

ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA, HAK İHLÂLINE YOL AÇAN KAMU GÜCÜ FAALİYETİNİN, YÜRÜTME ORGANI BAKIMINDAN TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİNE ATFEDİLEBİLMESİ SORUNU

THE ISSUE OF ATTRIBUTION TO THE REPUBLIC OF TURKEY
IN TERMS OF EXECUTIVE BRANCH, RELATED TO THE
PUBLIC POWER ACTIVITIES, WHICH CAUSES VIOLATION OF
RIGHTS IN THE INDIVIDUAL APPLICATION PROCESS TO THE
CONSTITUTIONAL COURT

Süleyman Sırrı TERZİOĞLU*

Özet: Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasına göre herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Bu makalede Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda, hak ihlâline yol açan kamu gücü faaliyetinin, yürütme organı bakımından Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilebilmesi sorunu incelenecektir.

Anahtar Sözcükler: Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi, Uluslararası Hukuk, Devletin Sorumluluğu, Yürütme Organı

Abstract: According to the third paragraph of the Article 148 of the Turkish Constitution, everyone may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms, within the scope of the European Convention on Human Rights which are guaranteed by the Constitution, has been violated by public authorities. In this article, the problem of attribution of the public power activities, which causes violation of rights, to the Republic of Turkey in terms of executive branch, in the individual application process to the Constitutional Court will be examined.

Keywords: Individual Application, The Constitutional Court, International Law, Responsibility of the State, Executive Branch

* Doç. Dr., İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi

Giriş

2010 Anayasa değişikliğinden sonra hukuk hayatımıza giren bireysel başvuru yolunda uygulamaya ilişkin merak edilen hususlar, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla yavaş yavaş açıklığa kavuşmaya başladı. Bu süreçte, doktrinde bireysel başvuruya ilişkin yapılan çalışmalarda, soyut meseleler üzerinde çeşitli görüşler ileri sürüldü. Mahkeme'nin içtihatları yerleşmeye başlayınca ve bu içtihatlar meselelere açıklık getirinceye kadar, benzer çalışmalar yapılacaktır. Kanımızca bu tartışmalarda üzerinde durulması gereken konulardan birisi de "kamu gücü faaliyetinin Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilebilmesi" meselesidir. Zira Anayasa'nın 148/3. maddesine¹ göre, bireysel başvuru yoluna gidebilmek için temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü tarafından ihlâl edilmiş olması gerekmektedir. 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun*² da, bu hususu hüküm altına almakla birlikte, uygulamasını içtihatlarla bırakmış görünmektedir. Zira kamu gücü kavramı, Anayasa'da tanımlanmadığı gibi 6216 sayılı Kanun'da da tanımlanmış değildir. Biz, bu çalışmamızda, kamu gücü kavramını ana hatlarıyla ele aldıktan sonra, kamu gücü faaliyetinin yürütme organı bakımından Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilebilmesi hususunu değerlendirmeye çalışacağız. Çalışmamızı yürütme organı ile sınırlandırmamızın nedenlerinden birisi, devletin hak ihlâline yol açan faaliyetlerinin, özellikle yürütmenin eylem, işlem ve ihmallerinde yoğunlaşmasıdır.

Değerlendirmelerimizde bireysel başvuru yoluna uygun olduğu ölçüde uluslararası hukukta benzer kavram ve örneklerden de yararlanacağız. Bu konuda, özellikle, uluslararası hukuktaki devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin çeşitli unsurlar yol gösterici olabilir. Devletlerin uluslararası sorumluluklarının unsurlarından birisi de, uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete atfedilebilmesidir. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından çalışmaları 2001 yılında sonuçlandırılan *Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletle-*

¹ Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

² Bundan sonra "6216 sayılı Kanun" olarak kısaltılacaktır.

*rin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelere*³ göre, bir devletin uluslararası hukuka aykırı her eylemi o devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirir (mad. 1). Devletin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinin, dolayısıyla devletin uluslararası sorumluluğunun temel unsurlarından biri, eylem ya da ihmalden oluşan tasarrufun uluslararası hukuka göre devlete yüklenebilmesidir [mad. 2(a)].⁴ Taslak Maddeler, uluslararası yargı kararlarına göre, bazı maddeleri, uluslararası teamül kurallarını ifade eden bir çalışmadır. Henüz bağlayıcı bir metin olmasa da, teamül kurallarını yansıtmaları bakımından önemlidir.⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) de çeşitli kararlarında Taslak Maddelere atıflar yaptığı görülmektedir.⁶

