diğer sosyal adalet kavramlarının başarısız olduğunu bildirmektedir.¹⁰⁰ Sosyal adaletin eşitlik ve dağıtımsal adalet nosyonlarının başarılı olmadığı düşüncesinde olan **Posner**, sosyal pastanın toplam büyüklüğünü arttırmaya odaklanmıştır.¹⁰¹ **Posner** savını öne sürerken bütün sol görüşlere saldırır ve refah maksimizasyonu ilkelerine karşı koyan sosyal deneyleri kınar. **Posner**'a göre ekonomiye teşvik ya da kısıtlamalarla müdahale etmek özellikle Üçüncü Dünya ülkelerinde denenmiş ve yıkıcı sonuçlara yol açmıştır.¹⁰² **Posner**'a göre haklar gerek başlangıçta ve gerekse sonra düzgün dağılma eğilimindedir. Tesadüf ve kötü şanstaki kaynaklı haksız durumların olduğunu **Posner** da kabul eder.

Ancak kötü şanstaki kaynaklı eşitsiz hak dağılımı sosyal adalet ilkeleriyle giderilmeye çalışılsa bile doğal durum yine de sosyal değişime dirençli olacaktır, kısa sürede eski hale geri dönecektir.¹⁰³ Bir toplumdaki sosyal dağıtım etkili bir dağıtım olmadığında bunun sonuçları kısa sürede ortadan kaybolacağından yapılmış değerlendirmelerin ve bu değerlendirmeler gereğince yapılan uygulamaların da bir önemi kalmayacaktır. Bu nedenle **Posner**'a göre, sosyal adaletin başarısız eşitlik ve dağıtımsal adalet uygulamalarındansa, refah maksimizasyonu modeli uygulanmalıdır.¹⁰⁴

Posner dağılım sorunlarını verimlilik sorunlarından uzak tutacak bir iş bölümü önermekte, dağılımsal problemlerin üzerinden gelebilecek en iyi kurumun yasama kurumu olduğunu söylemektedir.¹⁰⁵ Ancak **Rosenfeld**'a göre **Posner**, ileri sürdüğü yasama ve yargı işlevleri, politika ve hukuk ayrımlarıyla bile, eşitliği ve dağılımsal adalet sorununu tatmin edici bir şekilde ele almış olmaktan uzaktır. **Posner**'ın savunması yalnızca, artan zenginliğin dağıtımında en iyi aracın pragmatik argüman olduğu ve bunun ise elde edebileceğimizin en iyisi olduğu şeklindedir.¹⁰⁶ **Rosenfeld**, hem statü-konun kaçınılmazlığını hem de ondan bir kopuşun imkansızlığını varsaymakta olan bu argümanın totolojik oluşuna dikkat çeker. Çünkü **Posner**, aynı zamanda yasama organını en çok etkileyenlerin güçlü çıkar grupları olduğunu da belirtmektedir. **Rosenfeld** bunun kaçınılmaz bir şekilde zenginlik konusunda gittikçe artacak bir fark yaratacağına işaret etmektedir.¹⁰⁷

4. **Posner**'a yöneltilen diğer bir eleştiri temel hak ve özgürlükler bakımındandır. Temel hak ve özgürlükleri bedel-fayda analizine tabi tutarak ekonomik yaklaşımla savunması eleştirilmektedir. **Posner**'a göre, daha geniş açıdan bakıldığında mevcut haklar sistemi aslında gerçekçi bir faydacılık anlayışının gereksinmesidir. Yani, insan doğasının gerçekleri dikkate alındığında, faydacılığın gözetilen bir toplum fayda maksimize edici kurallar ve kurumları getirecektir.¹⁰⁸ Anayasal düzenlemelerin ekonomi biliminin verileri gereğince

98 *Ibid.*, s. 172.

99 *Ibid.*, s. 204-205.

100 LAKE, 1999, s. 636. **Posner**'den aktaran **Lake**: "Bizim, piyasaların çalıştığına -kapitalizmin malları dağıttığına- inanmak için nedenimiz var ve felsefenin bizi çıkarımlardan saptırmasına izin vermek bir hata olur..."

101 *Ibid.*, s. 631.

102 LAKE, 1999, s. 636.

103 LAKE, 1999, s. 635.

104 *Ibid.*, s. 634.

105 ROSENFELD, 1996-1997, s. 121.

106 *Ibid.*, s. 121.

107 *Ibid.*, s. 122.

108 LAKE, 1999, s. 633.

insan davranışının sonuçlarına bakarak hazırlanması gerektiği düşüncesinde olan *Posner*'a göre, örneğin anayasal bir hak olan ifade özgürlüğü araçsal bir dokunuşu içermektedir. İfade özgürlüğüne araçsal dokunuşun anlamı, bu özgürlüğün politik istikrar, ekonomik refah ve bireysel mutluluğu temin etmede araçsal bir role sahip olmasından dolayı tanınmış olmasıdır. *Posner*'a göre, etik dokunuşun tam tersi olan araçsal dokunuşta ifade özgürlüğü, insanların karşılıklı olarak etik anlayış varlığını arttırdığı için değerlidir.¹⁰⁹

Jed Rubenfeld de bu yaklaşıma itiraz etmektedir. Buna göre, özgürlükler herhangi bir kritere bağlanamaz. Bedel-fayda penceresinden bakıldığında temel haklar kolaylıkla kısıtlanabilecektir. Konu ifade özgürlüğü örneğinde açıklandığında ifadenin toplumda, kazandıracağı artı değerlerden daha fazla korkutucu sonuçlar doğuracağından bahisle yasaklanabilmesi ihtimaline yol açılır. Başka bir şekilde ifade edilecek olursa bedel-fayda analizi uyarınca, "ifadeye ancak yarattığı değer, en fazla zararına eşitse ya da zararını aşıyorsa izin verilebilir." Bu anlamda fayda-bedel bakışından pek çok ifade yeterli bulunmayarak yasaklanabilmesi olasılığı vardır. Fayda-bedel analizi bireysel ifade özgürlüğünün bir kriter ile nişanlanması sonucunu doğuracağını ifade eden *Rubenfeld*,¹¹⁰ 'a göre bunun anlamı ifade özgürlüğünün hiç kalmıyor olmasıdır. İfade özgürlüğü örneğinde açıklanan durum, diğer özgürlükler için de geçerlidir. *Rubenfeld*'a göre özgürlükleri herhangi bir kritere bağlamak hatalı bir yaklaşımdır. *Rubenfeld* bedel-fayda yaklaşımını özgürlüklerin kısıtlanmasına sebep olmasının yanı sıra, yargıçları kanun koyuculara çevirmesi nedeniyle de eleştirmektedir.¹¹¹ *David A. Strauss* da aynı şekilde kısıtlanmalarına neden olacağı gerekçesiyle, temel hak ve özgürlüklerin ekonomik kritere bağlanması düşüncesine karşı çıkmaktadır.¹¹¹

5. *Posner*'ın ekonomik analiz ve refah maksimizasyonu projesine yönelik kayda değer bir değer eleştiri konusu ise hukukun özel bazı alanlarında ekonomik analizle ilgi kurabilmenin mümkün olmadığı yolundadır. *Rosenfeld*'a göre örneğin anayasal özgürlük, eşitlik, gizlilik ve kürtaj gibi

konularda ekonomik analizin söyleyebilecek pek fazla bir şeyi yoktur.

*«Ekonomi kürtaj hakkının zenginliğe katkısını kanıtlaya bile ki Posner kürtajla alınmış bir fetüsün değerini öğrenmemizi sağlayacak hiç bir bilimsel yolun olmadığını ima ediyor. Bunun anayasal kürtaj hakkını kabul etmemizde ya da reddetmemizde hiçbir önemi olmaz.»*¹¹²

Posner da ekonomik analizin bu türden meselelerde kullanışsız olduğunun kesinlikle farkındadır. Bu sebeple de ekonomik analizin liberal ilkelerle tamamlanması gerektiğini bildirmektedir.¹¹³ *Posner*'a göre liberalizm, dokunulmaz geniş bir kişisel alan yaratarak ve özgür pazarların çalışmasını sağlayarak, kişisel özgürlük ve ekonomik zenginlik için gerekli şartları temin etmektedir.¹¹⁴

5. Değerlendirme

Posner mevcut hukuk felsefesi teorilerinin yaklaşımlarını yetersiz bulmuş, hukuki nesnellik bakımından çözümün antitemeldenci, antiformalist ve sonuçsalcı özelliklere sahip "pragmatist manifesto"sunda diğer bir değişle hukuki pragmatizmde olduğunu iddia etmiştir. *Posner*'ın kendi hukuki pragmatizminin nesnelliği sağlayacak yolundaki varsayımı, hukuki yargılamayı pragmatizmle birlikte ekonomi bilimin objektif ve nesnel olarak işleyen kurallarına bağlamasından kaynaklanmıştır.

Posner, ilk döneminde hukukun ekonomik analizine daha çok güvenmiş ve sisteminde daha keskin ve merkezi bir yer vermişse de son dönem yazılarında bu tavrını esnetmiştir.¹¹⁵ Hukukun ekonomik analizle bir takım matematik formüllerine indirgeme projesine çeşitli itirazlar yükselebileceğinin farkında olan *Posner*, ekonomik analizin bir makine gibi işleyen bir kesinliğe sahip olmasa da yine de hukuki nesnellığı sağlamada en yeterli araçlara sahip bir sistem olduğu düşüncesindedir.¹¹⁶

İncelemelerimiz sırasında görülmüştür ki, *Posner*'ın görüşlerine pek çok değişik açıdan eleştiriler ve itirazlar yöneltilmektedir. Ancak

109 POSNER, 2004, s. 62.

110 RUBENFELD, Jed, "A Reply to Posner", *Stanford Law Rev.*, Vol.54, No:4, Apr. 2002, s. 753.

111 STRAUSS, David A., "Persuasion, Autonomy and Freedom of Expression", *Columbia Law Rev.*, Vol.91, No:2, Mar.1991, s. 334.

112 ROSENFELD, 1996-1997, s. 117.

113 POSNER, 2003c, s. 188, POSNER, 1995, s. 22-23.

114 *Ibid.*, s. 24.

115 ROSENFELD, 1996-1997, s. 117.

116 POSNER, 1990, s. 361.

dikkati çeken husus, -genelleyici bir yaklaşımda ifade etmek gerekirse- bu eleştirilerin daha çok **Posner**'in ekonomik analize bağlanmış pragmatik hukuk sisteminin adil bir hukuki düzene elverişli olmadığı yönünde ortaya çıkmasıdır. Gerçekten de **Posner**'in sisteminin hukukun ekonomik analiziyle nesnelliği bir ölçüde sağlayabilecek olsa da, adil ve eşitlikçi bir hukuki sistem meydana getirmek konusunda son derece başarısız kaldığı görülmüştür.

Öncelikle **Posner**'in sonuçsalcılığını değerlendirsek, **Posner**'in sonuçsalcılığı adaletle olan ilişkisinde başarısızdır. Eleştiriler göstermiştir ki, içeriği çoğunluğun görüşü olarak ortaya çıkan pratik akıl kriteri, azınlık gruplarını dışlayıcı bir etkiye yol açmaktadır.¹¹⁷ Ayrıca pratik akıl kriterinin, eleştirel düşünceye yol açma yeterliliğinden yoksun olması, hukukun ve adaletin gelişiminin durmasına sebep olması¹¹⁸ **Posner**'in sonuçsalcılığının adaletle olan ilişkisinin başarısız olduğu yolundaki görüşü teyit eder niteliktedir.

Özellikle ekonomik analiz bakımından getirilmiş olan eleştirilerin her biri **Posner**'in ekonomik analize dayanan pragmatist hukuk sisteminin adaletle olan ilişkisindeki ciddi sıkıntılara işaret etmektedirler. **Rosenfeld**'in ifadesiyle **Posner**'in hukuka ekonomik yaklaşımı tehlikelidir.¹¹⁹ Çünkü adalet, ekonomik adalete boyun eğecektir. Ekonomik adaletsizlik yaşadığımız dünyada zaten olgusal olarak mevcuttur. Hukukun da bu fiili duruma normatif olarak eşlik etmesi, hukuk sisteminin adaletten iyice uzağa düşürecek. Zenginliğin arttırılmasının bütün ahlaki amaçların önüne geçmesi tehlikesi vardır. Buna göre teoride zenginliğin arttırılması bir araç gibi gözükse de, pratikte o adalet de dahil olmak üzere bütün diğer amaçları baskılayarak geçersiz kılacaktır.¹²⁰

Ancak şu husus hatırlanmalıdır ki, **Posner** zaten adil bir hukuk sistemiyle değil, nesnel bir hukuk sistemiyle ilgilenmektedir. Bu sebeple **Posner**'in sistemindeki adalete yönelik eleştirilerimizi şerh düştükten sonra, **Posner**'in iddiasını gerçekleştirebilip gerçekleştiremediğini anlayabilmek için ele alınması gereken esas mesele **Posner**'in ekonomik analize bağlanmış hukuki pragmatizminin hukuki nesnelliği sağlayıp sağlamadığı olmalıdır.

Posner'in görüşleri sonuçsalcı yaklaşımı bakımından, yargıca önerdiği «en iyi sonuç», «pratik akıl», «makuliyet» gibi kriterleri nedeniyle metodolojik olarak elverişsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹²¹ Metodolojik olarak elverişsiz araçlarla karara ulaşan yargıcın verdiği karar hukuki nesnelliği sağlayamayacaktır. Sezgi, sağduyu gibi kaynaklardan beslenen “en iyi sonuç”, “pratik akıl” ve “makuliyet” kriterlerinin içerikleri -eleştirilerden hatırlanacağı gibi- kimi zaman çelişkili olarak ortaya çıkabilecek, belki de her bir yargıcın sezgisi, sağduyusu uyarınca farklı biçimler alabilecektir. Bu ise hukuki nesnelliği engelleyecektir.

Posner'in görüşlerine ekonomik analiz bakımından tam olarak hukuki nesnelliği hedef alan bir eleştiri yöneltilmemiştir. Ancak, özellikle kişisel alana ait ahlaki ya da felsefi teorilerle bağ kurulması gereken meselelerde ekonomik analiz tamamen suskun kalmaktadır. Ayrıca sonuçsalcı yaklaşımdaki “en iyi sonuç”, “pratik akıl” ve “makuliyet” kriterleri ise **Posner**'in antitemeldenciliği nedeniyle ahlaki ve felsefi tartışmaları hukuk dışı bırakmasıyla içeriksiz, belirsiz ve çelişkili bir durumda kalmaya devam edeceklerdir.

Posner'in düşüncesinin aksine, hukuk için metafizik ve epistemolojik tartışmalar tercihe bağlı değil, zorunludur. Çünkü yargıç öncelikle kavramların içeriklerini rasyonel ve nesnel bir zemine oturtabilmek için bu tartışmalardan faydalanmak zorundadır. Ayrıca yargıç doğru olduğu düşüncesiyle verdiği kararı meşrulaştırmaya kalktığında, bu tartışmalarla zorunlu olarak karşılaşacaktır.¹²² Örneğin genel hatlarıyla belirtilmiş anayasal eşitlik hakkının eşcinsellere karşı ayrımcılığı yasaklayacak şekilde anlaşılması ya da anayasal mahremiyet hakkının korunmasını gerektirdiğini söylemek, etik normlara ya da diğer felsefi kavramlara gönderme yapmadan pek inandırıcı olmayacaktır.¹²³ Eşcinsel yaşam tarzlarını korumak ve korumamak farklı pratik sonuçları doğuracaktır. Bir yargıcın eşcinseller için anayasal eşitlik hakkı sorununa etikten ve felsefeden tamamen ayrılmış bir hukuki pragmatizmle ikna edici bir çözüm getirebilmek olası bir

117 LEVIT, 1991, s. 513, ROSENFELD, 1996-1997, s. 116.

118 LEVIT, 1991, s. 501-502.

119 ROSENFELD, 1996-1997, s. 125.

120 *Ibid.*, s. 116.

121 HAUGH, 2001, s. 49, LEVIT, 1991, s. 501.

122 LUBAN, David, “What’s Pragmatic About Legal Pragmatism”, **The Revial of Pragmatism-New Essays on Social Thought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, s. 282.

123 ROSENFELD, 1996-1997, s. 105.

varsayım değildir.¹²⁴ Ayrıca *Posner* epistemolojide ılımlı skeptizmle, bilim ve ekonomi odaklı yaklaşımıyla, pragmatizmden uzaklaşarak felsefi tartışmaların içine kendisi de girmek zorunda kalmıştır.¹²⁵ Yani *Posner* da felsefi temel aramış, teorik görüşlerini felsefi pragmatizmden temellendirmiştir. *Posner* savunduğu görüşün aksine hukuku felsefeden özerk tutma konusunda başarılı olamamıştır.¹²⁶

Posner'in felsefi ve ahlaki teorilerle hukuk arasındaki bağı görmezden gelmeyi tercih etmesi, hukuki nesnellik bakımından temel hukuk felsefesi literatüründen yararlanma olanağını yitirmesine, yargıca içerikleri belirsiz sağduyu, sezgi, vb kriterleri önermesine sebep olmuştur.¹²⁷

Sonuç olarak *Posner*'in ekonomik analize dayanan hukuki pragmatizmi hukuki nesnelliliği sağlama bakımından da yetersiz kalmıştır. Ancak eğer, nesnelliliği sağlayabilseydi bile, adil olmayan bir nesnelliliğin gerçekte hukuki nesnellik olup olmadığı ise konunun bir başka yüzüdür.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ACORN, Annalise, E., "Valueing Virtue: Morality and Productivity in Posner's Theory of Wealth Maximization", **Valparaiso University Law Rev.**, 1993-1994, (s.167-205).
- BURTON, Steven J., "Jurisprudence of Skepticism", **Michigan Law Rev.**, 1988-1989, (s.710-723).
- HAUGH, Alan J., "Richard Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Irish Student Law Rev.**, 2001, (s.32-51).
- LAKE, Peter F., "Posner's Pragmatic Jurisprudence", **Nebraska Law Rev.**, 1999, (s.545-645).
- LEVİT, Nancy, "Book Review Practically Unreasonable: A Critique of Practical Reason a Review of the Problems of Jurisprudence by Richard A. Posner", **Northwestern University Law Review**, Northwestern University Press, USA, Vol. 85, No. 2, 1991, (s.494-518).
- LUBAN, David, "What's Pragmatic About Legal Pragmatism", **The Revial of Pragmatism-New Essays on Social Thought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, (s.275-304).
- MİNOW, Martha, «Religion and the Burden of Prof: Posner's Economics and Pragmatism», **Harvard Law Rev.**, 2007, (s.1175-1186).
- JACOBSON, Arthur J./MCCORMICK, John P., "The Business of Democracy is Democracy", **John M.Olin&Economics Working Paper**, The Law School the University of Chicago, No.261, 2D series, 2005, (s.1-22).
- POSNER, Richard, **The Problems of Jurisprudence**, Harvard University, USA, 1990.
- POSNER, Richard, **Overcoming Law**, Harvard College, London, 1995.
- POSNER, Richard, "Pragmatic Adjudication", **The Revial of Pragmatism - New Essays on Social Thought, Law and Culture**, Editid by Moris Dickstein, Duke University Press, 1999, (s. 235-254).
- POSNER, Richard, **The Problematics of Moral and Legal Theory**, Harvard University, 2002.
- POSNER, Richard, **Law, Pragmatism and Democracy**, Harvard College, USA, 2003a.
- POSNER, Richard, **Economic Analysis of Law.**, Aspen Publishers, New York, 2003b.
- POSNER, Richard, "What Has Pragmatism Offer to Law", **Philosophy of Law and Legal Theory**, Edited by Dennis Michael Patterson, Blackwell Publishing, USA, 2003c, (s.180-191).
- POSNER, Richard, **Frontiers of Legal Theory**, Harvard University Press, USA, 2004.
- POSNER, Richard, **How Judges Think**, Harvard College, London, 2008.
- ROSENFELD, Michel, "Pragmatism, Pluralism and Legal Interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Metaphysics Meets Hate Speech", **Cardoza Law Rev.** Vol.18, 1996-1997, (s.97-151).
- RUBENFELD, Jed, "A Reply to Posner", **Stanford Law Rev.**, Vol.54, No:4, Apr., 2002, (s.753-762).
- STRAUSS, David A., "Persuasion, Autonomy and Freedom of Expression", **Columbia Law Rev.**, Vol.91, No.2, Mar.1991, (s.334-371)
- SANDERS, Anthony B./TODD J., Zywichi, "Posner, Hayek and the Economic Analysis of Law", **Iowa Law Rev.**, 2008, (s.559-603).

124 *Ibid.*, s. 106.

125 LUBAN, 1999, s. 277.

126 *Ibid.*, s. 278.

127 BURTON, Steven J., "Jurisprudence of Skepticism", **Michigan Law Rev.**, 1988-1989, s. 723.

Google'ın Yeni Gizlilik Politikası Google Inc. Tarafından 1 Mart 2012 Tarihinde Yayımlanan Politikasının Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri İle Uyumluluğu Ve Avrupa Birliği'nin 95/46/EC Sayılı Veri Koruma Direktifi Açısından Değerlendirilmesi

Araştırma

Çağrı ZEYBEK ÜNSAL*

*Avukat, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bilişim Hukuku Yüksek Lisans Mezunu.

(Att. At Law, Hacettepe University Graduate School of Social Sciences, Information Technology Law Master Alumni)

(E-Posta: zeybek.cagri@gmail.com)

ÖZET

Bilgisayarların yaygın kullanılması ve internet kullanımının artmasıyla birlikte büyük miktardaki verileri çok hızlı şekilde işleme ve iletme kapasitelerinin olması, verilerin güvenli bir şekilde, doğru ve tam olarak saklanması gerekliliğini doğurmuştur. Ülkemizde kişisel verilerin korunmasına ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kişisel verilerin korunması konusunda düzenleme 2010 yılında yapılan değişiklik ile Anayasamızın özel yaşamın gizliliğini düzenleyen 20. maddesinin ikinci fıkrasına eklenerek yapılmıştır. Öte yandan, Avrupa Birliği üyesi tüm ülkelerde kişisel veriler kanun yolu ile koruma altına alınmış, 95/46/EC sayılı Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi 13.12.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Direktif ile AB üyesi olmayan ülkelerin AB üyesi ülkelere veri transferi yapılabilmesi için Direktifte belirtilen ilkelere uyarak "Güvenli Ülke" konumuna gelmiş olmaları şartı aranmaktadır.

1998 yılında "Google Inc." hayata geçirilerek bugün dünyanın en hızlı büyüyen şirketlerinden biri olmuştur. Google Inc. şirketinin büyüme sürecine bakıldığında, Google arama hizmetinden hareketle kullanıcıların bilgilerine erişim sağlayarak, internet üzerinden neye ne kadar tıkladığı vs. gibi bilgileri, kullanıcıların tüketim alışkanlıklarının bir profilini çıkarmaya çalışarak ve bunu da kullanıcılarla IP adreslerini ilişkilendirerek toplamaktadır. Bu nedenle Google, kişisel verilerin korunması noktasında en çok eleştiriyi alan şirketlerden biri konumuna gelmiş ve Uluslararası Gizlilik Örgütü'nün "Gizlilik Muhafizi" olarak nitelendirdiği şirketler arasındadır. Bu listede Google, gizlilik güvenilirliği en düşük kurumlar arasında yer almış mevcut konumuyla bu derecedeki tek şirkettir.

Google 1 Mart 2012 tarihinde yayımladığı gizlilik politikası çerçevesinde kullanıcılarının Google servislerini kullanmak için verdiği kişisel verileri de Google'ın diğer servisleri ile birleştirmekte bu da Google'ın topladığı verileri hangi Google servisi için ne şekilde, nerede, ne kadarının hangi amaçla kullanıldığının, hangi kişilerle, ne için, ne kadarının paylaşıldığının tahmin edilememesine yol açmaktadır. Avrupa Birliği Veri Koruma Otoriteleri tarafından kullandığı araçların sınırsız veri toplanması sonucunu doğurması açısından da Google pek çok uyarı almıştır. Bu çalışma ile Google'ın 1 Mart 2012 tarihli gizlilik politikası ve yarattığı sorunlar, Avrupa Birliği 95/46/EC sayılı yönergesinde belirtilen ilkelere bağlılığı tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Google, Avrupa Birliği'nin 95/46/EC Sayılı Direktifi, Kişisel Verilerin Korunması, Temel Hak ve Hürriyetler, Gizlilik

ABSTRACT

THE COMPATIBILITY OF GOOGLE INC.'S PRIVACY POLICY (1 MARCH 2012) WITH THE PERSONAL DATA PROTECTION PRINCIPLES AND THE EVALUATION OF THE POLICY REGARDING TO THE EU 95/46/EC DIRECTIVE

Since the usage of internet and computers has increased and having very fast sharing and processing capacities it became necessary to provide the data kept in safe, accurate and true. In our country there isn't any special regulation on data protection and it has only engaged in our constitution with an addition to the Article 20/2 which regulates the security of private life. On the other hand, today in every EU countries protection of personal data is guaranteed by law and the Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council has entered into force on 13.12.1995. These countries and the non- EU countries which contacts with EU countries about data transportation have to rely on the Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council and have to be a "Secure Country."

In 1998, "Google Inc." has brought into life and become the most fast growing cooperation. According to the development period of Google Inc., Google is not only acting as a search machine. Google collects personal data by using services to access user's data such as checking how many people clicks on what, profiling their consumption behaviors by matching identifiable IP addresses related to users. Therefore, Google has become the most criticized company about data protection. In addition, the International Privacy Organization defined Google as Privacy Opponent. Google is listed as the most and the only one unsecure company about the security of data in the International Privacy Organization's list.

In the respect of 1 March 2012 privacy policy of Google; Google combines the data of its users with other Google services and it is not predictable how, where, how much and for which purposes the obtained data is used for which services of Google. In other words, it is not clear that the data is collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. Google has received many warnings to change its privacy policy since it uses tools that cause unlimited data collection from European Union data protection authorities. The paper discusses that Google's new privacy policy and its problems which is published on 1 March 2012 and compatibility with the principles on the Directive 95/46/EC of the European Parliament and Of the Council.

Keywords

Google, 95/46/EC European Union Directive, Personal Data Protection, Fundamental Rights and Freedoms, Privacy

GİRİŞ

Eğer herkesin bilmesini istemediğin bir şey varsa, belki de ilk raddede bunu yapmayacaksın. Eğer gerçekten bir gizliliğe ihtiyacın varsa, gerçek şu ki Google dâhil arama motorları bu bilgileri bir süreliğine koruyor. Örneğin, Amerikan Yurtseverlik Yasası uyarınca bizim elimizdeki mevcut bilgileri yetkili makamlara sunmamız imkân dâhilindedir. (CNBC Röportajı, 3 Aralık 2009)¹

Yeterli sayıda iletinize, bulunduğunuz yere ve kullandığınızı yapay zekâya bakılınca; bizler sizin nerede olabileceğinizi tahmin edebiliriz. Bize 14 fotoğrafınızı gösterin; bizler sizin kim olduğunuzu tanımlayabiliriz. Şimdi düşüneceksiniz ki internet ortamında 14 fotoğrafım nerede var? Facebook'taki fotoğraflar size ait!"(Techonomy Konferansı, 4 Ağustos 2010)²

Google CEO'su, Eric Schmidt

Bilgi Çağı toplumlarında kişinin kendisi hakkındaki bilgi/enformasyon üzerindeki tayin hakkı (self-determinasyon) bilgisayar sistemlerinin yaygınlaşması, internet kullanımının artması ve büyük miktarda verileri çok hızlı şekilde işleme ve iletme kapasitelerinin kişisel verilerin oluşturulması, saklanması ve kullanılmasında başta gelen araç olması nedeniyle kişinin kendi verileri üzerindeki kontrol yeteneği kaybolmuş, özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin kolaylıklar da ortadan kalkmıştır.³

Teknolojinin gelişimiyle birlikte hayatın akışı kolaylaşırken bilişim teknolojilerinin günlük hayatın zorunlu bir parçası olduğu günümüzde, özel hayatın gizliliği, temel hak ve hürriyetler, kişisel verilerin korunması gibi kavramlara verilen önem ülkemizde ve dünyadaki uygulamalara baktığımızda dikkat çekmektedir.

Bugün için kendi kişisel alanımızın sınırlarını belirlemenin ve özel hayatımızın

1 Google CEO'su Eric Schmidt CNBC Röportajı, <http://www.youtube.com/watch?v=BreJfzpbwm0>, (Son erişim tarihi: 30.03.2013)

2 4 Ağustos 2010 Techonomy Konferansı, <http://www.youtube.com/watch?v=UAClSrAq70>, (Son erişim tarihi: 30.03.2013)

3 KETİZMEN, Muammer, **Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları**, 1. Basım, Adalet Yayınları, Ankara, 2008 (s.194-195)

gizliliğini sağlamanın yolu kanunlarla ve uluslararası mevzuatla yapılan düzenlemeler ile olabilmektedir. Bunun en önemli örneklerinden biri Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB sayılı Direktifidir.⁴

Google, içinde bulunduğumuz 21.Yüzyılda üzerinde düşünmemiz gereken çok önemli değerlerimizin olduğunu bize hatırlatan belki de en önemli araç olacaktır. Sadece insan olmamız dolayısıyla sahip olduğumuz hakları kullanarak teknolojinin gücünün ötesine geçemediğimiz durumlarda bile bazı seçimler yapmak mümkün olmalıdır.

1. BÖLÜM: VERİ VE KİŞİSEL VERİ

1.1. Veri Nedir?

Güncel Türkçe Sözlükte veri; olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimli gösterimi olarak tanımlanmıştır.⁵ Veriler, sayısal veriler, komutlar ve alfa sayısal veriler olmak üzere üçe ayrılmaktadır.⁶ Günümüzde data ve bilgi terimleri de verinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde veri, "*Bir bilgisayar sisteminin belli bir işlevi yerine getirmesini sağlayan yazılımlar da dâhil olmak üzere bir bilgisayar sisteminde işlemeye uygun nitelikteki her türlü bilgi*" olarak tanımlanmıştır.⁷

Kişisel verilerin kavram olarak ülkemizde yavaş yavaş önem kazanması, tarihsel gelişimine bakıldığında belki de Avrupa ve Amerika'dan çok sonra mevzuatımıza girmeye başlaması⁸ ile birlikte ve bu sebeple bugün gelinen noktada yapılan

düzenlemelere ve uygulamalara baktığımızda kişisel verilerin korunması kavramının tam olarak benimsenmediği ortaya çıkmaktadır.

Kişisel verilerin korunması ile ilgili ilk yasal çalışma olarak Adalet Bakanlığı'nca hazırlanarak Bakanlar Kurulu tarafından 22/04/2008 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan (1/576) esas numaralı "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı", 02/05/2008 tarihinde Komisyona havale edilmiştir.⁹ Ancak söz konusu tasarı bir yasama döneminde sonuçlandırılmamış olması nedeniyle kadük olmuştur. (TBMM İçtüzüğü, md.77) Kadük olan Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı ve DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanun Tasarıları henüz yasalasmamış olup Türkiye'de kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Öte yandan, 9 Haziran 2012 tarihinde Ankara'da İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü, Sabancı Üniversitesi ve Türkiye Barolar Birliği'nin ortaklaşa düzenlediği, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, kamu ve özel sektör temsilcileri ve basın katılımlı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Çalıştay'ında tasarı yeniden gündeme gelmiştir.¹⁰

1.2. Kişisel Veri Nedir?

"*Kişi hakkında kişinin bilinmesini ya da bilinebilmesini sağlayan her türlü bilgi ve enformasyonu içeren veriler*", kişisel veri olarak tanımlanmaktadır.¹¹ Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı'nda, kişisel veri tanımının içine tüzel kişiler de dâhil edilmiş; "*Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bilgilerin tamamı*" kişisel veri olarak nitelendirilmiştir.¹²

Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 Numaralı Avrupa Konseyi Sözleşmesinde ise "*Kişisel veri, kimliği belirtilen ya da*

4 Bkz. **Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB sayılı Direktifi**, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF>, (Son erişim tarihi: 30.03.2013)

5 Bkz. **Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük**,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.512b5ae08cf8d4.99809105 (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

6 WHITE, Ron, **How Computers Work**, 9. Basım, Que Yayınları, Indianapolis- ABD, 2008, s.124

7 Bkz. **Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi**, 1.Kısım, md.1. <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/t-cy/ETS%20185%20turkish.pdf> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

8 BENNETT, Colin J., **Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States**, Cornell Üniversitesi Yayınları, ABD, 1992, s. 3.

9 <http://www.tbmm.gov.tr/komiyon/abuyum/belge/faaliyet/donem23/1-576.pdf> (Son erişim tarihi:30.03.2013)

10 **Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Çalıştay**, <http://cyberlaw.bilgi.edu.tr/post/24946845777/kisisel-verilerin-korunmas-hakk-nda-kanun-tasar-s>, (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

11 KETİZMEN, s.192.

12 Bkz. **Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Yasa Tasarısı** md.3/ç., <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.¹³ Sözleşmede, kişisel verilerin nitelikleri de ayrıca belirtilmiştir.¹⁴ Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD)'nin Rehber İlkelerinde kişisel veriler; *“Belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin tüm bilgiler”* olarak¹⁵, Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı yönergesinde de *“Belirli ya da kimliği belirlenebilir gerçek kişi ile ilişkilendirilebilen her türlü bilgi”* olarak ifade edilmiştir.¹⁶ Yönergeye göre, kimliği belirlenebilir gerçek kişi; *“Özellikle bir kimlik numarası referans alınarak doğrudan ya da dolaylı belirlenebilen ya da fiziksel, psikolojik, akli, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özgü bir veya birden çok faktörle tanımlanabilen kişidir.”*¹⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kişisel verilere yönelik açıkça bir düzenleme yoktur.¹⁸ Ancak yargı kararları ile birlikte kişisel verilerin özel yaşamın gizliliğinin bir parçası olduğu sonucuna varılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 02.12.2008 tarih ve 2872/02 başvuru numaralı K.U. v. FİNLANDİYA davasında internet servis sağlayıcısının, 12 yaşında bir küçüğün internet arkadaşlık sitesinde kendisinin haberi olmadan, yaşı, doğum tarihi ve fiziksel özelliklerini belirterek arkadaşlık aradığına dair reklam

13 Bkz. **Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 Numaralı Avrupa Konseyi Sözleşmesi** md.2/a, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

14 Bkz. **Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 Numaralı Avrupa Konseyi Sözleşmesi** 2. Bölüm, md.5, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

15 Bkz. **OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri**, 1. Bölüm, md.1/b, <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

16 Bkz. **Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB Sayılı Direktifi** md.2/a, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

17 Bkz. **Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB Sayılı Direktifi**, md.2/a., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

18 Bkz. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/Convention_TUR.pdf (Son erişim tarihi: 25.02.2013).

veren kişinin kimliğini gizlilik kurallarıyla bağlı olduğunu gerekçe göstererek polise açıklamayı reddetmesini, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 8. maddesinin¹⁹ ihlalini oluşturduğuna karar vermiştir. Özel hayatın gizliliğini önplanda tutan bu kararında, düzensizlik veya suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve hürriyetlerini korumak gibi diğer yasal zorunluluklar bulunması halinde internet servis sağlayıcısının reklam veren kişinin kimliğini polise vermeye mecbur olduğunu hükme bağlamıştır.²⁰

Yine Perry isimli şahsın gözaltına alınması üzerine Karakolda otururken, Karakolda bulunan kameraların rutin çekim dışında görüntü kalitesi artırılarak gözaltına alınan kişinin görüntüsünün daha sonra teşhis için şüphelilerin sırayla görgü tanıklarına tanıtılması aşamasında gösterilmek üzere kullanılması amacıyla fotomontaj yapılarak kayıt altına alınmasının incelendiği 17/07/2003 tarih ve 63737/00 başvuru numaralı PERRY v. KRALLIK davasında, kamusal alanda kamera çekimi yapmanın bir hak ihlali oluşturmadığını ancak daha net görüntü alınması için ayarların değiştirilerek fotomontaj yapılmasının bir tür hileye başvurmak olduğunu belirtmiştir. Böyle bir uygulamayı iç hukuk açısından yasal bir temele dayandırmanın mümkün olmadığını ve özel yaşamın gizliliği hakkına bir müdahale olarak görmüştür.²¹

Benzer kararlara örnek olarak 25/02/1997 tarih 22009/93 başvuru numaralı Z v. FİNLANDİYA²², 16/02/2000 tarih ve 27798/95 başvuru numaralı Amman v. İSVİÇRE davaları gösterilebilir.²³

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelendiğinde en önemli kriterin;

19 Bkz. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi** md.8, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/Convention_TUR.pdf (Son erişim tarihi: 28.02.2013).

20 AHİM, **K.U. v. FİNLANDİYA DAVASI** (Başvuru no. 2872/02), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-89964> (Son erişim tarihi: 28.02.2013).

21 AHİM, **PERRY v. BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI** (Başvuru no. 63737/00), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61228> (Son erişim tarihi: 28.02.2013).

22 AHİM, **Z v. FİNLANDİYA** (Başvuru no. 22009/93), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58033> (Son erişim tarihi: 28.02.2013).