Bireysel başvuruda da temel hak ve özgürlüklerin ihlâline yol açan kamu gücü faaliyetinin Türkiye Cumhuriyeti Devletine *atfedilebilmesi* önem taşımaktadır. Bu benzerlikten yola çıkarak, hukukumuzda henüz ortaya çıkmamış soyut meseleleri çözümlemede yardımcı olması amacıyla, uluslararası hukuktaki yaklaşım ve örnekleri dikkatlere sunmak istiyoruz. Zira AİHM, önüne gelen başvurularda uluslararası hukuku da dikkate almaktadır.⁷ Bu çerçevede, yukarıda da ifade edil-

³ Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Bundan sonra "Taslak Maddeler" olarak kısaltılacaktır. Yine Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen Taslak Maddelerin şerhi için bkz. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. Taslak Maddelerin Türkçe çevirisi için bkz. İbrahim Kaya, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 346 vd. Taslak Maddeler çerçevesinde devletin sorumluluğu konusunda bkz. Hakan Hakkı Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010; Mehmet Dalar, "Uluslararası Haksız Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğu: Birleşmiş Milletler Taslak Belgesinin Değerlendirilmesi", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, s. 113 vd.

⁴ Diğer unsur ise eylem ya da ihmalden oluşan tasarrufun, devletin uluslararası bir yükümlülüğünün ihlâlini teşkil etmesidir [mad. 2 (b)].

⁵ Uluslararası Adalet Divanı, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Konusundaki Sözleşmenin Uygulanmasına İlişkin Kararında, Taslak Maddelerin 4. maddesinin, uluslararası teamül kurallarını yansıttığını belirtmiştir. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007, s. 202, para. 385 (Bundan sonra "ICJ Reports 2007" olarak kısaltılacaktır).

⁶ Örneğin bkz. Case of Ilascu and Others v. Moldova and Russia, Application no. 48787/99, para. 319-320; Case of Kotov v. Russia, Application no. 54522/00, para. 30-32; Case of Catan and Others v. Moldova and Russia, Application nos. 43370/04, 8252/05, 18454/06, para. 74; Case of El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Application no. 39630/09, para. 96-97

⁷ AİHM, Banković Davasında, Mahkemenin devletin yetki alanına ilişkin sorunları

diği gibi, AİHM, Taslak Maddelere de kararlarında atıflar yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından hak ihlâli tespit edilmeyen bireysel başvuruların AİHM'ne de gidebileceği düşünüldüğünde, uluslararası hukuktaki uygulamaların Anayasa'da düzenlenen bireysel başvuru yolu ile bağdaştığı ölçüde yol gösterici olması muhtemeldir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin kendi içtihatlarını geliştirirken, uluslararası hukuktaki gelişmeleri göz önünde bulundurmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kararlarında çeşitli uluslararası belgeleri de zaman zaman dikkate almaktadır.⁸

AİHM uygulamasından bağımsız olarak da, kamu gücünün faaliyetinden dolayı bir yabancı devlet vatandaşının temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilmişse, söz konusu yabancıнын vatandaşı olduğu devletin, bu kişiyi *diplomatik koruma* altına alma hakkı bulunmaktadır.⁹ Ancak bunun için, kural olarak, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Bu durumda bireysel başvuru, bir iç hukuk yolu olarak kabul edilebilecektir. Diplomatik koruma durumunda ise uluslararası hukuk kurallarının devreye gireceği ve faaliyetin devlete atfedilmesi meselesinin de uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği gözden kaçmamalıdır.

incelerken, uluslararası hukukun ilgili kurallarını da dikkate alması gerektiğini ve uluslararası hukuka egemen olan ilkeler bağlamında devletin sorumluluğunu belirlemesi gerektiğini, ancak bir insan hakları sözleşmesi olarak Sözleşmenin bu özel niteliğinin göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir. Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States, Application no. 52207/99, para. 57. Benzer şekilde AİHM, Opuz/Türkiye Davasında, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine (CEDAW) ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin çeşitli kararlarına atıf yaparak uluslararası hukukta yaşanan kural ve prensip gelişmelere ilgi gösterdiğini ifade etmiştir. Case of Opuz v. Turkey, Application no. 33401/02, para. 72 vd., para. 164

⁸ AYM. BB. No: 2013/9662, K.T.: 6/1/2015, "36. Anayasa'nın 51-54. maddelerinde düzenlenen sendikal hak ve özgürlükler, benzer güvenceler getiren başta Örgütlenme Özgürlüğü Sözleşmesi ile Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi olmak üzere ilgili Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı ile tamamlanmaktadır. Anayasa'nın 51-54. maddelerinde düzenlenen sendikal hak ve özgürlüklerin kapsamı yorumlanırken bu belgelerde yer alan ve ilgili organlar tarafından yorumlanan güvencelerin de göz önüne alınması gerekir."

⁹ Diplomatik koruma konusunda bkz. Ali İbrahim Akkutay, Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

1- “Kamu Gücü” Kavramı

6216 sayılı Kanun’a göre, “herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin **kamu gücü tarafından**, ihlâl edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir (mad. 45/1). Dolayısıyla bireysel başvuru yoluna gidebilmek için, temel hak ve özgürlüklerin ihlâlüne yol açan faaliyet, kamu gücü tarafından gerçekleştirilmelidir. “Kamu gücü” kavramının 6216 sayılı Kanun’da tanımı yapılmamıştır. Bu yüzden öncelikle “kamu gücü” kavramının bireysel başvuru açısından açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

“Kamu gücü”, devletin emretme, tek yanlı iradesini ilgililere kabul ettirme ve gerektiğinde zor kullanarak yerine getirme hak ve yeteneğidir.¹⁰ Bu bağlamda kamu gücü, devletin egemenlik yetkisi olarak da ifade edilebilir.¹¹ Anayasa’nın 6/2. maddesine göre Türk Milleti, egemenliğini, Anayasa’nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Bu organlar ise yasama (mad. 7), yürütme (mad. 8) ve yargıdır (mad. 9). Dolayısıyla devlet adına egemenlik yetkisini kullanan devlet organları, yasama, yürütme ve yargı organlarıdır.¹² Kamu gücünden anlaşılması gereken aslında kamu gücünün uygulayıcısıdır.¹³ Dolayısıyla 6216 sayılı Kanun’da zikredilen kamu gücü kavramından, devletin egemenlik yetkisini kullanan, yani kamu gücünü kullanan¹⁴ yasama, yürütme ve yargı organlarını anlamamız gerekir. Bununla

¹⁰ Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 23

¹¹ Şirin’e göre de kamu gücü ifadesinden egemenliğin kurumsallaşmış tezahürünü anlamak, kavramın çözümlenmesi bakımından kolaylık sağlayabilecektir. Tolga Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 263

¹² Federal Alman Anayasası’nda da yer alan (mad. 90) “kamu gücü” kavramından da yasama, yürütme ve yargı organları anlaşılmaktadır. Ece Göztepe, Anayasa Şikâyeti, AÜHFD Yayınları, Ankara, 1998, s. 42

¹³ Korkmaz’a göre kamu gücü ile kastedilen, kamu gücünün taşıyıcısıdır. Ramazan Korkmaz, Medeni Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 133

¹⁴ AYM. BB. No: 2012/171, K.T.: 12/2/2013, “... Dolayısıyla belirtilen bu hak ve özgürlüklerin kamu gücünü kullanan organlar tarafından ihlâl edildiği iddiaları bireysel başvuru yoluyla ileri sürülebilir. ... (para. 15)”

birlikte, Anayasa'da bu konuda hüküm bulunmamasına rağmen, 6216 sayılı Kanun, bazı kamu gücü işlemlerine karşı bireysel başvuru yolunu kapatmıştır. Buna göre, *yasama işlemleri ile düzenleyici idarî işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz* (mad. 43/3).¹⁵

Bireysel başvurunun konusu ise Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer alan ifade ile "kamu gücü faaliyetleri"dir. Zira hak ihlâli, kamu gücünü kullanan organların faaliyetleri sonucu gerçekleşmektedir. Anayasa Mahkemesi, kamu gücü faaliyetini, 6216 sayılı Kanun'daki düzenlemeye¹⁶ uygun olarak *işlem, eylem* ve *ihmal* olarak ayırmaktadır.¹⁷

Bireysel başvuruya konu olan kamu gücü faaliyeti, işlem veya eylem olarak *icrai*¹⁸ şekilde ya da *ihmalî* şekilde gerçekleştirilebilir.¹⁹ Diğer bir ifade ile ihlâl sebepleri olan kamu gücü faaliyeti, bu gücü kullanan organların olumlu bir davranışı ile bir işlem²⁰ ya da eylem şeklinde gerçekleşebileceği gibi, olumsuz bir biçimde söz konusu organın ihmalî

¹⁵ Ancak bu hükmün Anayasa'daki düzenlemeyi daralttığı ve Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Öykü Didem Aydın, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XV, Yıl: 2011, Sayı: 4, s. 145-146

¹⁶ mad. 45/2, 46/1, 47/3

¹⁷ AYM. BB. No: 2012/171, K.T.: 12/2/2013, "Anayasa'nın 148 ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca işlem, eylem ya da ihmalî nedeniyle bireysel başvuruda bulunulan kamu gücü faaliyeti, Türkiye Cumhuriyeti Devletine ait veya O'nun adına kullanılmış olmalıdır. ... (para. 17)"

¹⁸ Buradaki "icrai" teriminden kastımız olumlu davranıştır. Aşağıda zikredilen ve idare hukukunda yer alan "işlemin icrai olması" meselesi ile karıştırılmamalıdır.