23 AHİM, **AMMAN v. İSVİÇRE DAVASI** (Başvuru no. 27798/95), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58497> (Son erişim tarihi: 28.02.2013).

demokratik toplum düzeni açısından sınırlamanın gerekli olup olmadığı görülmektedir.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 8. maddesinde ise kişisel verilerin tanımı açıkça yapılmamış, kişisel verilerin korunması başlığı altında, "

1. Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir.

2. Bu veriler, adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru bir temele dayanarak tutulur. Herkes, kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahiptir.

3. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenir."

hükmüne yer verilmiştir.²⁴

1.3. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Nedir?

Kişisel verileri koruma hakkı; verilerin kolay elde edilebildiği günümüzde bireyin kişisel verilerinin sınırsız bir şekilde toplanması, kullanılması, işlenmesi ve devredilmesi karşısında bireyin korunmasını amaçlayan ve bireye kendisi hakkındaki bilgi/enformasyon üzerinde tayin hakkı veren bir haktır.²⁵ 1970'lerden bu yana koruma altına alınan kişisel veriler ve kişisel verilerin korunması hakkı Anayasamızda bağımsız bir temel hak olarak yer almamaktadır.²⁶

Kişisel verilerin korunması hakkı, bireyi sınırsız ve hukuka aykırı veri toplama ve işleme faaliyetleri karşısında korumayı amaçladığından, kişisel verilerin nasıl işlendiğinin bir önemi yoktur.²⁷ Kişisel verilerin niteliği gereği verilerin sadece otomatik işleme faaliyetleri sırasında değil aynı zamanda geleneksel olarak dosya veya kartlar içerisinde elle yapılan veri işleme faaliyetleri sırasında da korunması gerekmektedir. Türk Ceza Kanunumuzun kişisel verilerin korunmasına yönelik suçlarını düzenleyen 135 vd. maddelerinde de elle yapılan veri işleme faaliyetleri de suç kapsamına alınmıştır.²⁸

24 Bkz. **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı** md. 8: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

25 ŞİMŞEK, Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.112-113.

26 ŞİMŞEK, s. 111.

27 ŞİMŞEK, s. 114.

28 Bkz. **5237 sayılı Türk Ceza Kanunu** md. 135 vd. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html>

1.4. Verilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemelerin Tarihsel Süreci

Bilgi güvenliği ya da verilerin korunması 1960'lardan bu yana bir problem olarak karşımızdadır.²⁹ Bu problem gelişmiş endüstriyel devletlerin politik ajandalarında bilgisayarların kullanımı ve gelişimi sonucunda ortaya çıkmıştır.³⁰ Teknolojinin gelişimiyle birlikte verilerin çok hızlı şekilde işleme ve iletme kabiliyeti kazanması üzerine kişisel verilerin korunması amacıyla kişisel verilerin güvenilirliliği, erişilebilirliği, tam ve doğru bir şekilde saklanmasını sağlamak amacıyla ülkemizde ve diğer ülke mevzuatlarında çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir.

İlk defa 1970 yılında Almanya'nın Hessen eyaletinde Verilerin Korunması Kanunu çıkarılmıştır.³¹ Daha sonra 1973 yılında İsveç'te verilerin korunmasına ilişkin Kanun çıkartılmış ve 1974'te ABD'de özel alanın korunmasına ilişkin Kanun kabul edilmiştir. 1977 yılında Kanada İnsan Hakları Kanunu ve 1978 tarihinde Elektronik Veri İşlenmesi, Veriler ve Özgürlük Haklarına ilişkin Fransız Kanunu çıkarılmıştır. Bu sırada Danimarka, Norveç ve İsviçre'de de verilerin korunmasına ilişkin yasal düzenlemeler yapılmıştır.³² 1970 yılının sonunda Lüksemburg'da verilerin işlenmesi sırasında kişisel verilerin korunmasını amaçlayan bir Kanun çıkarılmıştır.

1981 yılında da Avrupa Konseyi Verilerin Korunması Sözleşmesi (108 numaralı sözleşme) kabul edilmiştir.³³ Bu sözleşmenin ardından verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler bu sözleşmeden etkilenerek yeniden gözden geçirilmeye başlamıştır. 1990'lı yılların başında Avrupa Birliği, OECD Rehber ilkeleri, 108 Numaralı Sözleşme, BM rehber ilkelerine dayanan ve 1995 yılında kabul edilen AB 95/46/EC numaralı yönergesinin ortaya çıkması ile bu alandaki yerini almıştır.³⁴ Bu

[tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html](http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html) (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

29 BENNETT, s. 2.

30 BENNETT, s. 2.

31 BIRNHACK, Michael D., "The EU Data Protection Directive: An Engine of a global regime", **Elsevier Computer Law and Security Report**, Yıl: 2008, Cilt:24, s. 511.

32 ŞİMŞEK, s. 10.

33 Bkz. **Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme**, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

34 BIRNHACK, Michael D., "The EU Data Protection Directive: An

yönergenin ardından ise AB üyesi ülkeleri bağlayıcı niteliğinin de etkisiyle AB üyesi devletler verilerin korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerini bu Yönergeyi esas alarak yapmışlardır.³⁵

Türkiye’de ise kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenleme özel hayatın gizliliğini düzenleyen Anayasamızın 20. maddesinin altında yer almakta³⁶, mevzuatımızda da hazırlanan Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısı kadük olmuş ve henüz bu konuda özel bir kanun bulunmamaktadır. Verilerin korunmasına ilişkin bu düzenlemeler ile verilerin korunması garanti altına alınmaya çalışılmıştır.

1.5. Türk Hukuk Sisteminde Kişisel Verilerin Korunmasının Yeri

Ülkemizde kişisel verilerin korunması konusunda düzenleme 2010 yılında yapılan değişiklik ile Anayasamızın özel yaşamın gizliliğini düzenleyen 20. maddesinin ikinci fıkrasına eklenerek yapılmıştır.³⁷ Anayasamızın 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre;

"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usul-ler kanunla düzenlenir."

2010 yılında Anayasal koruma altına alınan temel hak ve hürriyet olarak nitelendirdiğimiz kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının doğası gereği kapsamının geniş olması nedeniyle bu fıkra hükmünün uygulanırken etkin koruma sağlayıp sağlamayacağı tartışılmalıdır.

Engine of a global regime", *Elsevier Computer Law and Security Report*, Yıl: 2008, Cilt:24, s. 511.

35 ŞİMŞEK, s. 11.

36 **7.11.1982 tarih ve 2709 Kanun numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası** md. 20 (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/2 md) http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

37 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 20, (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/2 md).

http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

2. BÖLÜM: KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA HAKİM OLAN İLKELERİN YER ALDIĞI ULUSLARARASI BELGELER

2.1. Kişisel Verilerin Korunmasına Hakim Olan İlkeleri Esas Alan Temel Düzenlemeler

Kişisel verilerin korunmasına hakim olan rehber ilkeler, Siber Suçlar Sözleşmesi ve Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Direktifini incelediğimizde artık günümüzde kişisel verilerle ilgili faaliyetler çerçevesinde kişinin pasif konumda olmasının kabul edilmediğini göstermektedir. Bunu Direktife esas alınan³⁸ ve OECD tarafından 1980 yılında kabul edilen bireyin katılımı ilkesi³⁹ ile Avrupa Birliği Veri Koruma Yönergesi'nin 11. maddesinde kişiye tanınan verinin kaynağını bilme, yanlış verileri düzeltme, hukuk dışı işlemlere karşı başvuru haklarından⁴⁰ hareketle söyleyebiliriz. Bu çerçevede kişinin kendisine ait kişisel verileri üzerinde kontrolünün sağlanması konusunda uluslararası düzenlemeler gündeme gelmektedir.

2.2. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) Tarafından Kabul Edilen Rehber İlkeler

OECD, 23 Eylül 1980 tarihinde gizlilik ve bilginin serbest dolaşımını dengelemek amacıyla, sekiz temel ilkenin çerçevesini çizen gizliliğin korunması ve kişisel verilerin sınır ötesi akımını düzenleyen rehber ilkeler başlığını taşıyan belgeyi kabul etmiştir.⁴¹ OECD'nin rehber ilkeleri Avrupa Birliği ve ABD dahil olmak üzere, tüm OECD üyesi ülkeler tarafından tanınmakta ancak bu ilkelere yasal olarak uyma zorunluluğu bulunmamakta ve her

38 BIRNHACK, Michael D., "The EU Data Protection Directive: An Engine of a global regime", *Elsevier Computer Law and Security Report*, Yıl: 2008, Cilt:24, s. 511.

39 **OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri**; 1. Bölüm, md. 13, <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm#part1> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

40 Bkz. **Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB Sayılı Direktifi** md.11, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

41 MURRAY, Patrick J. "The Adequacy Standard Under Directive 95/46/EC: Does U.S. Data Protection Meet the Standard?", *Fordham International Law Journal*, Yıl: 1997, Cilt: 21, Sayı: 3, s. 952 - 953; **OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri**, <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldatabackground.htm> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

ülkede farklı şekillerde uygulanmaktadır.⁴² Söz konusu rehber ilkeler OECD üyesi ülkelere kendi yasal veri koruma tedbirlerini düzenlemeleri konusunda tavsiye niteliğindedir.⁴³ Rehber ilkeler sekiz başlık altında toplanmıştır.⁴⁴

Bunlar;

- I. Veri toplamının sınırlı olması
- II. Verinin niteliği karşılması- Veri kalitesi
- III. Verinin toplanma amacının belirliliği ve amacı ile bağlılığı
- IV. Verinin kullanımının sınırlı olması
- V. Veri güvenliği
- VI. Açıklık
- VII. Bireyin katılımı
- VIII. Hesap verilebilirlik ilkeleridir.

2.3. Birleşmiş Milletler Tarafından Kabul Edilen İlkeler

Verilerin korunması alanında birçok uluslararası rehber ilke ve öneriler bağlayıcı olmamalarına rağmen etkili olduklarını kanıtlamışlardır.⁴⁵ Bunlar sadece ulusal kuralları teşvik ediciliği amaçlama eğiliminde olmayıp, söz konusu kuralların uyumunu da amaçlamaktadır.⁴⁶ 14 Aralık 1990 yılının bilgisayarlı kişisel veri dosyalarını ilgilendiren rehber ilkelerin en eskileri Birleşmiş Milletler rehber ilkeleri olup, bu ilkeler bağlayıcılığı olmayan ancak yüksek düzeyde veri koruma prensipleri içermektedir.⁴⁷ Birleşmiş Milletler tarafından 1990 tarihinde, üye ülkelere kişisel verilerin korunması yönünde yasalar çıkarmayı teşvik amacıyla ortaya

konan bu ilkeler tavsiye niteliğindedir ve yedi başlık altında toplanmıştır.⁴⁸ Bunlar;

- I. Verileri yasal ve dürüst yollarla toplama
- II. Verilerin doğruluğu ilkesi
- III. Amacın belirliliği
- IV. Ayrımcılık yapmama
- V. Sadece ilgili kişinin veriye erişmesi
- VI. Veri güvenliği
- VII. Verinin sınır ötesi akışının düzenlenmesidir.

2.4. 108 Sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesinde Belirtilen İlkeler

Avrupa Konseyinin 108 numaralı sözleşmesi 28 Ocak 1981 yılında akdedilmiş olup ülkemiz bu sözleşmenin tarafı değildir.⁴⁹ Söz konusu konvansiyon Avrupa Birliği 95/46/EC sayılı direktifin yasal çerçevesini oluşturmuştur.⁵⁰ Avrupa Konseyi üyesi olmayan ülkelere de açık olan sözleşmede ağırlıklı olarak kişinin kişisel verilerin korunması konusunda aktif pozisyona kavuşturulması gerektiğine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Avrupa Konseyinin 108 numaralı sözleşmesi, gerek kamusal gerekse özel sektörde geçerli olmak üzere verilerin korunması alanında kabul edilmiş olan uluslararası hukukun ilk bağlayıcı sözleşmesidir.⁵¹ Sözleşmeye göre, kişisel veriler, "**Kimliği belirtilen ya da belirtilebilen gerçek** kişiyle ilgili tüm bilgiler" olarak tanımlanmıştır.⁵²

Bu sözleşme sadece otomatik işleme tabi tutulan kişisel verileri koruma altına almış, otomatik işleme tabi tutulmayan kişisel veriler ile ilgili herhangi bir düzenleme yapmamıştır.⁵³ Sözleşmenin

42 BAUMER, David L., EARP Julia B., POINDEXTER, J.C., "Internet Privacy Law: A Comparison Between The United States And The European Union", **Elsevier Computers and Security**, Yıl: 2004, Cilt: 23, Sayı: 5, s. 402.

43 MURRAY, Patrick J. "The Adequacy Standard Under Directive 95/46/EC: Does U.S. Data Protection Meet the Standard?", **Fordham International Law Journal**, Yıl: 1997, Cilt: 21, Sayı: 3, s. 952.

44 **OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri**, 2. Bölüm- Milli Uygulamanın Temel İlkeleri <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm#part2> (Son erişim tarihi: 30.03/2013).

45 KUNER, Christopher, "An International Legal Framework For Data Protection: Issues And Prospects", **Elsevier Computer Law and Security Report**", Yıl: 2009, Cilt: 25, s. 314.

46 KUNER, Christopher, "An international legal framework for data protection: issues and prospects", **Elsevier Computer Law and Security Report**", Yıl: 2009, Cilt: 25, s. 314.

47 KUNER, Christopher, "An international legal framework for data protection: issues and prospects", **Elsevier Computer Law and Security Report**", Yıl: 2009, Cilt: 25, s. 314.

48 **Birleşmiş Milletler Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri**, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ddcafaac.html> (Son erişim tarihi: 25/02/2013).

49 AKSOY, Hüseyin Can, **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Basım, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s. 6.

50 KIERKEGAARD, Sylvia, WATERS, Nigel, GREENLEAF, Graham, BYGRAVE, Lee. A., LLOYD, Ian, SAXBY, Steve, "30 Years on - The Review of the Council of Europe Data Protection Convention 108", **Elsevier Computer Law and Security Review**, Yıl: 2011, Cilt: 27, s. 223.

51 ŞİMŞEK, s. 22.

52 Bkz. **Avrupa Konseyinin Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşmesi** md. 2/a, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

53 Bkz. **Avrupa Konseyinin Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşmesi**, 1. Bölüm, md.1 <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

5. maddesinde verilerin niteliğine ilişkin ilkeler düzenlenmiş, otomatik bilgi işleme konu teşkil eden kişisel nitelikteki verilerin, meşru ve yasal yollarla elde edilmesi ve işleme tabi tutulması, belli ve meşru amaçlar için kaydedilip bu amaca uygun şekilde kullanılması, uygun, elverişli olmaları ve kaydedildikleri amaca göre aşırı olmamaları, doğru ve güncel olmaları, ilgili kişilerin kimliklerini belirtecek bir biçim altında ve kaydedildikleri nihai amaç için gereken süreyi aşmayacak bir süre için saklanmaları gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁵⁴ Bu ilkeler aynı şekilde AB 95/46/EC sayılı yönerge ile Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarımızda da bulunmaktadır.⁵⁵

2.5. Avrupa Birliği'nin 95/46/EC Sayılı Yönergesinde Belirtilen İlkeler

Avrupa Birliği 95/46/EC sayılı veri koruma direktifi iki amacı dengelemektedir.⁵⁶ İlk olarak Avrupa Birliği üyesi ülkeler, üye ülkelere arasındaki veri akışını sağlarken kişilerin temel bir hak olan gizlilik haklarını korumak zorundadır. Bunu başarmak için de üye ülkelerin kişisel verilerin transferinde eşdeğer koruma sağlanmasına çalışmaktadır.⁵⁷ Avrupa Birliği gibi mal, sermaye ve hizmetin serbest dolaşımının ilkesel olarak kabul edildiği bir oluşumda, kişisel verilerin serbest dolaşımının da kabul edilmesi için düzenlemelerin yapılması zorunluluğu doğmuştur. Bilgilerin diğer ülkelere serbest akışı bu noktada uluslararası ticaret için gereklidir.⁵⁸

54 Bkz. **Avrupa Konseyinin Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşmesi** md.5, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

55 Bkz. **Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB sayılı Direktifi**, 1. Bölüm, md.6 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF>, (Son erişim tarihi: 30.03.2013); **Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı**: <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>, ikinci bölüm md. 5 (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

56 MURRAY, Patrick J., "The Adequacy Standard Under Directive 95/46/EC: Does U.S. Data Protection Meet the Standard?", **Fordham International Law Journal**, Yıl: 1997, Cilt: 21, Sayı: 3, s. 959.

57 MURRAY, Patrick J., "The Adequacy Standard Under Directive 95/46/EC: Does U.S. Data Protection Meet the Standard?", **Fordham International Law Journal**, Yıl: 1997, Cilt: 21, Sayı: 3, s. 959.

58 MURRAY, Patrick J., "The Adequacy Standard Under Directive 95/46/EC: Does U.S. Data Protection Meet the Standard?", **Fordham International Law Journal**, Yıl: 1997, Cilt: 21, Sayı: 3, s. 963.

Bilgi güvenliği ve AB 95/46/EC sayılı veri koruma yönergesinin tarihine bakıldığında, verinin serbest dolaşımı konusunda Avrupa Birliği ve ABD'nin farklı bakış açılarına sahip olduğunu görebiliriz. ABD verinin serbest dolaşımını sınırlı bir devlet müdahalesi olarak görürken, Avrupa Birliği bunun temel bir insan hakkı olduğu üzerinde durmuştur.⁵⁹ Avrupa Birliği günümüzde kökeni itibariyle ortak pazarı ve ekonomik birliği sağlamak amacıyla siyasi ilişki örüntüsüne ilerleyen bir yapıya dönüşmüştür. Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı yönergesinin ekonomik öncelikler gözetilerek kaleme alındığı görülmektedir.⁶⁰

Bu yönergede;

- I. Verinin kaynağını bilme hakkı
- II. Yanlış verileri düzeltme hakkı
- III. Hukuk dışı işlemlere karşı başvuru hakkı
- IV. Doğrudan pazarlama yöntemleri amacıyla kişisel verilerin elden ele dolaşmasına izin verilmemesine ve hassas verilere ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Yönergeyi OECD, BM ve Avrupa Konseyi'nin 108 numaralı sözleşmesinden ayıran en önemli özelliği zorlayıcılıktır. Avrupa Birliği mevzuatının içinde yer alan yönergeye uymak zorunlu olduğu gibi, AB üyesi ülkelerle ilişkiye geçerek veri transferi gerçekleştirmek için AB üyesi olmayan ülkelerin de eşdeğer koruma sağlama zorunlulukları bulunmaktadır.⁶¹

2.6. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı 7 Aralık 2000 yılında Fransa'nın Nice Kentinde imzalanmıştır.⁶² Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde yaşayan insanların bireysel, sosyal ve ekonomik hakları düzenlenmiştir. Şartın 8. maddesinde kişisel verilere yer verilmiştir.⁶³

59 MUENCHINGER, Nancy E., "Information Privacy Regulation: The EU Model and The French Model", **Elsevier Computer Law and Security Report**, Yıl: 2001, Cilt: 17, Sayı: 6, s. 391.