¹⁹ AYM. BB. No: 2012/171, K.T.: 12/2/2013, "Bireysel başvuru kamu gücü kullanan organların icrai ya da ihmalî bir eylemine ya da işlemine karşı yapılabilir. ... (para. 16)"

²⁰ İdare hukukunda idarenin tek taraflı tasarrufu ile hukukî bir sonuç doğuran, hukukî durumda değişiklik yapan icrai işlemlere idari işlem denilmektedir. İcrai nitelikleri gereğince idari işlemler, bir hakkın doğumuna, el değiştirmesine ya da sonlandırılmasına neden olurlar. İdare bu sonucu mevzuattan kaynaklanan bir yetkiye dayanarak gerçekleştirir. Mutafa Selman Çelik, "Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Bu Kapsamda Önemli Zarar Kriteri", Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti), Ed.: Sevtap Yokuş, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 164. Bireyler için bağlayıcı ve emredici kamu gücü işlemleri şikâyetin konusu olabilir. Bağlayıcı olmayan genel direktifler, kurum içi görüş bildirmeler, bilirkişi raporları, yargısal tavsiye ve görüşler davanın konusu olamaz. Göztepe, s. 44. Ayrıca bkz. Cemil Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IX, Sayı: 1-2, 2005, s. 253 vd.

davranışı olarak da gerçekleşebilir. İhmalî yani olumsuz davranış, yapması gerekeni yapmama, bir eylem ya da işlemi gerçekleştirilme²¹ ya da yerine getirmekten kaçınma biçiminde olabilir.²² Kamu gücünün ihmalî bir işlemine karşı bireysel başvuruya gidilebilmesi için, eylemde bulunmaya ilişkin bir yükümlülük bulunmalıdır.²³ Yükümlülük mevzuattan ya da bir yargı kararının yerine getirilmesi gerekliliğinden kaynaklanabilir.²⁴ Bu durum, idare hukuku alanında özellikle hizmet kusuru durumunda karşımıza çıkar. İdarenin bağlı yetki ile kamu hizmeti verme yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda, idare yapmakla yükümlü olduğu hizmeti hiç yerine getirmezse, gereği gibi yerine getirmezse ya da geç yerine getirirse ihmalî bir davranışla hak ihlâline yol açabilir.

Bireysel başvuru yoluna gidebilmek için, ihlâl yol açan kamu gücü faaliyetinin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içinde gerçekleştirilmiş olması zorunlu değildir. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yetki alanına girdiği sürece, kamu gücünün Türkiye'nin sınırları dışında da uygulandığı durumlarda bireysel başvuru yoluna gidilebilir. 6216 sayılı Kanun'da Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kamu gücü faaliyetlerinin bireysel başvuruya konu olabilmesi için kamu hukuku nitelikli olmaları gerekir. Bireylerle eşit hukukî statülerde girdiği özel hukuk ilişkilerinde, kamu organlarının işlem ve eylemleri, kural olarak, bireysel başvuruya konu olamaz. Çünkü bu tür ilişkilerde zorlayıcılık ve bağlayıcılık unsurları bulunmamaktadır.²⁵ Zira kamu gücü taşıyıcılarının kamu kurumu olmakla, bu gücü kullanmadan, vatandaşla eşit statüye sahip olarak yaptığı işlemler de bulunmaktadır. Bu gibi kamu gücü kullanılmaksızın yapılan işlemlerde, her ne kadar kamu gücünün taşıyıcısı işleme taraf olsa da, sadece o hakkın ihlâli iddiası ile bireysel başvuruda bulunulamaz.²⁶

²¹ Göztepe, s. 42

²² İhmal yoluyla gerçekleştirilen hak ihlallerini belirlemek, icrai davranışlar yoluyla hak ihlallerinin belirlenmesine göre daha zor olabilir.

²³ Göztepe, s. 45

²⁴ Uluslararası hukuk açısından da, devletin, ihmalî bir davranıştan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu konuda uluslararası bir yükümlülüğünün bulunması gerekir.

²⁵ Göztepe, s. 44

²⁶ Örneğin belediyeden özel hukuk hükümlerine göre kiralanen taşınmazın, sözleş-

Bireysel başvuruya konu faaliyetler, kamu gücü faaliyetleri olduğu için, Anayasa Mahkemesi, özel hukuk kişi veya kuruluşlarının kendi ad ve hesaplarına gerçekleştirdikleri eylemler sırasında ortaya çıkan ihlâller konusundaki başvuruları inceleyemez.²⁷ Zira bu kişilerin davranışları devlete atfedilemez. Devlete atfedilebilecek faaliyetler, devlet organlarının ya da görevlilerinin faaliyetleridir. Ancak özel kişi ve kuruluşların hukuka aykırı faaliyetlerinin önlenmesi konusunda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti gerekli dikkat ve özeni göstermemişse, yani Türkiye Cumhuriyeti Devletine bu konuda bir kusur isnat edilebiliyorsa, kamu gücünün ihmali davranışı sebebiyle bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir. Burada Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilebilecek faaliyet, özel kişinin eylemi değil, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ihmaliidir.

2- İhlâl Yola Açan Kamu Gücü Faaliyetinin Türkiye Cumhuriyeti Devletine Atfedilebilmesi

Bireysel başvuru yoluna gidebilmek için hak ve özgürlüklerin ihlâl yola açan işlem, eylem ya da ihmali yani kamu gücü faaliyetinin, Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilebilmesi (yüklenilmesi, bağlanabilmesi) diğer bir ifade ile Türkiye Cumhuriyeti Devletine ait olması gerekmektedir. İhlâl yola açan faaliyet ile devlet arasında bir ilişkinin kurulabilmesi gerekir. Kamu gücü faaliyetinin Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilebilmesi için söz konusu faaliyet, ya i) Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirilmeli ya da ii) Türkiye Cumhuriyeti Devleti adına gerçekleştirilmelidir.²⁸

Yabancı devletlerin,²⁹ uluslararası ya da uluslararası örgütlerin

mede belirtilen niteliklerde olmaması, sözleşme hükümlerine aykırı ifade bulunulması ve zararın oluşması. Korkmaz, s. 133

²⁷ Kural olarak Anayasa Mahkemesi'nin özel kişi veya kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen ihlâllere ilişkin olarak yapılan başvuruları inceleme yetkisi bulunmamasıyla birlikte, bunların faaliyetleri nedeniyle belirli şartlar altında bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkün olabilir. Bu konu aşağıda ele alınacaktır.

²⁸ AYM. BB. No: 2012/171, K.T.: 12/2/2013, "Anayasa'nın 148 ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle bireysel başvuruda bulunulan kamu gücü faaliyeti, Türkiye Cumhuriyeti Devletine ait veya O'nun adına kullanılmış olmalıdır. ... (para. 17)"

²⁹ Yabancı bir devletin kamu gücü niteliğindeki müdahaleleri veya yabancı devlet

hak ihlallerine karşı bireysel başvuruda bulunulamayacaktır.³⁰ Zira Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilemeyen temel hak ve özgürlük ihlallerine ilişkin başvurular, Anayasa Mahkemesi tarafından “Anayasa Mahkemesinin yetkisizliği” nedeniyle “kabul edilemez” bulunmaktadır.³¹

Anayasa ve 6216 sayılı Kanun’da, ihlâl yol açan kamu gücünün, Türkiye Cumhuriyeti Devletine ait olduğu ifade edilmemekle birlikte, söz konusu kamu gücünün Türkiye Cumhuriyeti Devletine ait olması gerektiği açıktır. Dolayısıyla diğer devletlerin ya da uluslararası hukukun diğer kişileri olan uluslararası örgütlerin,³² Türkiye Cumhuriyeti Devleti ülkesinde dahi olsa, yetkilerini kullanmalarından kaynaklanan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilemeyecek ihlaller açısından bireysel başvuru yoluna gitmek mümkün değildir. Örneğin

yasa ve idarî işlemleri, bireysel başvuruya konu olamaz. Şirin, s. 264. AYM. BB. No: 2012/171, K.T.: 12/2/2013, “Başvurucunun ihlâl iddiasının Fransa Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirildiği belirtilen emeklilik maaşında kesinti yapılması işlemine dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Fransa Cumhuriyeti Devletinin işlemine dayalı ihlâl iddiası Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilemez. Başvurucunun ihlâl iddiasının Fransa Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirildiği belirtilen emeklilik maaşında kesinti yapılması işlemine dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Fransa Cumhuriyeti Devletinin işlemine dayalı ihlâl iddiası Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilemez. (para. 18)”

³⁰ Aydın, s. 136. AYM. BB. No: 2012/171, K.T.: 12/2/2013, “Anayasa’nın 148 ve 6216 sayılı Kanun’un 45. maddesi uyarınca işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle bireysel başvuruda bulunulan kamu gücü faaliyeti, Türkiye Cumhuriyeti Devletine ait veya O’nun adına kullanılmış olmalıdır. Bu anlamda, ancak Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kamu gücü kullanan organlarına atfedilebilir şekilde gerçekleşmiş temel hak ve özgürlük ihlalleri bireysel başvuru konusu olabilir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin, yabancı devletlerin ya da uluslararası veya uluslararası örgütlerin işlemleri aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleme yetkisi bulunmamaktadır. (para. 17)”

³¹ AYM. BB. No: 2012/171, K.T.: 12/2/2013, “Açıklanan nedenlerle, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirilen bir işlem, eylem ya da ihmali iddiası bulunmadığı anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin “Anayasa Mahkemesinin yetkisizliği” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir. (para. 19)”