60 MURRAY, Patrick J., "The Adequacy Standard Under Directive 95/46/EC: Does U.S. Data Protection Meet the Standard?", **Fordham International Law Journal**, Yıl: 1997, Cilt: 21, Sayı: 3, s. 958 - 959.

61 Bkz. **Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB sayılı Direktifi**, 4. Bölüm, md. 25, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

62 ŞİMŞEK, s. 69.

63 Bkz. **Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı**, s.25, md. 8, <http://>

Bu maddeye göre:

"Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir.

Bu veriler, adil şekilde belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru bir temele dayanarak tutulur. Herkes, kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahiptir.

Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenir."

3. BÖLÜM: GOOGLE INC.'İN 1 MART 2012 TARİHLİ GİZLİLİK POLİTİKASININ KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN İLKELELERLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ

Arama motorları büyük çaplı metin koleksiyonlarından bilgi elde etme tekniklerinin pratik bir uygulamasıdır.⁶⁴ Arama motorlarının dizaynında bilgi elde etmek için esas önemli noktalar etkili sıralama algoritmaları⁶⁵, değerlendirme ve kullanıcı etkileşimini içerir. Kullanıcılar tarafından yapılan aramalara cevap verme süresi, indeksleme hızı ve sorgu çıkışı gibi ölçütler arama motorunun performansınıdır.⁶⁶ Google ve Yahoo gibi internet arama motorları da tüm dünyadan her gün girilen milyonlarca aramaya terabaytlarca veri arasından bir saniyenin de altında cevap verebiliyor olmalıdır.⁶⁷

Google'ın çalışma sistemi incelendiğinde, tüm aramalara hızlı ve doğru yanıt veren bir arama motoru gibi hareket edebilmesinin alt yapısında aslında bütün webin cachelendiği⁶⁸ görülmektedir. Bu şekilde kişilerin internette yaptığı bütün aramalar, izlediği videolar, paylaştığı resim veya bilgiler, gezdikleri internet sayfaları, tıkladıkları reklamlar kısaca bilgisayarda yaptıkları her şey

kayıt altına alınmaktadır.⁶⁹ Sistemden çıkış yapıldığı takdirde bile Google'ın halen yapılan arama sonuçlarını kişiselleştirebilmesi ve daha çok beğenileceğini tahmin ettiği sayfaları kullanıcılara gösterebilmesi⁷⁰ bunun bir göstergesidir. Google'ın dashboard⁷¹ uygulaması ile de Google hesabı kullanılarak kullanıcıların internet üzerinden ya da akıllı cihazları ile yapmış oldukları hareketlerinin özeti de kullanıcılar ve Google görebilmektedir.⁷²

Veri gizliliğine ilişkin konularda toplumun daha bilinçli hale gelmesiyle beraber, kişisel verilerimizi elinde bulunduran organizasyon veya firmalara karşı, verilerin ne şekilde kullanıldığı, nasıl korunduğu ve bu konuda organizasyonlara neden güveneceğimize dair sorular sorulmaya başlanmıştır.⁷³

İlk ciddi gizlilik ihlali AOL arama motoru tarafından 2006 Ağustos ayında yapılmış, AOL yarım milyon kullanıcıdan fazla kişiye ait arama sorgularını kendi web sayfasında kazaen yayımlamıştır.⁷⁴

2009 yılından bu yana Google, "Kişilerin nereden sisteme giriş yaptığını, hangi web tarayıcıdan hangi aramaları yaptığını, kişilerin nerede oldukları ve bunun gibi 57 sinyali" kişilerin kim oldukları ve ne tür sitelerden hoşlanacaklarına dair tahmin yürütmek için kullanmaktadır.⁷⁵ Google tüm bu kayıtları kullanıcılarına benzersiz numara ataması yaparak ve onlarla ilişkilendirmek suretiyle toplamaktadır.⁷⁶ Google 1 Mart 2012 tarihinde yayımladığı gizlilik politikası ile beraber aynı zamanda topladığı tüm bu

www.coe.int/t/ngo/Source/reading_guide_charter_en.pdf, (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

64 CROFT,W. Bruce; METZLER,Donald; STROHMAN, Donald, "Search Engines And Information Retrieval In Practice", 1. Basım, Addison-Wesley Yay.,Boston- ABD, 2011, s. 6.

65 WHITE, s. 93, CROFT/ METZLER/ STROHMAN, s. 8.

***Algoritma:** Bir problemi çözmek için olan prosedür, kural veya formüldür. Bir bilgisayar programı belirli bir sonuca ulaşmak için seri adımlar izleyen esasen ayrıntılı bir algoritmadır.

66 CROFT/ METZLER/ STROHMAN, s. 8.

67 CROFT/ METZLER/ STROHMAN,s. 7.

68 WHITE, s. 50.

***Cache:** RAM'den erişildiğinde verinin kopyalandığı yüksek hızlı bellek bloğudur.Böylece o veriye tekrar ihtiyaç duyulduğunda Cache'den RAM'de olduğundan daha hızlı bir şekilde elde edilebilir.

69 **1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası;** http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

70 PARISER, Eli, "The Filter Bubble: What internet is hiding from you?" , The Penguin Press, New York- ABD, 2011, s. 2.

71 ***Dashboard:** Google tarafından kişilerin hangi web sayfalarını ne zaman gezdiğini, hangi videoları izlediğini, akıllı cep telefonu ile Google hesabı kullanarak hizmet alan kişilere ait cihaz bilgileri gibi bilgileri gösteren loglardan oluşan bir uygulamadır. http://www.youtube.com/watch?v=ZPaJPxhPq_g (Son erişim tarihi: 30.03.2013) .

72 **Google Dashboard,** http://www.youtube.com/watch?v=ZPaJPxhPq_g (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

73 CHURCH, Peter-KON, Georgina, "Data Protection and Search Engines Google at the heart of a data protection storm " **Elsevier, Computer Law and Security Report** , Yıl: 2007, Cilt: 2, s. 461.

74 CHURCH, Peter, KON, Georgina, "Data Protection and Search Engines Google at the heart of a data protection storm "**Elsevier, Computer Law and Security Report**" , Yıl: 2007, Cilt: 23, s. 461.

75 PARISER, s. 2.

76 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası,** http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

bilgileri kullanıcıların kullandığı farklı Google hizmetleri ile de birleştirmekte bu şekilde bir hizmetten yararlanan kişinin bilgilerini diğer hizmetlerde de kullanabilmektedir.⁷⁷ Google'ın kullanıcılarına ait her türlü bilgiyi elde edip kullanırken ABD-AB Safe-Harbor prensipleri⁷⁸ ve Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı yönergesine uygun hareket etmesi, kişisel verilerin korunması ilkelerine uyumlu bir politika izlemesi gerekmektedir.⁷⁹

Google Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Direktifinin 6. maddesine göre, "*Kişisel verileri yasal ve makul şekilde işlemek, belirgin, meşru, açık amaçlar için toplamak, toplanması sonrasında toplandığı amaç dışında başka bir amaç için işlememek, yeterli, uygun, elverişli, aşırı olmayan amaçlarla toplama ya da işlemek, verilerin tam, doğru ve güncel olmasını sağlamak, yanlış veya eksik verilerin güncellenmesinde veri toplamanın amacı doğrultusunda makul yolların izlenerek silinmesi ya da düzeltilmesini, verileri toplama ya da işleme için gerekli olduğu süreden fazla süre, veri sahibini tanımlayacak bir formda saklamak*" ile yükümlüdür.⁸⁰

Aynı şekilde Direktifin 7. maddesine göre "*Kişisel veriler ancak; açık, anlaşılır bir şekilde veri sahibinin rızası ile veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin yerine getirilmesi için işlenmesi gerektiğinde ya da veri sahibinin bir sözleşme imzalamadan önce talepte bulunduğu anda işlem yapabilmesi için, denetleyicinin tâbi olduğu yasal bir yükümlülüğe uyum için gerekli olması durumunda, veri sahibinin hayati menfaatini korumak için gerekli olması, kamu yararınca yürütülen bir görev gereği veya verilerin açıklandığı bir üçüncü taraf ya da denetleyici tarafından kazanılmış resmi makam uygulamalarında, direktifin birinci maddesinde korunan veri sahibinin temel hak ve hürriyetlerinin geçersiz kıldığı*

menfaatler dışında, verilerin açıklandığı üçüncü kişi ya da kişiler veya denetleyici tarafından takip edilen yasal menfaatlerin amacı için gerekli olması halinde işlenebilecektir."⁸¹ Bu doğrultuda Google tarafından yayımlanan 1 Mart 2012 tarihli gizlilik politikası AB 95/46/EC sayılı Direktifi ve rehber ilkeler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Google'ın kendisini tasdik ettirdiği⁸² Safe-Harbor Prensipleri, eş değer koruma sağlamak ve Avrupa Birliği'nden veri transferinin gerçekleştirilmesi için Avrupa Komisyonu tarafından 26 Temmuz 2000 tarihinde aldığı bir kararla tanınmıştır.⁸³ Bu şekilde Avrupa Birliği ve ABD Ticaret Departmanı'nın 2000 yılında anlaşmaları üzerine ABD'de bulunan ve Safe-Harbor'a kendilerini tasdik ettiren organizasyon ve firmalara Avrupa Birliği'nden kişisel veri transferi yapılmasına izin verilmiştir.⁸⁴ Safe-Harbor sürecinin bir parçası olarak, ABD'deki bir organizasyonun Avrupa Birliği'nden ABD'ye veri transferi yapabilmesi, Avrupa Birliği'nin kişisel verilerin korunması kanunları ile uyumlu olup eş değer bir koruma sağlamasına⁸⁵, temel olarak OECD'nin rehber ilkelerini baz alan aşağıda belirtilen yedi prensibe uygun hareket etmesine bağlıdır.⁸⁶

Bunlar;

- 1- Bildirim
- 2- Seçim
- 3- Güvenlik
- 4- Veri bütünlüğü
- 5- Erişim

81 Bkz. **Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB sayılı Direktifi** md.7, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

82 **Google Resmi Şirket Bloğu**, <http://googleenterprise.blogspot.com/2011/09/our-commitment-to-safe-harbor-privacy.html> (Son erişim tarihi:30.03.2013).

83 GRANT, James, "International data protection regulation Data Transfer- safe harbor", **Elsevier Computer Law and Security Report**", Yıl: 2005, Cilt: 21, s. 257.

84 **Safe Harbor Genel Bakış**, http://export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018476.asp (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

85 ZINSER, Alexander, Lausanne, Switzerland, "International Data Transfers Between the United States and the European Union: are the procedural provisions of the Safe-Harbor solution adequate?", **Elsevier Computer and Security Report**, Yıl: 2004, Cilt: 20, Sayı: 3, s. 182.

86 GÜR, İkbâl, **Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları**, Turhan Kitabevi Yayınları, 1. Basım, Ankara, 2010, s.167 - 168.

77 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

78 **ABD-AB Safe-Harbor Prensipleri**, http://export.gov/safe-harbor/eu/eg_main_018476.asp (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

79 **Google Resmi Şirket Bloğu**, <http://googleenterprise.blogspot.com/2011/09/our-commitment-to-safe-harbor-privacy.html> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

80 Bkz. **Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB sayılı Direktifi** md.6, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

6- Başkalarına aktarım

7- Uygulama⁸⁷ dir.

ABD'de Avrupa Birliği Komisyonu ve ABD hükümeti arasında kabul edilen Safe- Harbor prensiplerine uyumlu hareket etmek koşulu ile şirketler birbirleri arasında kişisel veri transferi yapabilmektedir.⁸⁸ Avrupa Birliği'nde bulunan firmalar, Safe- Harbor internet sitesinde yayınlanan listeden hangi firmaların Safe- Harbor'a katıldığını ve prensiplerine uygunluğunu göreyerek uluslararası veri transferinin başka herhangi bir önlem almadan güvenli olup olmayacağını inceleyebilmektedir.⁸⁹

3.1. Gizlilik Politikasının Rehber İlkeler ve Avrupa Birliği Veri Koruma Yönergesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

3.1.1. Veri Toplanması ve İşlenmesinin Sınırlı Olması İlkesi

Kişisel verilerin toplanması, kişiye ait her tür bilginin herhangi bir şekilde edinilmesi ve tedarikini ifade eder.⁹⁰ Bu ilkeye göre kişisel verilerin toplanmasına bir sınır getirilmelidir. OECD Rehber ilkelerinin 7. maddesine göre, kişisel verilerin toplanması sadece hukuka uygun olarak dürüst araçlarla, gerektiğinde veri sujesinin rızası veya bilgisi dahilinde gerçekleşmelidir.⁹¹

Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifinin 6. maddesine göre verinin toplanması ve işlenmesinin sınırlı olması ilkesi çerçevesinde verilerin, toplanma amacına yetecek miktarda olacak şekilde sınırlı olarak toplanması daha sonrasında da aynı amaç doğrultusunda işlenmeleri esastır.⁹² Bu ilke

87 **Safe Harbor Genel Bakış**, http://export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018476.asp (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

88 JONES, Richard, TAHRI, Dalal, "An Overview of EU data protection rules on use of data collected online", **Elsevier Computer Law and Security Review** 27, Yıl: 2011, Cilt: 27, s. 635.

89 ZINSER, Alexander, Lausanne, Switzerland, "International Data Transfers Between the United States and the European Union: are the procedural provisions of the Safe- Harbor solution adequate? ", **Elsevier Computer and Security Report**, Yıl: 2004, Cilt: 20, Sayı: 3, s. 184.

90 ÖZDEMİR, Hayrūnisa, **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, 1. Baskı, Seçkin Yay, Ankara, 2009, s. 135.

91 Bkz. **OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri** md. 7, <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguideline-sontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm#part2> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

92 **Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Ser-**

kapsamında verinin toplanmasından imha aşamasına kadar geçen süreçteki tüm aşamalarda hukuka uygun hareket etmek gerekmektedir.

Google'ın 1 Mart 2012 tarihli gizlilik politikasının içeriğine bakıldığında, kullanılan dil gibi temel konular, kullanıcılar tarafından hangi reklamların yararlı bulunduğu, ne sıklıkla tıklanıp, görüntülediği, telefon numarası, yapılan çağrılarının süresi, çevrimiçi ortamda kullanıcılar için en önemli olan kişilerin kim olduğu gibi konulara kadar her türlü bilgi toplanmaktadır.⁹³ Bununla birlikte Google yayımladığı yeni politika ile birlikte Youtube ve Gmail gibi diğer internet sitelerinden elde ettiği verileri başka servislerden elde ettiği verilerle birleştirmektedir. Bilgilerin toplanma amacının kullanıcılar daha uygun arama sonuçları ve reklam göstermek ve daha iyi hizmet vermek olduğu belirtilerek çok geniş bir yelpazede veri toplanmakta ve bu veriler diğer Google servisleri ile birleştirilmektedir.⁹⁴

Google Inc.'in 1 Mart 2012 tarihli gizlilik politikasının tümü incelendiğinde, tüm servisleri ve Google'ın işlediği kişisel veri türleri hakkında sadece genel bir bilgi verildiği görülmektedir.⁹⁵ Google'ın topladığı bu bilgileri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- *Dil,*
- *Hangi reklamların yararlı bulunduğu,*
- *Çevrimiçi ortamda kişiler için kimlerin önemli olduğu,*
- *Kullanılan hizmetler ve bunların nasıl kullanıldığı ile ilgili bilgiler,*
- *Cihaz bilgileri (Donanım modeli, işletim sistemi, cihazın benzersiz tanıtıcıları ve telefon numarası ile mobil ağ bilgileri)*
- *Günlük bilgileri (Bunlar otomatik olarak toplanmakta ve belirli bilgileri kapsamaktadır.)*

best Dolaşımına İlişkin 95/46/AB sayılı Direktifi, 1. Bölüm, md. 6, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

93 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

94 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

95 **Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından 27/02/2012 tarih ve IFP/BPS/CE121115 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup**. <http://epic.org/privacy/ftc/google/Courrier-Google-CE121115-27-02-2012.pdf> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

- *IP adresi,*
- *Telefon numarası,*
- *Çağrı yapan tarafın numarası,*
- *Yönlendirilen numaralar, çağrılarının tarih ve saati, çağrılarının süresi,*
- *SMS yönlendirme bilgileri,*
- *Çağrılarının türleri*
- *Kilitlenmeler,*
- *Sistem etkinliği,*
- *Donanım ayarları,*
- *Tarayıcı türü ve dili,*
- *İstekte bulunulan tarih ve saat ile yönlendirilen URL ,*
- *Tarayıcı ve Google hesabını benzersiz tanımlayabilen çerezler,*
- *Konum bilgileri,*
- *Tüm iletişimler (Google ile bağlantı kurulduğunda karşılaşıyor olunabilecek sorunları çözmeye yardımcı olmak amacıyla tutulmakta olduğu dile getirilmiştir.)⁹⁶*

Söz konusu verilerin toplanma amaçları da şu başlıklar altında toplanmıştır.

- *Kullanıcılara daha uygun arama sonuçları ve reklamlar göstermek,*
- *Kullanıcılar arasında bağlantı kurmaya yardımcı olmak,*
- *Kullanıcılar arasında daha hızlı ve kolay paylaşım sağlamak,*
- *Daha iyi hizmet sunmak,⁹⁷*

Topladıkları verileri kullanma amaçlarını da;

- *Google'ın hizmetlerini sunmak, sürdürmek, korumak ve iyileştirmek;*
- *Yeni hizmetler geliştirmek,*
- *Google ve kullanıcılarını korumak,*
- *Daha uygun arama sonuçları ve reklamlar sunmak olarak ifade etmişlerdir.⁹⁸*

Google'ın bu yeni gizlilik politikasını okuyan ortalama kullanıcıların verilerin hangi amaçlar için toplandığı, toplanan veriler, veri alıcıları veya erişim haklarının belirli bir Google servisiyle ilgili

96 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

97 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

98 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

olup olmadığını ayırd etmesi mümkün değildir.⁹⁹

Google topladığı bilgilerin kullanılma şekillerini ise şu başlıklar altında yayımlamıştır.