³² Uluslararası hukuk kişileri olan uluslararası örgütlerin de uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı uluslararası sorumlulukları bulunmaktadır. Uluslararası örgütlerin uluslararası sorumlulukları konusunda bkz. Süleyman Sırrı Terzioğlu/Bahadır Bumin Özarslan, Uluslararası Örgütler Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 197 vd.; Selman Ögüt, BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun 2011 Yılında Yayınladığı Taslak Maddeler Çerçevesinde Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014

bir uluslararası örgüt olan NATO'nun, gerek personeline karşı, gerek üçüncü kişilere karşı, Türkiye'deki faaliyetlerinden kaynaklanan bir hak ihlâlinin gerçekleşmesi durumunda, NATO'nun faaliyetinin Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilmesi mümkün olamayacağı için, bireysel başvuru yoluna gidilemeyecektir. Ancak NATO tarafından gerçekleştirilen bu hak ihlâlinin ortaya çıkmasını engelleme konusunda, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir ihmali söz konusu ise bu ihmal dolayısıyla bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir.

Yine başka bir örnek verilecek olursa, yabancı devletlerin Türkiye'de Türk vatandaşlarını fahri konsolos olarak atamaları mümkündür.³³ Bu durumda, her ne kadar bu kişiler Türk vatandaşı olsalar da, konsolosluk faaliyetlerini yabancı devletler adına gerçekleştirmektedirler. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin ihlâline yol açmaları durumunda, bu eylemlerinden dolayı Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilebilecek bir faaliyet söz konusu olamaz.

Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de, Sözleşme ve protokollerde tanınan hakların ihlâlinin taraf devletlere atfedilmesine 34. maddede³⁴ üstü kapalı olarak işaret etmektedir. AİHM'nin içtihatlarına göre de, taraf devletler, ülkesinde bulunan bir yabancı gücün, ya da uluslararası bir örgütün yaptığı eylem ve işlemlerden sorumlu değildirler. Mahkemeye göre devletin sorumluluğu egemenliği ile sınırlıdır. Devletten egemenliğin ötesinde bir sorumluluk beklenemez.³⁵

Yukarıda da ifade edildiği gibi, hak ve özgürlüklerin ihlâline yol açan kamu gücü eyleminden dolayı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin sorumlu tutulabilmesi için, eylem, ya Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirilmeli ya da Türkiye Cumhuriyeti Devleti adına gerçekleştirilmelidir. Aşağıda bu iki ihtimal sırayla incelenecektir.

³³ Fahri konsoloslar konusunda bkz. Rona Aybay, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, s. 293 vd.

³⁴ "Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeciler Tarafından biri tarafından ihlâl edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeciler Tarafından bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler."

³⁵ A. Feyyaz Gölcüklü/A. Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996, s. 63

a) İhlâle Yol Açan Faaliyetin Doğrudan Türkiye Cumhuriyeti Devleti Tarafından Gerçekleştirilmesi

Hak ve özgürlüklerin ihlâlâline yol açan kamu gücü faaliyetinin Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirilmesinden anlaşılmaması gereken, faaliyetin doğrudan *devlet organları* ya da *devlet görevlileri* tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır. Devlet soyut bir varlık olduğu için, faaliyetlerini organları ya da görevlileri aracılığıyla gerçekleştirir. Bu yüzden hangi faaliyetlerin devlet faaliyeti kabul edileceğinin, hangi organ ya da kişilerin eylemlerinin devlete atfedileceğinin tespit edilmesi, bireysel başvuru açısından önem arz eder.

i) Devlet Organlarının Faaliyetleri

Devletin organları yasama, yürütme ve yargıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre de "... Kamu gücünü" kullanan organlar () başta devlet tüzel kişiliği içinde yer alan yasama, yürütme ve yargı organları ve bu organlara tâbi olan merciler ile yerinden yönetim kuruluşlarıdır.³⁶ Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği gibi yasama işlemleri ile düzenleyici idarî işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz (mad. 43/3). Dolayısıyla yasama organının işlemlerine, yargı organının ve yürütme organının bazı işlemlerine karşı bireysel başvuru yoluna gidilemez.³⁷

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı da göz önünde bulun-

³⁶ AYM. BB. No: 2012/171, K.T.: 12/2/2013, para. 15. Aynı yönde bkz. Göztepe, s. 42. İspanya hukukunda kamu güçlerinden anlaşılması gereken, devletin, özerk toplulukların kamu güçleri ve kamu yönetimi içinde yer alan teritoryal, korporatif ya da kurumsal nitelikteki diğer kamu birimleridir. Ayrıca bunların memurları ve diğer görevlileri de kamu gücü kavramı içindedir. Yine belediyeler, meslek odaları, sosyal güvenlik kurumlarının yönetim organları, kamu şirketlerinin yönetim organları, kamu kurumu niteliğini haiz İspanyol Radyo Televizyon Kurumu, kamu hizmeti gören imtiyazlı şirketler de bunlar içinde yer alır. Selin Esen Arnwine, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *AÜHFD*, Yıl: 2003, Cilt: 52, Sayı: 4, s. 254

³⁷ Ancak yasama ve yargı organının bazı faaliyetleri, işlevsel anlamda yürütme faaliyetleridir. Yasama ve yargı faaliyetleri dışında kalan bu tür faaliyetler dolayısıyla bireysel başvuru yoluna gidilmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Özellikle savcılık işlemleri açısından yapılan tartışmalarla ilgili olarak bkz. Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay, "Alman Hukuku Karşılaştırmalı Olarak Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları", Haşim Kılıç'a Armağan, Cilt II, 2015, s. 1246 vd.

durulduğunda, yerel yönetim kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüslerinin temel hak ve özgürlüklerin ihlâlüne yol açan faaliyetleri nedeniyle bireysel başvuru yoluna gidilebilir.³⁸ AİHM içtihatlarına göre de, hiçbir devlet organı AİHS ile bağdaşmayan bir işlem ya da eylemde bulunamaz. Gerek yerel, gerek merkezi yönetimin, gerek hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının, gerekse kamu iktisadî teşekküllerinin AİHS ile bağdaşmayan işlemlerinden devlet sorumludur. Bu tür kuruluşların işlemlerinden dolayı AİHM'ne yapılacak başvurular devlete karşı yapılır. Yasama ve yargı organlarının işlemlerinden de sorumluluk yine devlete aittir.³⁹

Hak ve özgürlüklerin ihlâlüne yol açan kamu gücü faaliyetinin doğrudan Türkiye Cumhuriyeti Devleti organları tarafından gerçekleştirilmiş kabul edilebilmesi için *ilk olarak* ihlâli gerçekleştiren birimin Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile organik bir ilişki içinde bulunması, devlet örgütlenmesi içerisinde yer alması, diğer bir ifade ile Türkiye Cumhuriyeti hukukuna göre teşkil edilmesi gerekir.⁴⁰ Zira hangi faaliyetlerin devlete atfedilerek sorumluluğunun doğacağını belirlenmesi için devletin ve idarenin tanımlanması gerekmektedir.

İkinci olarak, ayrıca söz konusu birimin, temel hak ve özgürlüklerin ihlâlüne yol açan eylemi gerçekleştirdiği sırada kamu gücü ile hareket ediyor olması gerekir. Söz konusu birimin faaliyetinden dolayı bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için bu birimin Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile organik ilişki içinde bulunması yeterli değildir. Bir

³⁸ Uluslararası hukuk açısından da devletin sorumluluğunun ortaya çıkması açısından yasama, yürütme ya da yargı organlarının faaliyetleri açısından herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Zira Uluslararası Adalet Divanı tarafından bir uluslararası teamül kuralı niteliğinde olduğu belirtilen Taslak Maddelerin 4/1. maddesine göre, herhangi bir devlet organının tasarrufu, ister organ yasama, yürütme, yargı ya da başka işlevleri ifa etsin, ister devlet yapısında hangi konuma sahip olsun ve isterse merkezi hükümet organı ya da devletin yerel birimi olsun, uluslararası hukuka göre o devletin eylemi olarak kabul edilecektir. Divan'ın danışma görüşü için bkz. Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, ICJ Reports 1999, s. 87, para. 62

³⁹ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 63

⁴⁰ Taslak Maddelere göre, organ, devletin iç hukukuna göre bu statüye sahip olan her kişi veya birimi kapsamaktadır (mad. 4/2). Uluslararası hukuk, devletin yapısı, organları ve bu organların iç hukuktaki işlevleri ile ilgilenmez. Bunları belirleme konusunda devletler münhasır yetki sahibidirler.

kuruluşun devlet örgütlenmesi içinde yer almasının yanında, ihlâlâ yol açan faaliyet konusunda kamu gücünü kullanıyor olması da gerekir. Zira zaman zaman kanun koyucu, kamu hukuku tüzel kişisini özel hukuk hükümlerine tâbi tutmaktadır. İster özel hukuka tâbi olsun isterse kamu hukukuna tâbi olsun, burada bireysel başvuru açısından önemli olan, kuruluşun eylemi gerçekleştirdiği sırada kamu gücü yetkisini kullanıp kullanmadığıdır. Örneğin kamu iktisadî teşebbüslerinin hak ihlâlâine yol açan faaliyetleri dolayısıyla bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için, bunların faaliyetlerini gerçekleştirdikleri sırada kamu yetkisini kullanmaları gerekir. Dolayısıyla devlet örgütlenmesi içinde yer alan birimin hukuka aykırı faaliyetleri dolayısıyla bireysel başvuru yoluna gidebilmesi için bu birimin aynı zamanda faaliyeti gerçekleştirdiği sırada kamu gücünü kullanıyor olması gerekir.