- *Başka kullanıcılar kişinin e- posta adresine veya kişiyi tanımlayan diğer bilgilere zaten sahiplerse, Google Profilinde herkese açık olarak görünen ad ve fotoğraf gibi bilgiler paylaşılmaktadır.*
- *Çerezler ve piksel etiketler gibi teknolojiler ile toplanan bilgiler kullanıcının deneyimini geliştirmek ve hizmetlerin kalitesini iyileştirmek amacıyla kullanılmaktadır.*
- *Belirli hizmetlerdeki kişisel bilgiler diğer Google hizmetlerindeki bilgilerle birleştirilmektedir.*
- *Paylaşılan ve herkese açık olan bilgiler Google da dâhil olmak üzere arama motorları tarafından dizine eklenmektedir.¹⁰⁰*

Google, hizmetlerinden tam ve eksiksiz olarak faydalanabilmenin önkoşulu olarak kullanıcıların bilgisayarlarına çerez ve piksel etiketler göndererek her türlü bilgiye ulaşip onları kullanma imkânına sahip olmaktadır. Teknik açıdan "Cookie" (Çerez) internet tarayıcısı yardımıyla, kullanıcının bilgisayarıyla internet sağlayıcısı arasında bağ kurmak için internet servis sağlayıcısı tarafından gönderilen küçük bilgilerdir.¹⁰¹ Google yayımlamış olduğu gizlilik politikasında kullanıcılara kullandıkları bilgisayarlarına yüklenmesini istemedikleri çerezleri reddetme seçeneği sunmakta ancak pek çok hizmetin söz konusu çerezler olmadan düzgün ya da hiç çalışmayabileceğini dile getirmiştir.¹⁰²

Öncelikle, zararsız gibi görünse de çerezler verilerin korunması anlamında bazı sorunları da beraberinde getirmektedirler.¹⁰³ Çünkü bazı sitelerde yer alan web sayfası özelleştirmesi seçeneklerine onay verilmesi halinde, o site

99 **Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından 27/02/2012 tarih ve IFP/BPS/CE121115 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup**, <http://epic.org/privacy/ftc/google/Courrier-Google-CE121115-27-02-2012.pdf> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

100 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

101 ÖZDEMİR, s. 153.

102 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

103 ÖZDEMİR, s. 153.

tekrar ziyaret edildiğinde kullanıcının isteği doğrultusunda web sayfası şekillenir. İlk bakışta kullanıcı yararına olan bu durum, kullanıcının kişisel alışkanlıklarının kişisel verileriyle ilişkilendirilmesi suretiyle bir kullanıcı profilinin çıkarılmasına hizmet ettiği gözden kaçırılmamalıdır.¹⁰⁴

Gizlilik ve Elektronik İletişim Hakkında Avrupa Birliği'nin 2002/58/EC sayılı Direktifine göre¹⁰⁵, çerezler kullanışlı ve yasal araçlar olabilir ancak kullanımlarına kullanıcıların 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi uyarınca çerez veya benzer araçların amaçları hakkında açık ve anlaşılır bilgi sağlanması durumunda izin verilmelidir.¹⁰⁶

Google, çerezler ve piksel etiketler gibi diğer teknolojiler aracılığıyla kişilere ait tüm bilgileri toplamaktadır.¹⁰⁷ Bu şekilde internette aranan bir kullanıcının ziyaret ettiği web sayfalarının sunucuları tarafından işlemcisine yerleştirilen çerezler kullanıcının tanımlanmasını sağlamaktadır.¹⁰⁸ Google, kullanıcıların diğer servislerindeki verileri birleştirmek için de çerezler kullanmaktadır ve Google'ın bu konuda revize edilmiş e-gizlilik direktifinin 5. maddesinin 3. fıkrasında¹⁰⁹ düzenlenen rıza ilkesine uyumu nasıl amaçladığı açık ve anlaşılır değildir.¹¹⁰

OECD'nin veri kullanımının sınırlı olması ilke- si çerçevesinde kişisel veriler ifşa edilemez, emre amade halde tutulamaz veya toplanma amacı dışında kullanılamaz. Ancak bu hükmün iki istisnası bulunmaktadır. Bu istisnalar ise veri sujesinin

rızası ve yasanın getirdiği bir düzenlemedir.¹¹¹ Rızanın nitelikleri düşünüldüğünde, rızanın açık ve hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde genel nitelikte olmaması, belirgin bir somut olaya özgü- lenmiş olması gerekir.¹¹²

Google'da belirli hizmetler benzersiz uygulama sayısı içermektedir.¹¹³ Bu sayı ve bilgiler Google'a gönderilmekte ve Google o bilgisayarı kullanan kişi tarafından yapılan hareketlerin tümünü o kişiyle ilişkilendirebilmektedir.¹¹⁴ Kullanıcıların profilleriyle ilişkilendiren verilerin sınırlı olarak toplanıp toplanmadığı ve sonrasında toplanma amacına uygun işlenip işlenmediği 1 Mart 2012 tarihli gizlilik politikasından açıkça anlaşılmamaktadır.¹¹⁵ Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından yapılan ön araştırmada, hangi verilerin hangi amaçla Google'ın hangi servisleri arasında kullanıldığını bilmenin eğitilmiş güvenlik uzmanları için bile çok zor olduğu ortaya çıkmıştır.¹¹⁶ Bu nedenle geniş ölçekli veri toplamanın özellikle Avrupa Birliği 95/46/EC sayılı direktifinde yer alan 6. ve 7. maddelerdeki düzenlemelere aykırı olduğu düşünülmektedir.

Google'ın verileri toplama ve işleme amacının daha uygun arama sonuçları ve reklamlar göstermek ve daha iyi hizmet vermek gibi genel bir ifadenin içine sığdırılması ve Google'ın kendi servisleri arasında veri paylaşımının yeni gizlilik politikasının bir parçası olduğuna dair yapılan açıklamalar Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından Direktif'e uygunluk açısından yeterli

104 ÖZDEMİR, s. 153.

105 **Gizlilik ve Elektronik İletişim Hakkında Avrupa Birliği'nin 2002/58/EC sayılı Direktifi**, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:en:HTML_prg.25 (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

106 BAUMER, David L., EARP Julia B., POINDEXTER, J.C., "Internet Privacy Law: A comparison between the United States and The European Union", **Elsevier Computers and Security**, Yıl: 2004, Cilt: 23, Sayı: 5, s. 405.

107 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

108 ÖZDEMİR, s. 153.

109 **Gizlilik ve Elektronik İletişim Hakkında Avrupa Birliği'nin 2002/58/EC sayılı Direktifi**, md. 5 (3) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:en:HTML> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

110 **Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından 27/02/2012 tarih ve IFP/BPS/CE121115 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup**, <http://epic.org/privacy/ftc/google/Courrier-Google-CE121115-27-02-2012.pdf> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

111 **OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri** md. 10 <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesonthe-protection-of-privacy-and-transborder-flow-of-personal-data.htm#part1> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

112 **Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB Sayılı Direktifi**, , md. 2 (h), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

113 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

114 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

115 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

116 **Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından 27/02/2012 tarih ve IFP/BPS/CE121115 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup**, <http://epic.org/privacy/ftc/google/Courrier-Google-CE121115-27-02-2012.pdf> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

görülmemektedir.¹¹⁷ Sonuç olarak kişi, hangi verilerinin, ne kadarının, ne için toplanıp işlendiğini tam olarak tahmin edememekte ve böylece self-determinasyon hakkını da kaybetmektedir.

3.1.2. Kişisel Veride Kalite İlkesi

Kişisel veride kalite ilkesine göre, işlenen kişisel veriler gerçeğe uygun, güncel ve doğru olmalıdır. Bu nedenle verilerin doğruluğunun kontrolü kişinin kendisinin elinde olmalı, veri sahipleri kişisel verilerin doğruluklarını kaybetmeleri durumunda bunların silinmesini veya düzeltilmesini talep edebilmelidir.¹¹⁸

OECD rehber ilkelerinin 8. maddesine göre **"Kişisel veriler amacına uygun olmalı ve bu amaç için gerekli ölçüde, tam ve güncel olmalıdır."**¹¹⁹ Kişisel verilerin güncel tutulması, tam ve doğru olması ilkesi, kullanılacağı amaçla bağlantılı ve bu amacın gerekleriyle sınırlı olmasına karşılık gelmektedir. Google'ın 1 Mart 2012 tarihli gizlilik politikasında güncelleme ile ilgili yaptığı açıklamada bilgilerin yanlış olması durumunda, bunların işletmeyle ilgili geçerli bir amaç veya hukuki amaçlar nedeniyle saklanmaları gerekmedikçe; kullanıcılara bunları silmeleri ya da güncellemeleri için ellerinden geleni yapacaklarını belirtmiştir.¹²⁰ İlkelerin tümü ile birlikte değerlendirildiğinde, kişinin kişisel verilerinin korunmasını sağlamak elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ölçütlerinin bir arada bulunması ile mümkün olabilmektedir.

3.1.3. Verinin Amacı İle Bağlılığı

OECD'nin 9. temel ilkesine göre, kişisel verilerin toplandığı amaç en geç verilerin toplanma anında belirlenmiş olmalıdır. Bu amaç gerçekleştirildikten sonra kişisel verilerin daha sonraki amaçlar için kullanılması, bu amaçların asıl toplama amacıyla bağdaşmaz olmaması ve amacın her değişiminin

bildirilmesi koşuluyla sınırlandırılmalıdır.¹²¹ Verinin amacı ile bağlantılı ilkesine göre, başvuru aracın amaca uygun olması gerekmektedir.

Google'ın 1 Mart 2012 tarihli gizlilik politikasında belirttiği amaçları gerçekleştirmek üzere kişilerin her türlü hareketini kayıt altına aldığı gerek gizlilik politikasından gerekse çeşitli ülkelerde yayımlanan raporlardan anlaşılmaktadır.¹²²

Kişisel verilerin güncel tutulması, tam ve doğru olması, kullanılacağı amaçla bağlantılı ve bu amacın gerekleriyle sınırlı olması çerçevesinde Google'ın gizlilik politikasında şu noktalar dikkati çekmektedir. Google'ın daha iyi hizmet vermek amacıyla, kullanıcının tüm iletişim kayıtlarını elde etmesinin, yapılan telefon görüşmelerinin tarih ve saati, içeriği, süresi gibi bilgilerin ve genel bir ifade olarak kullanılan diğer tüm bilgilerin toplanmasının amaçla bağlantılı ya da amaca uygun olup olmadığı sorusu akla gelmekte ancak bunun yanıtı yayımlanan gizlilik politikasından anlaşılamamaktadır.¹²³

Google'ın bilgileri toplamak için ne tür araçları kullanacağı bilgisini içeren açıklamaları, verilerin hangi Google servisi için ne şekilde kullanılacağına ayırımını yapmaya yönelik değildir.¹²⁴ Bu nedenle, Google'ın belirtmiş olduğu amaca ulaşmak için bu araçları kullanmasının ne kadarının gerekli olduğu değerlendirilememekte ve dolayısıyla bu ikisi arasında makul bir oran bulunup bulunmadığı kullanıcılar tarafından belirlenmemektedir.

Avrupa Birliği'nin 95/46/ EC Sayılı Direktifi'nin 6. maddesinin c bendinde, verilerin yeterli, uygun, elverişli, aşırı olmayan amaçlarla toplanması ya da işlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Google'ın, sadece kullanıcıların hangi reklamları yararlı

117 Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından 27/02/2012 tarih ve IFP/BPS/CE121115 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup. <http://epic.org/privacy/ftc/google/Courrier-Google-CE121115-27-02-2012.pdf> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

118 ÖZDEMİR, s. 138 - 139.

119 Bkz. OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri md. 8, <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguideline-sontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm#part2> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

120 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

121 Bkz. OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri md.9, <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguideline-sontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm#part2> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

122 Washington Federal İletişim Komisyonu Uygulama Bürosu Başkanı tarafından Google Inc. Hakkında Düzenlenen 13.04.2012 tarih ve DA 12-592 Sayılı Rapor, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-12-592A1.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

123 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

124 Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası, http://www.google.com/intl/tr_tr/policies/privacy/archive/20120301/ (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

bulduğunu tespit etmek ve hizmet kalitesini iyileştirmek gibi amaçlar için kişinin önemli bulduğu kişilerin kim olduklarına kadar her türlü detayı öğrenmesi sonucunda bilgilerin tamamının hangi amaç için ve ne kadarının toplanıp kullanılacağına gizlilik politikasından anlayışamaması bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Verilerin amaca uygun kullanım ilkesi gereği, veri konusu kişinin rızası veya kanunun verdiği yetkiler hariç olmak üzere, kişisel verilerin toplandığı ve işlendiği amaçlar dışında kullanılmaması, elde edilebilir hale getirilmemesi veya açıklanmaması öngörülmektedir. Google gizlilik politikasının pek çok yerinde, bilgilerin otomatik olarak toplanıp depolandığını, hizmetlerin nasıl kullanıldığını ile ilgili ayrıntıların tespit edildiğini, verilerin kişi ile ilişkilendirilebileceği teknolojileri kullandıklarını, herkese açık olarak bilgi paylaşıldığında, bunun Google da dâhil olmak üzere diğer arama motorları tarafından da dizine eklenebileceğini, belirtmiştir.¹²⁵ Google tarafından elde edilen kişisel veriler, dünyanın farklı yerlerindeki sunucularda da işlenebilmektedir.¹²⁶

3.1.4. Veri Güvenliği

Veri güvenliği ilkesinin tanımına bakıldığında, kişisel veriler, kaybolma, yetkisiz kişiler tarafından ulaşılma, tahrip edilme, kullanılma, değiştirilme veya ifşa edilme gibi risklere karşı uygun güvenlik önlemleri vasıtasıyla güvence altına alınmalıdır.¹²⁷

Veri güvenliğinin sağlanması açısından Google, gerekli tedbirlerin alınacağını belirtmiş pek çok konuda kullanıcılarına dikkat ve özen yükümlülüğü getirmiştir. Google hizmetlerin kullanılması sırasında şifreleme, başkalarının şifre kırmalarını engelleme, güvenli bir sayfa üzerinden hizmete bağlanma gibi güvenlik tedbirlerini oluşturmuştur.¹²⁸ Bu güvenlik tedbirlerinin

çoğu kişinin kullanımı sırasında alınan önlemleri kapsamaktadır.¹²⁹

Bu gizlilik politikası Google Inc. ve bağlı kuruluşları tarafından sunulan tüm hizmetler için geçerlidir. Bu hizmetlere diğer sitelerde sunulanlar (reklamcılık hizmetleri gibi) dâhil, ancak bu Gizlilik Politikasına dâhil olmayıp ayrı bir gizlilik politikasına sahip hizmetler hariç tutulmuştur.¹³⁰

Kişisel verilerin güncel tutulması, tam ve doğru olması, kullanılacağı amaçla bağlantılı ve bu amacın gerekleriyle sınırlı olması, veri güvenliğinin sağlanması farklı yerlerde bulunan sunucularda veri işleme faaliyetinin gerçekleştirilmesinin bir sonucu olarak zor görünmektedir.

Google gizlilik politikasında diğer geçerli gizlilik ve güvenlik tedbirlerindeki talimatlara dayanarak ve bunlara uygun bir şekilde kişisel bilgileri kendisi adına işlemeleri için bağlı kuruluşlarına veya diğer güvenilir işletmelere ya da kişilere vermektedir.¹³¹ Verilerin Google'ın bağlı kuruluşları, şirketler ya da kişilerle paylaşılması, farklı ülkelerde bulunan sunucularda işlenmesi, kişisel verilerin kişinin rıza gösterdiği kişi ya da kişilerin çok üstünde yayılmasına ve bu nedenle kişinin kontrol yeteneğinin sınırlanması hatta ortadan kalkmasına neden olabilecektir. Bu şekilde verinin güncelliği ve doğruluğunun da tehlikeye girmesi bilişim teknolojilerinin doğal birer sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Google, arama sonuçlarında kullanıcılara gösterilebilen ürünler ya da siteler, Google hizmetlerini içerebilen siteler veya hizmetlerden bağlantı verilen diğer siteler dâhil olmak üzere diğer şirketler ve bireyler tarafından sunulan hizmetleri kendi sağladığı koruma alanı dışında tutmuştur.¹³² Google'ın hizmetlerine reklam veren ve ilgili reklamları sunmak için çerezler, piksel etiketler ve diğer teknolojileri kullanan diğer şirketler ve kuruluşların bilgi uygulamalarında Google hiçbir sorumluluk

125 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, <http://www.google.com/intl/tr/policies/privacy/archive/20120301/> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

126 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, <http://www.google.com/intl/tr/policies/privacy/archive/20120301/> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

127 Bkz. **OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri md.11**, <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm#part2> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

128 **Google Good to Know**, <https://www.google.com/goodtoknow/> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

129 **Google Good to Know**, <https://www.google.com/goodtoknow/online-safety/> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

130 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, <http://www.google.com/policies/privacy/archive/20120301/>, (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

131 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, <http://www.google.com/intl/tr/policies/privacy/archive/20120301/> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

132 **Google Hizmet Şartları**, <http://www.google.com/intl/tr/policies/terms/> (Son erişim tarihi:30.03.2013).

kabul etmemektedir.¹³³ Bu durumda Google ile ortak çalışan ya da Google hizmetlerine reklam veren ve ilgili reklamları sunmak için çerezler, piksel etiketler ve diğer teknolojileri kullanarak kullanıcılara dosya göndermeleri karşılığında bu kişilerin bilgi edinebiliyor olmaları, kişilerin veri güvenliğinin kontrolünün internet gibi çok geniş bir sanal ağ üzerinden sağlanmasını güçleştirmektedir.

Google'ın hizmet şartlarında yer alan içerik lisansı ile birlikte hizmetleri kullanan herkes Google'ın gerekli teknik adımları atarken, içeriğin farklı halka açık ağlar üzerinden ve farklı medyalarda iletebileceğini veya dağıtabileceğini ve içeriğin bağlı ağlar, araçlar, hizmetler veya medyaların teknik gerekliliklerine uydurmak ve uyarlamak için içerikte gerekli olan değişikliklerin yapılabileceğine izin vermektedir.¹³⁴ Bu madde ile sınırların çizilemediği bir yer olan internet ortamında halka açık ağlar üzerinden iletim, dağıtım ve içerikle ilgili her türlü değişikliği de yapabileceğini hüküm altına almaktadır.

Bu şekilde ileri teknolojiler kullanan ve büyük bir network yazılımına sahip Google gibi oluşumlar aracılığıyla kişisel verilerin işlenmesi durumunda, kişinin kişisel verilerinin rıza gösterdiği kişilerin çok üstünde yayılması ve bu nedenle kişinin kontrol yeteneğinin sınırlandırılması ya da tamamen ortadan kalkması sonucu doğabilecektir.

3.1.5. Bireyin Katılımı İlkesi

Bireyin katılımı ilkesi ile Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifinin 11. maddesinde,

"Kişinin veri kütüğü sahibinden onunla ilgili veri olup olmadığına dair bilgi edinme, anlayabileceği bir şekilde makul yollarla, tatbik edilebiliyorsa aşırı olmayan bir ücretle makul süre içinde kendisine ilişkin veriler konusunda bilgilendirilme, bilgi edinme ve bilgilendirilme talepleri reddedilirse sebeplerini öğrenme, bu gibi reddedilmelere karşı itiraz ve kanun yollarına başvurabilme, kendisine ilişkin verilere itiraz edebilme ve haklı itirazı halinde bu

verileri sildirme, düzeltme, eksik ise tamamlama ve değiştirmeye hakkı olması gerektiği" vurgulanmıştır.¹³⁵

OECD'nin rehber ilkelerinin 13. maddesinde yer alan tanıma göre; *"Kişi esas veri sorumlusu vasıtasıyla ya da başka bir usülle kendisini ilgilendiren verilerin mevcut olup olmadığının onaylanmasını talep hakkına sahiptir."* Ayrıca, kişinin kendisini ilgilendiren verileri, makul bir süre içinde, gerekli ise makul bir ücretle, makul bir usul ve türde ve kolayca anlaşılabilir bir şekilde öğrenme hakkı vardır. Kişinin, söz konusu hakların reddedilmesi durumunda bu reddin gerekçelendirilmesini isteme ve bu redde karşı hukuksal yollara başvurma hakkı garanti edilmektedir. İtirazların kabul edilmesi durumunda bu verilerin silinmesini, düzeltilmesini, tamamlanmasını veya değiştirilmesini isteme hakkı da garanti edilmektedir.¹³⁶

Bireyin katılımı ilkesinin bir diğer sonucu bir bilginin silinmesinin ona bir daha erişilemeyecek şekilde gerçekleştirilmesidir. Google'ın izlediği gizlilik politikası çerçevesinde, hizmetlerin kullanılması ile ortaya çıkabilecek tahribatlar sonucunda kullanıcılara bilgilerini hizmetlerden silme imkânı tanınmaktadır.¹³⁷ Avrupa Birliği 95/46/EC sayılı Direktifinin 29. maddesinde oluşturulan Çalışma Grubunun 2009 yılında Brüksel'de yaptığı 69. Genel Kurul Toplantısında prensipte arama motorlarının verileri 6 ay bir süre ile saklayabileceğini, bu sürenin uzatılmasını gerektiren bir durum olduğunda mutlaka bunu haklı çıkaran nedenlerinin olması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁸

Ancak bilgilerin hizmetlerden silinmesinin ardından, kalan kopyaların Google'ın etkin sunucularından hemen silinmemesi ve bu bilgilerin yedek

¹³⁵ Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB sayılı Direktifi, 4. Bölüm, md.11, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF> (Son erişim tarihi: 30.03.2012).

¹³⁶ Bkz. OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri, md.13, <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm#part2> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹³⁷ Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası, <http://www.google.com.tr/intl/tr/policies/privacy/archive/20120301/> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹³⁸ Direktifin 29. Maddesi uyarınca oluşturulan Veri Koruma Çalışma Grubunun 12 Şubat 2009 tarihli 69. Genel Kurulu http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/news/docs/pr_12_02_09_en.pdf .

¹³³ Google Hizmet Şartları, <http://www.google.com/intl/tr/policies/terms/> (Son erişim tarihi:30.03.2013).

¹³⁴ Google Hizmet Şartları, <http://www.google.com/intl/tr/policies/terms/> (Son erişim tarihi:30.03.2013).

sistemlerde saklanması bireyin katılımını bertaraf etmektedir.¹³⁹

Google, makul olmayacak düzeyde yinelenen, orantısız düzeyde teknik çaba gerektiren, örneğin yeni bir sistem geliştirmek veya mevcut kullanımı önemli bir biçimde değiştirmek gibi, başkalarının gizliliğini tehlikeye sokan veya başka şekilde aşırı derecede zor olan, örneğin yedek teyplerde bulunan bilgilerle ilgili istekleri reddedebileceğini açıklamıştır.¹⁴⁰

Düzeltilme veya silme hakkı içinde kişilere herhangi bir hak tanınması Google'ın veri tabanını oluşturma şekline bakıldığında imkan dahilinde görülmemektedir. Önüne geçilemeyen bir depolama, aktarım, yedekleme yaklaşımının hâkim olduğu bir altyapıya sahip olan Google'ın böyle bir hakkı vermesi ancak verilerin toplanması ve işlenmesi amaçlarının sınırlarını daraltmasıyla mümkün olabilecektir.

3.1.6. Sorumlu Tutulabilirlik İlkesi

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.¹⁴¹ Sorumlu tutulabilirlik ilkesi açısından değerlendirildiğinde; Google'ın hizmetlerinden yararlanan kullanıcılar, Google, Google'ın tedarikçileri ve dağıtıcılarının kaybedilen verilerden dolayı uğranılan mali kayıplardan, dolaylı, özel, arızı, cezai zarar veya tazminatlarından sorumlu olmadığını kabul etmektedir.¹⁴² Bununla birlikte, hizmet şartlarını kabul eden herkes, Google ve Google'ın tedarikçileri ve dağıtıcılarının makul ölçüde öngörülebilir olmayan hiçbir kayıp veya zarardan sorumlu olmayacaklarını da kabul etmektedir.¹⁴³

139 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, <http://www.google.com.tr/intl/tr/policies/privacy/archive/20120301/> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

140 **Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası**, <http://www.google.com.tr/intl/tr/policies/privacy/archive/20120301/> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

141 Bkz. **OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri**, md.14, <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsofPersonalData.htm#part2> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

142 **Google Hizmet Şartları**, <http://www.google.com/intl/tr/policies/terms/> (Son erişim tarihi:30.03.2013).

143 **Google Hizmet Şartları**, <http://www.google.com/intl/tr/poli->

Öte yandan Google, kişisel bilgilere erişimi, bu bilgileri Google için işlemek üzere bilmesi gereken çalışanlarını, alt yüklenicilerini ve aracılarını, gizlilikle ilgili sözleşmeyle sağlanan çok sıkı yükümlülük altına aldığını ve bu yükümlülükleri yerine getirmemeleri durumunda disiplin cezası veya anlaşmaların feshedilmesi yaptırımlarıyla karşılaştıklarını belirtmiştir.¹⁴⁴

Google, hizmet şartlarından dolayı herhangi bir dava açılması durumunda Google'ın, tedarikçilerinin ve dağıtıcılarının toplam sorumluluğunun dava konusu hizmetleri kullanmak için ödenilen tutarla veya hizmetlerin yeniden sunulması ile terditli olarak sınırlandırmıştır.¹⁴⁵

3.1.7. Verilerin Doğruluğu

Verilerin doğruluğunun; verilerin toplanması, işlenmesi ve iletilmesi sürecinde ortaya çıkan hatalar sonucunda ortadan kalkması söz konusu olmaktadır. Google'ın çalışma mekanizması, internet ağlarının güvenlik açıklarına sahip olması, Google'ın kendi bağlı kuruluşlarına, güvendiği işletmelere ve başka kişilere veri iletimini mümkün kılan pek çok durumun mevcut olabildiği bir ortamda kişilerin bu verilerin doğruluğunu kontrol etme olanağının bulunmaması bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Google, Dashboard üzerinden kişilerin hangi Google hizmetinden, ne zaman faydalandığını hangi sayfaları görüntülediğini, akıllı mobil cihaz aracılığı ile bir Google servisinden faydalanması durumunda bu cihaz ile ilgili bilgilerin tutulduğu hakkında bir log oluşturarak kullanıcılarını bilgilendirmeye çalışmaktadır.¹⁴⁶ Ancak verilerin dünyanın farklı yerlerindeki sunucularda işlenmesinin bir sonucu olarak verilerin farklı ülkelerde bulunması verilerin doğruluğunun takibi ve sağlanması açısından zordur. Bu şekilde bilgilerin toplanması, depolanmasının artması ve verilerin çok uzak yerlere iletimini kolaylaştırması, bilgisayarların yanlış bilginin kullanımı, bilgilerin yanlış kişilerce ve yanlış amaçlar için kullanımı riskini arttırmıştır.¹⁴⁷

<http://www.google.com/intl/tr/policies/terms/> (Son erişim tarihi:30.03.2013).

144 **Google Hizmet Şartları**, <http://www.google.com/intl/tr/policies/terms/> (Son erişim tarihi:30.03.2013).

145 **Google Hizmet Şartları**, <http://www.google.com/intl/tr/policies/terms/> (Son erişim tarihi:30.03.2013).

146 **Google Dashboard**, http://www.youtube.com/watch?v=ZPaJPxhPq_g (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

147 BENNETT, s. 35.

3.1.8. Açıklık İlkesi

Açıklık ilkesine göre, kişisel verilere ilişkin olarak, işlemler ve önlemler genel olarak açıklık politikası çerçevesinde gerçekleşmelidir. Bu ilke çerçevesinde kişisel verilerin mevcudiyetinin, türünün, temel kullanım amaçlarının ve yine esas veri sorumlusunun kimliğinin ve ikametinin belirlenebilir olmasına özen gösterilmelidir.¹⁴⁸ Kişi, kendisi hakkında kişisel verilerin toplandığını ve veri işleme faaliyetinden sorumlu olanı bilmesi halinde, bilgi edinme, düzeltme, engelleme, silme gibi katılım haklarını da kullanabilmektedir.¹⁴⁹ Veri işleme faaliyetinin açıklığı ilkesi esas olarak bu hususta bir sicil tutulması suretiyle gerçekleştirilmektedir.¹⁵⁰ Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Direktifinin 21. maddesinde veri işleme faaliyetinin açıklığını sağlamak için sözkonusu sicil en azından Direktifin 19. maddesinde belirtilen; "**Veri işlem sorumlusunun veya varsa temsilcisinin adı ve adresi, veri işlemenin amacı veya amaçları, veri konusunun kategorisi ya da kategorilerinin tanımı ve veri konusu kişilerin kendilerini ilgilendiren veri ya da kategorileri, verilerin kendilerine açıklanacağı alıcı ya da alıcıların kategorileri, üçüncü ülkelere aktarılması planlanan verileri**" içermelidir.

Google'ın kendisine reklam, ürün veya hizmet sunan diğer kişi ya da şirketlere veri aktarımında bulunurken, bu kişi ya da şirketler aracılığı ile gerçekleştirilen veri işleme faaliyetinin de şeffaflık ve açıklığı sağlayıp sağlamadıkları kullanıcılar tarafından öngörülememektedir.

4. BÖLÜM: GOOGLE INC.'İN STREET VIEW UYGULAMASININ KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI İLKELERİNE AYKIRI ÖRNEKLERİ

4.1. Google Streetview

Google'ın Street View (Sokak Görünümü) uygulaması 2007 Mayıs ayında başlatılmış olup tahsis ettiği otomobiller üzerindeki kameralar, 360° yatay ve 290° dikey açılarla panoramik

yolları görüntülemeye olanak sağlamaktadır.¹⁵¹ Bu hizmetlerin hayatımızın içinden olduğu kadar hayatımızı da olduğu gibi yansıtması nedeniyle, kendimize ait alanlarımızın ve özel hayatımızın da sınırlarının belirlenmesi gereğini ortaya koymaktadır.

Washington Federal İletişim Komisyonu tarafından düzenlenen raporda Google'ın Street View uygulamasının tek başına kişilerin bulunduğu lokasyonları gösteren bir uygulama olmadığı, Google'ın Street View uygulamasını gerçekleştirme amacına uygun veriler dışında, "payload" datalarının da toplandığı dile getirilmiştir.¹⁵² Bu dataların kişinin e- postalarını, mesajlarını, şifrelerini, internet kullanım geçmişlerini ve diğer yüksek oranda hassas kişisel verilerini içerdiğini belirtmişlerdir. Bu durum 2010 yılında Google'ın wi-fi veri toplama çabalarını araştırdıkları sırada Avrupa Birliği Veri Koruma Otoriteleri tarafından tespit edilmiştir.¹⁵³ Google önceleri bu durumu reddetmiş ancak, 22 Ekim 2010 tarihinde bazı durumlarda e- posta, URL bilgisi ve şifreleri topladığını ilk kez kabul etmiş ve Federal İletişim Komisyonu'na veri tabanını gösteren deliller sunmuştur. 2010 Kasım ayında Komisyonun icra bürosu tarafından altı kişi, beş Google çalışanı ve Google'ın wi-fi data toplama yazılım kodunda adli analiz yapmak için ona danışmanlık hizmeti veren Stroz Friedberg firmasındaki bir çalışan ile görüşme yapılmıştır.¹⁵⁴

Aynı zamanda Google'ın payload dataları toplamak ve kaydetmek için ona yazılım kodu geliştiren Google mühendisi Doe da görüşmeye çağrılmış ancak gelmemiş ve tanıklık etmeyi de

¹⁵¹ **Google Street View Uygulaması**, <http://maps.google.com/help/maps/streetview/learn/cars-trikes-and-more.html> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹⁵² **Washington Federal İletişim Komisyonu Uygulama Bürosu Başkanı Tarafından Google Inc. Hakkında Düzenlenen 13.04.2012 tarih ve DA 12-592 sayılı Rapor**, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-12-592A1.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹⁵³ **Washington Federal İletişim Komisyonu Uygulama Bürosu Başkanı Tarafından Google Inc. Hakkında Düzenlenen 13.04.2012 tarih ve DA 12-592 sayılı Rapor**, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-12-592A1.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹⁵⁴ **Washington Federal İletişim Komisyonu Uygulama Bürosu Başkanı Tarafından Google Inc. Hakkında Düzenlenen 13.04.2012 tarih ve DA 12-592 sayılı Rapor**, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-12-592A1.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹⁴⁸ Bkz. **OECD Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri**, md. 12, <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsofPersonalData.htm#part2> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹⁴⁹ ŞİMŞEK, s. 100.

¹⁵⁰ ŞİMŞEK, s. 100.

reddetmiştir. Mayıs 2010'da yeni bir açıklama yapan Google yanlışlıkla ve şifrelenmemiş payload dataların açık Wi-fi ağları üzerinden alındığını ve bunların hiçbir Google hizmetinde kullanılmadığını beyan etmiştir.¹⁵⁵

4.2. Kanada

2010 yılında Kanada'nın Gizlilik Komisyonerliği ofisinden teknik uzmanların Google'ın Kanada'da topladığı payload data örneği üzerinde yaptığı incelemede pek çok Kanadalının tam isimleri, telefon numaraları, adresleri gibi bulgulara rastlanmıştır. Bununla birlikte, e- posta mesajları, e- posta başlıkları (Headers), IP adresleri, çerezlerin içerikleri, sohbet günlükleri gibi pek çok veri de bulunmuştur. Kişilerin kullanıcı adları, şifreleri hatta hukuk ihlalleri ve belirli tıbbi listeler olarak hassas veriler de bu payload data örneğinde tespit edilmiştir.¹⁵⁶

4.3. Fransa

CNIL, 18 Mart 2011 tarihinde Google'ın Wi-fi data verilerine dayanan bir karar yayımlamıştır. CNIL, Google'ın Fransa'da topladığı payload data örneğinden internet navigasyonu ile alakalı internet sitelerinde kullanılan şifreler, online arkadaşlık siteleri ve pornografik sitelerle alakalı verileri içeren 656 veriyi ayırmayı başarmıştır.¹⁵⁷ Bu dataların analizi, CNIL'e hassasiyetini tanımak için sitelerin türünü, kişilere erişim sağlayan şifreleri, coğrafik yerlerini belirleme imkânı vermiştir. CNIL aynı zamanda 72 şifre ve 774 farklı e- posta içeren elektronik posta ile alakalı 6 megabytelik veriyi ayırabilmiştir. Örneğin, evli bir kadın ve erkek arasında gerçekleşen e- posta iletişiminde evlilik dışı ilişki aradıklarını,

ilk adları, fiziksel ve e- posta adreslerinden ayırt edici bir şekilde bulabilmişlerdir. CNIL, yaptığı bu incelemede belirli konutlarda tüketicilerin cinsel tercihlerini ortaya çıkaran web adresleri bulmuştur.¹⁵⁸

4.4. Hollanda

Hollanda Veri Koruma Otoriteleri, Google'ın Hollanda'da topladığı payload verilerini iki nedenle fazla bir sürede değerlendirmişlerdir. Yapılan değerlendirmede bunların hiçbirinin anlamsız parçalar olmadığı sonucuna varmışlardır. Bir kullanıcının 0.2 saniyede 1 ila 2.500'den fazla veri paketlerinin ele geçirilmesinin mümkün olduğunu, üstelik Streetview için kullanılan arabanın tek bir wi-fi routeri¹⁵⁹ üzerinden defalarca kez sinyal alınabildiği de belirtmişlerdir. DDPa (Hollanda Veri Koruma Otoriteleri) aynı zamanda pek çok paketin bir kullanıcıdan diğerine link verebileceğini ve bunu yaparak tanımlanabilir bir kullanıcının iletişimlerinin doğru bir resmini oluşturmanın mümkün olduğu sonucuna varmıştır.¹⁶⁰ Tüm bunlara ek olarak Google'ın internet trafiğinin geniş ürün yelpazesi elde ettiğini, bunların büyük çoğunluğu hassas olan e- postaları, sohbet trafiğini, URL'ler, şifreler, video ve müzik dosyalarını içerdiğini dile getirmişlerdir.

Bugünkü duruma baktığımızda Google'ın yeni gizlilik politikasının getirdiği değişikliğin çok ötesinde 2007 yılından bu yana zaten toplanan ve kullanılan kişisel verilerin olduğu ve bunların da yukarıdaki raporlar göz önüne alındığında Street View uygulaması için toplama amacı aşarak kullanıldığı dikkat çekmektedir.

155 Washington Federal İletişim Komisyonu Uygulama Bürosu Başkanı tarafından Google Inc. Hakkında Düzenlenen 13.04.2012 tarih ve DA 12-592 Sayılı Rapor, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-12-592A1.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

156 Washington Federal İletişim Komisyonu Uygulama Bürosu Başkanı tarafından Google Inc. Hakkında Düzenlenen 13.04.2012 tarih ve DA 12-592 Sayılı Rapor, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-12-592A1.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

157 Washington Federal İletişim Komisyonu Uygulama Bürosu Başkanı tarafından Google Inc. Hakkında Düzenlenen 13.04.2012 tarih ve DA 12-592 Sayılı Rapor, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-12-592A1.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

158 Washington Federal İletişim Komisyonu Uygulama Bürosu Başkanı tarafından Google Inc. Hakkında Düzenlenen 13.04.2012 tarih ve DA 12-592 Sayılı Rapor, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-12-592A1.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

159 WHITE, s. 312

*Router: İletişim ağları arasında IP adreslemesi yaparak veri iletişimini sağlayan bir ağıttır. Yönlendiriciler güvenlik duvarı sağlamaktadır.

160 Washington Federal İletişim Komisyonu Uygulama Bürosu Başkanı tarafından Google Inc. Hakkında Düzenlenen 13.04.2012 tarih ve DA 12-592 Sayılı Rapor, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-12-592A1.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

5. BÖLÜM: GOOGLE INC.'İN 1 MART 2012 TARİHLİ GİZLİLİK POLİTİKASI İLE AVRUPA BİRLİĞİNİN 95/46/EC SAYILI VERİ KORUMA YÖNERGESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Google, yeni gizlilik politikasını 1 Mart 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe koyacağını açıkladıktan hemen sonra Avrupa Birliği Veri Koruma Yetkililerinden tepki almış ve yetkililer Google'ın bu politikasının yürürlüğe girme tarihinin ertelemesini talep etmiştir.¹⁶¹ AB 95/46/EC sayılı Direktifin 29. maddesinde çalışma grubu başkanı olan Jacob Kohnstamm Google CEO'su Larry Page'e bir mektup göndererek, yapacakları değişiklik hakkında bilgi sahibi olduklarını ve bu yapılan değişikliğin önerilen hizmetlerin çok geniş ve popüler olması nedeniyle yeni gizlilik politikasının AB üyesi ülkelerin vatandaşları ve hatta pek çok vatandaşı etkileyeceğini dile getirmiştir.¹⁶² Koordine olunmuş bir prosedür dahilinde vatandaşların verilerini koruma konusunda ortaya çıkabilecek olası sonuçları kontrol etmek istediklerini belirtmiştir. Bu nedenle de Fransız Veri Koruma Otoritesi olan CNIL (Commission Nationale de L'informatique et Des Libertés)'den öncülük etmelerini istediklerini ve CNIL'in, bu görevi üstlenmesi üzerine Google için Avrupa'da Veri Koruma Otoritesi olarak iletişim noktası olduğunu dile getirmişlerdir. Anılan mektupta, Google'ın kullanıcıları ve AB vatandaşlarının bilgi hakları konusunda verdiği taahhütlerde herhangi bir yanlış anlamaya mahal vermemek için, yetkililerin bu konuda yapacakları analiz tamamlanana kadar bu uygulamanın askıya alınmasını talep etmişlerdir.¹⁶³ Ancak Google yaptığı açıklamada

ertelemenin sorun teşkil edeceğini belirterek 1 Mart 2012 tarihinde yeni gizlilik politikasını yürürlüğe koymuştur.

Avrupa Adalet Komisyoneri Viviane Reding The Guardian gazetesine verdiği demeçte Google'ın yeni gizlilik politikasının Avrupa Birliği 95/46/EC sayılı yönergesinde belirtilen şartlara aykırı olarak düzenlenemeyeceğini dile getirmiştir.¹⁶⁴ Vatandaşların elindeki özgürlüklerin sinsi yollarla alındığını belirten Reding, vatandaşların kendi kişisel verilerinin daha yaygın kullanılıp kullanılmayacağı konusunda seçim hakkı olması gerektiğini savunmuştur. Google'ın yeni gizlilik politikasının Veri Koruma Direktifine uygun olup olmadığı konusunda araştırma yapan Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL de yaptığı araştırmanın sonucunda Google'ın yeni gizlilik politikasında özellikle veri sahiplerine verilen bilgilerin şeffaflığı konusunda ihlaller olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁵ Bu kapsamda Google'ın gizlilik politikası incelendiğinde Direktifte yer alan özellikle 6, 7, 10 ve 11. maddelere yönelik ihlaller olduğu ortaya çıkmaktadır.¹⁶⁶

5.1. Direktifin 6. Maddesi İle Gizlilik Politikasının Birlikte Değerlendirilmesi

Veride kalite ilkesini düzenleyen 6. maddeye göre:

"1) Üye ülkeler verilerin;

- Yasal ve makul şekilde işlenmesini,*
- Belirgin, meşru, açık amaçlar için toplanmasını, toplanması sonrasında toplandığı amaç dışında başka bir amaç için işlenmemesini; (üye ülkelerin gerekli tedbirleri alması halinde, istatistiksel, tarihsel, bilimsel amaçlar için veri işlenmesi bu hükme aykırılık teşkil etmeyecektir.)*

¹⁶¹ AB 95/46/EC sayılı Yönergede 29. madde uyarınca Veri Koruma Çalışma Grubu tarafından 02-02-2012 tarih ve ref. Ares(2012)123126 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2012/20120202_letter_google_privacy_policy_en.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹⁶² AB 95/46/EC sayılı Yönergede 29. madde uyarınca Veri Koruma Çalışma Grubu tarafından 02-02-2012 tarih ve ref. Ares(2012)123126 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2012/20120202_letter_google_privacy_policy_en.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹⁶³ AB 95/46/EC sayılı Yönergede 29. madde uyarınca Veri Koruma Çalışma Grubu tarafından 02-02-2012 tarih ve ref. Ares(2012)123126 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup. <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/fi>

les/2012/20120202_letter_google_privacy_policy_en.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹⁶⁴ AB Adalet Komisyoneri Vivian Reding'in "The Guardian" için verdiği demeç, <http://www.guardian.co.uk/technology/2012/mar/01/eu-warns-google-over-privacy> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹⁶⁵ Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından 27/02/2012 tarih ve IFP/BPS/CE121115 referans -numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup <http://epic.org/privacy/ftc/google/Courrier-Google-CE121115-27-02-2012.pdf> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹⁶⁶ AB Adalet Komisyoneri Vivian Reding'in "The Guardian" için verdiği demeç, <http://www.guardian.co.uk/technology/2012/mar/01/eu-warns-google-over-privacy> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

- c) *Yeterli, uygun, elverişli, aşırı olmayan amaçlarla toplanmasını ya da işlenmesini,*
- d) *Verilerin tam, doğru ve güncel olması yanlışı veya eksik verilerin güncellenmesinde veri toplamanın amacı doğrultusunda makul yolların izlenerek silinmesi ya da düzeltilmesini,*
- e) *Toplanma ya da işleme için gerekli olduğu süreden fazla süre verilerin, veri sahibini tanımlayacak bir formda saklanmamasını, (Üye ülkeler istatistiksel, tarihsel ya da bilimsel kullanım için kişisel verilerin uzun süre saklanması durumunda uygun önlemleri almakla yükümlüdür.)*

2) 1. Paragraftaki şartlara uyulmasını sağlamak denetleyicinin görevidir.

Google'ın Street View uygulaması Direktifin 6. maddesi ile getirilen hükmün gereklerinin tam olarak karşılanmadığının en önemli örneklerinden birini teşkil etmektedir. Aynı şekilde Google'ın yeni gizlilik politikasından da bir Google kullanıcısı hangi kategorideki kişisel verilerinin işleneceğini ve açıkça ne kadarının hangi amaçlar için işleneceğini belirleyememektedir.¹⁶⁷

Street View uygulaması ile de yeterli, uygun ya da eşverişli verilerin ötesinde kişilerin özel hayatındaki tercihlerine kadar her türlü bilgi edinilmektedir.¹⁶⁸ Verilerin Google'ın yedek teyplerinden silinmediği dikkate alındığında verilerin saklanması gereken süreden fazla bir süre için saklanıp saklanmadığı Google'ın 1 Mart 2012 tarihli gizlilik politikasından anlaşılabilir.¹⁶⁹

5.2. Direktifin 7. Maddesi ile Gizlilik Politikasının Birlikte Değerlendirilmesi

Direktifin 7. maddesinde ise veri işlenmesini meşru hale getiren kriterler düzenlenmiştir.

"Bu maddeye göre, kişisel veriler ancak şu hallerde işlenebilir:

167 Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından 27/02/2012 tarih ve IFP/BPS/CE121115 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup. <http://epic.org/privacy/ftc/google/Courrier-Google-CE121115-27-02-2012.pdf> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

168 Washington Federal İletişim Komisyonu Uygulama Bürosu Başkanı tarafından Google Inc. Hakkında Düzenlenen 13.04.2012 tarih ve DA 12-592 Sayılı Rapor, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-12-592A1.pdf (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

169 Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası, <http://www.google.com.tr/intl/tr/policies/privacy/archive/20120301/> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

- a) *Açık, anlaşılır bir şekilde veri sahibinin rızası ile*
- b) *Veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin yerine getirilmesi için işlenmesi gerektiğinde ya da veri sahibinin bir sözleşme imzalamadan önce Talepte bulunduğu işlem yapabilmesi için,*
- c) *Denetleyicinin tabi olduğu yasal bir yükümlülüğe uyum için gerekli olması durumunda,*
- d) *Veri sahibinin hayati menfaatini korumak için gerekli olması,*
- e) *Kamu yararınca yürütülen bir görev gereği veya verilerin açıklandığı bir üçüncü taraf ya da denetleyici tarafından kazanılmış resmi makam uygulamalarında,*
- f) *Direktifin birinci maddesinde korunan veri sahibinin temel hak ve hürriyetlerinin geçersiz kıldığı menfaatler dışında, verilerin açıklandığı üçüncü kişi ya da kişiler veya denetleyici tarafından takip edilen yasal menfaatinin amacı için gerekli olması."*

Google topladığı bilgilerin kullanılma şekillerini şu başlıklar altında yayımlamıştır.

- *Başka kullanıcılar kişinin e- posta adresine veya kişiyi tanımlayan diğer bilgilere zaten sahiplerse, Google Profilinde herkese açık olarak görünen ad ve fotoğraf gibi bilgiler paylaşılmaktadır.*
- *Çerezler ve piksel etiketler gibi teknolojiler ile toplanan bilgiler kullanıcının deneyimini geliştirmek ve hizmetlerin kalitesini iyileştirmek amacıyla kullanılmaktadır.*
- *Google+, gmail, youtube gibi belirli hizmetlerdeki kişisel bilgiler diğer Google hizmetlerindeki bilgilerle birleştirilmektedir.*
- *Paylaşılan ve herkese açık olan bilgiler Google da dâhil olmak üzere arama motorları tarafından dizine eklenmektedir.*

Gizlilik politikasında kişinin gizlilik politikasında kişilere kendi kişisel verilerinin daha yaygın kullanılıp kullanılmaması konusunda seçim hakkı veren bir açıklama ya da düzenlemeye yer verilmemiştir.¹⁷⁰ Kullanıcılara bir seçim hakkı tanınmadan Google+, Gmail ve Youtube gibi belirli hizmetlerdeki kişisel bilgiler diğer Google

170 Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası, <http://www.google.com.tr/intl/tr/policies/privacy/archive/20120301/> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

hizmetlerindeki bilgilerle birleştirilmektedir.¹⁷¹ Bu nedenle açık ve belirli somut bir olaya dayanan rızasının varlığından söz etmek mümkün değildir.

5.3. Direktifin 10. Maddesi İle Gizlilik Politikasının Birlikte Değerlendirilmesi

Veri sahibine verilerinin toplanması durumunda verilmesi gereken bilginin kapsamı direktifin "Veri Sahibine Verilmesi Gereken Bilgi" başlığını taşıyan 4. Bölümünde yer alan 10. maddesinde düzenlenmiştir.

"Veri Sahibinden Veri Toplanması Durumunda Kendisine Verilecek Bilgiler:

Üye ülkeler, denetleyici ya da onun temsilcisinin kendisiyle ilgili veri toplanan veri sahibine, en azından aşağıdaki bilgileri vermesini sağlayacaktır. Zaten elinde olan bilgiler hariç tutulmuştur.

- 1) *Varsa denetleyici ya da onun temsilcisinin kimlik numarası,*
- 2) *İstenen verilerin hangilerinin ne amaçla işleneceği,*
- 3) *Veri alıcısı ya da veri alıcısının kategorileri, sorulara verilen yanıtlar zorunlu olup olmadığı, yanıt verilmemesi durumunda bunun olası sonuçları, kişinin kendisiyle ilgili veriye erişim hakkı ve veriyi düzeltme hakkının varlığı gibi, toplanan verilerle ilgili belirli koşulların bulunması halinde, veri sahibi ile ilgili verinin makul şekilde işlenmesini garanti etmek için bu bilgiler gereklidir."*

Google 1 Mart 2012 tarihinde yayımladığı gizlilik politikasında, kişilerin her türlü bilgilerini onlarla ilişkilendirerek ve tüm webin önbelleğini olarak depolama birimlerinde sakladığını bu şekilde daha iyi reklam ya da arama sonuçları vermeyi ve hizmetlerini geliştirmeyi amaçladıklarını belirtmiştir.¹⁷² Google, yayımlanmış olduğu gizlilik politikasında bu madde kapsamında veri sahibine kendisiyle ilgili veri toplaması durumunda hangi verilerinin hangi Google servisi için ne amaçla işlenebileceğine dair bir bilgi vermemektedir.

Google Streetview uygulamasında olduğu gibi

¹⁷¹ Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından 27/02/2012 tarih ve IFP/BPS/CE121115 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup. <http://epic.org/privacy/ftc/google/Courrier-Google-CE121115-27-02-2012.pdf> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

¹⁷² Google'ın 1 Mart 2012 tarihli Gizlilik Politikası, <http://www.google.com.tr/intl/tr/policies/privacy/archive/20120301/> (Son erişim tarihi: 30.03.2013).

gizlilik politikasında da belirttiği üzere sınırsız veri toplayan, bunların toplanma amaçları ile işleme amaçlarının tam olarak birbirleriyle örtüşmediğini kanıtlar nitelikte bir network yazılımına sahiptir.

5.4. Direktifin 11. Maddesi İle Gizlilik Politikasının Birlikte Değerlendirilmesi

Direktifin 11. maddesinde ise; verinin veri sahibinin bilgisi dâhilinde olmadan alınması halinde verilecek bilgiler düzenlenmiştir. Anılan madde ile,

"Üye ülkeler, denetleyici ya da onun temsilcisinin kişisel verilerin kaydı veya onların üçüncü bir kişiye açıklanması öngörülebilir olduğunda, verinin ilk açıklandığı zamandan sonra hiç gecikmeden veri sahibine, kendisinde zaten olanlar hariç en azından aşağıdaki bilgileri vermeyi sağlayacaktır.

- 1) *Varsa denetleyici ya da onun temsilcisinin kimlik numarası,*
- 2) *Verilerin işleme amacı*
- 3) *İlgili verilerin kategorileri, veri alıcısı ya da alıcı kategorileri, kişinin kendisiyle ilgili veriye erişim hakkı ve veriyi düzeltme hakkının varlığı gibi bilgiler, daha fazla bilgi gerekli olduğu taktirde toplanan verilerle ilgili belirli koşulları dikkate alarak, veri sahibi ile ilgili verinin makul şekilde işlenmesini garanti etmek için bu bilgiler gereklidir.*

Birinci paragraf, özellikle verilerin istatistiksel, tarihi ya da bilimsel araştırmalar amacıyla işlenmesi, bu tür bilgilerin sağlanmasının imkânsız olması ya da orantısız bir çaba gerektirmesi ya da kaydetme veya açıklama kanunla açıkça düzenlenmişse uygulanmayacaktır. Bu durumlarda üye ülkeler uygun önlemleri almalıdır."

şeklinde de ayrıca bir düzenleme yapılmıştır.

Google, 1 Mart 2012 tarihli gizlilik politikasında verileri iki şekilde topladığını belirtmiş verilerin toplanma şeklinin; kullanıcıların bilgisayarlarına çerez ve piksel etiketler göndermek ve kişilerin Google'ın hizmetlerinden yararlanmak için veri göndermeleri şeklinde olduğunu açıklamıştır. Gizlilik politikası, Google kullanıcılarına reklamcılarla kullanıcıların kişisel verilerini paylaşmayacağını açıklamış olsa da bu açıklama da CNIL tarafından yeterli ve açıklayıcı bulunmamıştır.¹⁷³

¹⁷³ Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından 27/02/2012 tarih ve IFP/BPS/CE121115 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup. <http://epic.org/privacy/ftc/>

6. BÖLÜM: SONUÇ VE KANAAT

Günümüzde insan çok büyük bir gözetim altındadır. Görüntüsü, sağlık durumu, cinsel eğilimleri, siyasi görüşleri gibi konular her yönden gözetim altında tutulmakta, buna bağlı olarak elde edilen bilgiler, bilimsel, adli, kamusal, güvenlik alanlarında ve kamu yararına kullanılmaya başlanmıştır. Bu da kişilerin mahremiyet bölgelerine müdahale ve bunların sınırlarının ne olması gerektiği konusunu gündeme getirmiştir.

Google gibi ileri teknolojiler kullanan ve büyük bir network yazılımına sahip oluşumlar aracılığıyla kişisel verilerin işlenmesi durumunda, verilerin kişinin rıza gösterdiği kişilerin çok üstünde yayılması ve bu nedenle kişinin kontrol yeteneğinin sınırlanması sonucu doğmaktadır. Google, içinde bulunduğumuz 21. Yüzyılda üzerinde düşünmemiz gereken çok önemli değerlerimizin olduğunu bize hatırlatan belki de en önemli araçtır. Sadece insan olmamız dolayısıyla sahip olduğumuz haklar nedeniyle teknolojinin gücünün ötesine geçemediğimiz durumlarda bile bazı seçimler yapmak mümkün olmalıdır.

Bilişim teknolojileri aracılığıyla çok hızlı şekilde toplanıp işlenebilen kişisel verilerin kişinin kontrolünün dışında yayılması sonucunda kişinin temel hak ve özgürlüklerinin tamamı, insanca yaşama hakkı, insan onuru, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ve bunun gibi insanın birey olarak kendine özgü kişiliği ve sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu haklar doğrudan etkilenmektedir. Bu nedenle kişisel verilerin korunması hakkı tek başına özel hayatın gizliliği kavramı ile değil, diğer tüm temel hak ve hürriyetlerle birlikte düşünülmelidir.

Kişisel verilerin sınırları aştığı internet dünyasında, kişisel verilerin korunmasına yönelik sadece bir ülkede yapılan düzenlemeler tek başına yeterli olmamakta, tüm dünya ülkelerinin

işbirliği ile kişisel verilerin korunması için yapılan düzenlemeler etkin hale getirilmeye çalışılmaktadır. AB üyesi olmayan diğer ülkelerin de AB üyesi ülkelerle işbirliği içerisinde uluslararası mevzuatı kendi iç hukuklarına uygun hale getirme çabaları da globalleşen dünya ile birlikte temel hak ve hürriyetlerin bir uzantısı niteliğinde olan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının evrensel bir hak olarak görüldüğünün bir kanıtıdır.

Bugünkü yaklaşımda verilerin korunması ile ilgili sorumluluk ve yükümlülüklerin, bir verinin kişisel veri olması ile bağlantılı olduğu kabul edilmektedir. Kişinin en temel hakkı olan yaşama hakkının alanını ve niteliğini belirleyen; kişinin içinde bulunduğu toplumun yaşam standartları, özgürce hareket edebilme yeteneği ve hukuk devleti gereğince sahip olduğu anayasal güvencelerdir. Kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi sırasında kişinin kişisel verileri üzerindeki belirleme hakkı (self-determination), onun özgür iradesiyle yaşamının kalitesini belirleyebilme yeteneği ile paraleldir. Kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi sonucu kişilerin özel yaşamının gizliliğinin ortadan kaldırılması, kişinin yaşamına ait her türlü bilginin yasal ya da hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi ve toplandığı amaç dışında başka amaçlar için kullanılması gibi sebepler, kişinin en başta özgürce yaşama hakkını elinden almanın meşrulaştırılmasıdır. Bu durum aynı zamanda demokrasinin tanımında yer alan eşitlik, hoşgörü, insan haklarına saygılı olma ile hukuk devleti ilkesini de zedeleyebilecek niteliktedir.

1 Mart 2012 tarihinde gizlilik politikasında yaptığı değişiklikle gündemde olan Google dışında, tüm dünyada devletlerin kendilerine özgü çeşitli güvenlik örgütleri ile de veriler toplanıp, depolanmakta, istihbarat amacıyla, ekonomik ilişkiler vb. durumlarda değerlendirilip kullanılmaktadır.

Google bu açıdan sadece buz dağının görünen kısmıdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKSOY,Hüseyin Can, **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Basım, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011.
- BENNETT, Colin J., **Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States**, Cornell University Press, ABD, 1992.
- CROFT, W. Bruce; METZLER,Donald; STROHMAN, Donald, **Search Engines And Information Retrieval In Practice**, 1. Basım, Addison-Wesley Yayınları,Boston-ABD, 2011.
- GÜR, İkbâl, **Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2010
- KETİZMEN, Muammer, **Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları**, 1. Basım, Adalet Yayınları, Ankara, 2008.
- ÖZDEMİR, Hayrûnisa, **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**,1. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- PARISER, Eli, **The Filter Bubble: What Internet is Hiding From You?**, The Penguin Press, New York- ABD, 2011.
- ŞİMŞEK, Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, 1. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- WHITE, Ron, **How Computers Work**, 9. Basım, Que Yayınları, Indianapolis- ABD, 2008.
- Makaleler
- BAUMER, David L.,EARP Julia B., POINDEXTER, J.C., "Internet Privacy Law: A comparison between the United States and The European Union", **Computers and Security**,Yıl:2004,Cilt: 23, Sayı:5 (s.400-412)
- BIRNHACK, Michael D., "The EU Data Protection Directive: An Engine of a global regime", **Elsevier Computer Law and Security Report**, Yıl: 2008, Cilt:24 (s.508-520)
- CHURCH, Peter-KON, Georgina, "Data Protection and Search Engines Google at the heart of a data protection storm" **Elsevier, Computer Law and Security Report**, Yıl: 2007, Cilt:23, (s.461-465)
- GRANT, James, "International data protection regulation Data Transfer- safe harbor", **Elsevier Computer Law and Security Report**, Yıl: 2005, Cilt: 21, (s.257-261)
- JONES, Richard, TAHRI, Dalal, "An Overview of EU data protection rules on use of data collected online", **Elsevier Computer Law and Security Review** 27,Yıl:2011, Cilt:27, (s. 630-636)
- KUNER, Christopher, "An international legal framework for data protection: issues and prospects", **Elsevier Computer Law and Security Report**, Yıl: 2009, Cilt: 25 (s. 307-317)
- MUENCHINGER, Nancy E. "Information Privacy Regulation: The EU Model and The French Model", **Elsevier Computer Law and Security Report**, Yıl:2001, Cilt: 17, Sayı:6, (s. 390-394)
- MURRAY, Patrick. J. "The Adequacy Standard Under Directive 95/46/EC: Does U.S. Data Protection Meet the Standard?", **Fordham International Law Journal**, Yıl: 1997,Cilt:21,Sayı:3 (s.932-1018)
- ZINSER, Alexander, Lausanne, Switzerland, "International Data Transfers Between the United States and the European Union: are the procedural provisions of the Safe- Harbor solution adequate?", **Elsevier Computer and Security Report**, Yıl: 2004, Cilt: 20, Sayı: 3, (s.182-184)
- Elektronik Kaynaklar
- 4 Ağustos 2010, Technohomy Konferansı Google CEO'su Eric Schmidt demeç: <http://www.youtube.com/watch?v=UAcClSrAq70&feature=youtu.be>
- AB 95/46/EC sayılı yönergede 29. madde uyarınca Veri Koruma Çalışma Grubu tarafından 02-02-2012 tarih ve ref. Ares(2012)123126 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2012/20120202_letter_google_privacy_policy_en.pdf
- AB Adalet Komisyoneri Viviane Reding'in "The Guardian" için verdiği demeç <http://www.guardian.co.uk/technology/2012/mar/01/eu-warns-google-over-privacy>
- ABD-AB Safe- Harbor Prensipleri Genel Bakış http://export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018476.asp
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Veri Tabanı [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid":\["COMMITTEE","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN","ADVISORYOPINIONS","REPORTS","RESOLUTIONS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/CONVENTION_ENG_WEB.pdf
- Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/t-cy/ETS%20185%20turkish.pdf>
- Avrupa Topluluğu'nun 95/46/EC numaralı Verilerin Korunmasına Dair Yönerge <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:EN:PDF>
- Birleşmiş Milletler Örgütü'nün 14.12.1990 tarihli tavsiye niteliğindeki kararları <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ddcafaac.html>
- CNBC, Eric Schmidt Röportaj, <http://www.youtube.com/watch?v=A6e7wfdHzew>
- Direktifin 29. Maddesi uyarınca oluşturulan Veri Koruma Çalışma Grubununun 12 Şubat 2009 tarihli 69. Genel Kurulu http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/news/docs/pr_12_02_09_en.pdf

- Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD)'nün 23.09.1980 tarihli Kişisel Verilerin Sınıraşan Trafiki Ve Verilerin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeleri http://www.oecd.org/document/18/0,3746,en_2649_34223_1815186_1_1_1_1,00.html#guidelines
- Fransız Veri Koruma Otoritesi CNIL tarafından 27/02/2012 tarih ve IFP/BPS/CE121115 referans numarası ile Google Inc.'ye gönderilen mektup. <http://epic.org/privacy/ftc/google/Courrier-Google-CE121115-27-02-2012.pdf>
- Google <http://tr.wikipedia.org/wiki/Google>
- Google Dashboard; http://www.youtube.com/watch?v=ZPaJPxhPq_g
- Google Good to Know, <https://www.google.com/goodtoknow/manage-data/>
- Google Good to Know, <https://www.google.com/goodtoknow/data-on-google/> <https://www.google.com/goodtoknow/data-on-the-web/>
- Google Hizmet Şartları <http://www.google.com/intl/en/policies/terms/>
- Google Reklam Politikası http://www.youtube.com/t/advertising_policies
- Google Resmi Şirket Bloğu, <http://googleenterprise.blogspot.com/2011/09/our-commitment-to-safe-harbor-privacy.html>
- Google Teknoloji ve Prensipler <http://www.google.com/policies/privacy/principles/>
- Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 numaralı Avrupa Konseyi Sözleşmesi <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>
- Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Gerekçeli Kanun Tasarısı <http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>
- TBMM İç Tüzüğü, <http://www.tbmm.gov.tr/ictuzuk/ictuzuk.htm>
- Washington Federal İletişim Komisyonu Uygulama Bürosu Başkanı tarafından Google Inc. Hakkında Düzenlenen 13.04.2012 tarih ve DA 12-592 Sayılı Rapor, http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-12-592A1.pdf

HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi ulusal ve hakemli dergi statüsündedir; yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Derginin yazı dili Türkçe'dir, bununla birlikte yabancı dilde yazılan makalelere de yer verilmektedir.
4. Dergiye gönderilen yazıların Türkçe ve İngilizce başlıkları ile en az 100, en çok 300 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce özetleri ve her iki dilde beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
5. Yazının ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, özet ve tablo gibi bölümlerinde 10 punto harf büyüklüğü ve 1,5 satır aralığı ile "Times New Roman" veya eşdeğer diğer yazı karakterlerinden biri kullanılmalıdır.
6. Makalenin sonunda, yararlanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakçada sadece metin içinde kendisine atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Metin içinde yapılan atıflar, her bir sayfa sonunda "dipnot usulü" kullanılmak suretiyle gösterilmelidir. Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıf ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde olmalıdır. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır.

Kitaplar için:

ÖKTEN, Kaan H., **Heidegger Kitabı**, 2. Basım, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2006.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

ÖKTEN, **2006**, s. 58.

Çeviri kitaplar için:

GIDDENS, Anthony, **Modernliğin Sonuçları**, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

GIDDENS, **1998**, s. 22.

İki yazarlı kitaplar için:

ÖKTEM, Niyazi / TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 4. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2009.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

ÖKTEM / TÜRKBAĞ, **2009**, s. 23.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

KOÇAK, Cemil / ÖZDEMİR, Hikmet / BORATAV, Korkut, vd., **Türkiye Tarihi 4 Çağdaş Türkiye 1908-1980**, 10. Basım, Cem Yayınevi, İstanbul, 2008.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

KOÇAK / ÖZDEMİR / BORATAV vd., **2008**, s. 166.

Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

TEMİZ, Özgür, **Basın Özgürlüğünün Sınırlanmasında İlike Sorunu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

TEMİZ, **2007**, s. 44.

Kurumsal yayınlar için:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), **Yargılama Düzeninde Kalite**, İstanbul, 1998.

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,

TÜSİAD, **1998**, s. 56.

Makaleler için:

KONURALP, Haluk "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 1, (s. 25 - 40).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
KONURALP, **2001**, s. 35.

Derleme Kitap ve Armağan Makaleleri İçin:

ERGİL, Doğu, "Demokratik ve Katılımcı Yönetimin Önkoşulu Olarak İfade Özgürlüğü", **Türkiye'de İfade Özgürlüğü**, (der. T. Koçak, vd.), 1. Basım, Bgst Yayınları, İstanbul, 2009, (s. 98 - 109).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
ERGİL, **2009**, s. 100.

Konferanslarda sunulan bildiriler için:

KUÇURADİ, İoanna, "Norm Oluşturma ve Norm Koyma Sorunları", **Ankara Hukuk Toplantıları - Norm Koyma ve Hüküm Verme (17 - 18 Nisan 2009)**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, (s. 13 - 19).

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
KUÇURADİ, **2009**, s. 15.

İnternet için:

BAKER, Ulus, **Spinoza Kitabı: Ethica'nın Sırrı**, <http://korotonomedia.net/kor/index.php?id=21,182,0,0,1,0> (erişim tarihi 28.10.2010)

Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için,
BAKER, **(Spinoza Kitabı)**.

Yazar veya yazarların aynı yıl içinde basılmış birden fazla eserine atıf yapılıyorsa yayın yılının yayına "a", "b", "c", gibi harfler eklenerek farklılaştırma yapılabilir. Bu durum kaynakçada da ayrıca gösterilmelidir. Aynı yazara veya yazarların eserlerine artarda atıf yapılması durumunda "age" veya "ibid" gibi kısaltmalar da kullanılabilir.

7. Dergiye gönderilen yazılar "zengin metin biçimi (*.rtf)" formatında kaydedilmiş bir CD içerisinde, ayrıca, ikisinde yazarın adı bulunmayan A4 boyutunda üç nüsha çıktısı ile birlikte teslim edilmelidir.

8. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları ve iletişim bilgilerini (adres, telefon ve eposta adreslerini) mutlaka bildirmelidirler.

9. Yazarların gönderdikleri makaleleri "basıla" olarak verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın dışında yazım ve imla yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeden geri çevrilebilir.

10. Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu tarafından gerçekleştirilir. İlk inceleme neticesinde uygun bulunan yazılar kör hakemlik sistemi gereğince yazar adı veya adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazara yazının hangi hakeme gönderildiğiyle ilgili olarak bilgi verilmez. Hakem raporu doğrultusunda, makalenin yayımlanmasına, yazardan düzeltme istenmesine veya yazının geri çevrilmesine karar verilmektedir. Basılması uygun bulunan yazıların, yayımlanıp yayımlanmayacağına ve derginin hangi sayısında yayımlanacağına Yayın Kurulu karar verir. Yazar, tüm bu aşamalardan e-posta yoluyla bilgilendirilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.

11. Dergide, hakemli makalelerin yanı sıra çeviri makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmamasına Yayın Kurulu tarafından karar verilir.

12. Yayımlanmasına karar verilmiş yazıların, her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması, yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Yazarlar gönderdikleri yazı ile ilgili tüm telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.

13. Yayımlanan yazının yer aldığı bir adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

HACETTEPE LAW REVIEW

EDITORIAL POLICY

1. Hacettepe Law Review is a national and refereed journal which is published biannually in June and December.
2. Papers submitted to Journal shall not be published or submitted for publication elsewhere.
3. Language of the Journal is Turkish, but papers written in other languages can be published nonetheless.
4. Turkish and English titles of the papers submitted to the Journal, together with Turkish and English abstracts which consist of at least 100 and at most 300 words and 5 key words in each language shall be attached to the beginning of the paper.
5. At the body of the paper 12 font size, at the parts like footnotes, abstracts and tables 10 font size and 1,5 line spacing shall be used in "Times New Roman" or any equivalent font.
6. At the end of the paper, there shall be a bibliography aranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Only works that were cited in the paper shall be listed in the bibliography. Citations in the paper shall be made in "footnote" at the end of each page. The format of the first footnote and bibliography entry of each work shall be the same. For the consistency of the Journal, following examples shall be abided.

For books:

ÖKTEN, Kaan H., **Heidegger Kitabı**, 2. Edition, Agora Books, İstanbul, 2006.

For following footnotes of the same work,
ÖKTEN, **2006**, p. 58.

For translated books:

GIDDENS, Anthony, **Modernliğin Sonuçları**, (tra. E. Kuşdil), 2. Edition, Ayrıntı Publishing, İstanbul, 1998.

For following footnotes of the same work,
GIDDENS, **1998**, p. 22.

For books with two authors:

ÖKTEM, Niyazi / TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 4. Edition, Der Publishing, İstanbul, 2009.

For following footnotes of the same work,
ÖKTEM / TÜRKBAĞ, **2009**, p. 23.

For books with three or more authors,

KOÇAK, Cemil / ÖZDEMİR, Hikmet / BORATAV, Korkut, **Türkiye Tarihi 4 Çağdaş Türkiye 1908-1980**, 10. Edition, Cem Publishing, İstanbul 2008.

For following footnotes of the same work,
KOÇAK / ÖZDEMİR / BORATAV etc., **2008**, p. 166.

For post graduate and/or doctorate theses:

TEMİZ, Özgür, **Basın Özgürlüğünün Sınırlanmasında İlke Sorunu**, Unpublished Post Graduate Thesis, Ankara, Ankara University Institute of Social Sciences, 2007.

For following footnotes of the same work,
TEMİZ, **2007**, p. 44.

For corporate publishings:

Turkish Industry & Business Association (TÜSİAD), **Yargılama Düzeninde Kalite**, İstanbul, 1998.

For following footnotes of the same work,
TÜSİAD, **1998**, s. 56.

For papers:

KONURALP, Haluk "Fransız Hukukunda Kanun Yolları Arasında İstinafın Yeri", **Ankara Law Review**, Year: 2001, Volume: 50, Number: 1, (pp. 25 - 40).

For following footnotes of the same work,

KONURALP, **2001**, p. 35.

For papers in a collected work or remembrance:

ERGİL, Doğu, "Demokratik ve Katılımcı Yönetimin Önkoşulu Olarak İfade Özgürlüğü", **Türkiye'de İfade Özgürlüğü**, (Ed. T. Koçak), 1. Edition, Bgst Publishing, İstanbul, 2009, (pp. 13-19).

For following footnotes of the same work,

ERGİL, **2009**, p. 100.

For speeches in a conference:

KUÇURADİ, İoanna, "Norm Oluşturma ve Norm Koyma Sorunları", **Ankara Hukuk Toplantıları - Norm Koyma ve Hüküm Verme (17 - 18 April 2009)**, Ankara Üniversitesi Publishing, Ankara, 2011, (pp. 13 - 19).

For following footnotes of the same work,

KUÇURADİ, **2009**, p. 15.

For web pages:

BAKER, Ulus, **Spinoza Kitabı: Ethica'nın Sırrı**, <http://korotonomedia.net/kor/index.php?id=21,182,0,0,1,0> (Access date 28.10.2010)

For following footnotes of the same work,

BAKER, **(Spinoza Kitabı)**

If more than one work of the same writer/writers, published in the same year are to be cited, letters like "a", "b", "c" can be added alongside publishing year to mark the difference. This shall also be shown in the bibliography. In the cases of citing the same writer/writers and/or their same work, abbreviations like "age" or "ibid" can also be used.

7. Papers submitted to the Journal shall be provided in a CD recorded in "rich text format (*.rtf)" together with three hard copies in A4 size, two of which absent the writers name.

8. Writers shall definitely state their title, institution and contact information (their address, phone number and e-mail).

9. It is considered that writers submit their papers as ready for printing. Papers, that do not comply with scientific criteria or were determined to contain more misspelling than usual, can be declined by the Editorial Board without being sent to referee.

10. First evaluation of the papers submitted to the Journal shall be performed by the Editorial Board. Papers that were approved after the first evaluation shall be sent to a referee with the name/s of the writer/s extracted from the text according to the anonymous peer review system. Information shall not be given to the writer regarding the referees identity. According to the referee report; printing of the paper, demanding correction from the writer or rejection of the paper, shall be decided. Whether or not papers that were concluded to be printable will be published and in which issue of the Journal they will be published shall be decided by the Editorial Board. Writer shall be informed of all these stages via e-mail. Papers that were not published shall not be sent back to the writer.

11. Other than refereed articles, papers such as case annotations, legislation evaluations and book reviews can be published in the Journal. Whether or not these kinds of papers will be published shall be decided by the Editorial Board.

12. All rights of publication, including publishing as full text in any electronically environment and re-publishing, of the papers that were decided to be published, belong to the Hacettepe University Faculty of Law. It is concluded that writers transfer all copyrights they are entitled to regarding the paper they submitted, to the University; no additional royalty shall be paid to the writers.

13. One issue of the Journal in which the paper is published shall be sent to the writer gratis.