İdare hukukunda idarenin ve görevlilerinin hukuka aykırı eylemlerinden doğan sorumluluk, *hizmet kusuru* ve *kişisel kusur* çerçevesinde değerlendirilmektedir. “Hizmet kusuru, şahsa bağlı olmayan, hizmeti yerine getiren kamu görevlisine atıf ve izafe edilemeyen ya da edilmesi gerekmeyen, tamamen kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde, işleyişinde ve teşkilatlanmasında karşımıza çıkan *somut, anonim ve objektif bir kusurdur*. Yani hem yerine getirilen kamu hizmeti sebebiyle hem de hizmeti yerine getirilen teşkilât ve personel sebebiyle ortaya çıkan kısacası doğrudan *idareye ait bir kusurdur*.”⁴¹ Hizmet kusuru, hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde, yürütülmesinde, teşkilatlanmasında, personelinde veya denetiminde ortaya çıkan düzensizlik, bozukluk, aksaklık, eksiklik veya hizmete tahsis olunan teçhizatın yetersiz, elverişsiz, kötü olması gibi kamu hizmetinin yapısından, işleyişinden ya da vasıtalarından kaynaklanan objektif nitelikte bir kusurdur.⁴² Bu yüzden doğrudan doğruya aslî bir sorumluluk olup, kişisel olarak kamu görevlilerine bağlanamaz. Kin, garez, husumet gibi insanî dürtülerle işlenen ya da ihmal, dikkatsizlik, tedbirsizlik gibi beşerî zaafılarla ortaya çıkan sübjektif mahiyette bir kusur değildir.⁴³

⁴¹ Bahtiyar Akyılmaz, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, *İÜHFM*, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, Yıl: 2011, s. 74

⁴² Örneğin idarece gerekli güvenlik önlemlerinin alınmaması sonucu kişilerin zarar görmesiyle hak ihlâlâine yol açılması.

⁴³ Akyılmaz, s. 75. Zira aşağıda ifade edileceği gibi, bu tür sübjektif mahiyetteki kusurlar, daha çok kişisel kusur çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Hizmet kusuru, idareye ait bir kusur olması dolayısıyla devlet görevlilerinden bağımsız olarak doğrudan kamu gücüne atfedilebilecek bir kusurdur. Hizmet kusurunun varlığı durumunda, hak ihlâline yol açan faaliyetin kamu gücüne atfedilebilmesinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Kişisel kusur ise aşağıda görüleceği gibi, özünde, devlet görevlilerinin kusurları sebebiyle kamu gücüne atfedilebilecek kusurlardır.

“İdarenin bazı durumlarda, hukuka uygun eylem ve işlemlerinden doğan zararları tazmin etmesi yükümlülüğü”⁴⁴ olarak tanımlanan *kusursuz sorumluluk* durumunda ise kanımızca her olayı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Örneğin şüpheli bir otomobili durdurmak amacıyla polisin otomobile ateş açması sonucu kahvehanenin önünde oturan kişinin ölümünde idarenin kusursuz sorumluluğu söz konusudur. Polisin eyleminin devlete atfedilebilmesi konusunda bir tereddüt bulunmadığı için bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir. Ancak Fransız Danıştay'ının *Cames Kararında* olduğu gibi her zaman idareye atfedilebilecek bir kusur bulunmayabilir. Olayda fabrikada işçi olarak çalışan Bay Cames, makineli bir çekiçle bir demir parçasını döverken demirden kopan parça sol eline isabet ederek, sol elini kullanılamaz hâle getirmiştir. Fransız Danıştay, idareye atfedilebilir bir kusur olmadığını tespit etmesine rağmen, idareyi Bay Cames'e tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Kanımızca bu gibi durumlarda idareye atfedilebilecek bir faaliyet bulunmadığı için görülen zarardan dolayı bireysel başvuru yoluna gitmek mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte idarenin kusursuz sorumluluktan kaynaklanan tazmin yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda bireysel başvuru yoluna gidilebilir.

ii) Devlet Görevlilerinin Faaliyetleri

Eylemlerini devlet organlarının faaliyetleri kapsamında gerçekleştirmeleri sebebiyle, devlet görevlilerinin eylemleri de devlet organlarının eylemleri olarak kabul edilmelidir.⁴⁵ Bu durumda bireysel başvuru yoluna gidebilmek için devlet adına eylemde bulunabilecek

⁴⁴ Tanım ve örnekler için bkz. Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2014, s. 760 vd.

⁴⁵ Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007, s. 63

kişilerin kimler olduğunun, diğer bir ifade ile kimlerin kamu görevlisi sayılacağına Türk hukukuna göre belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla Türk hukukuna göre kamu görevlisi sayılan bir kişinin kamu adına hareket ederken gerçekleştirdiği faaliyet, bir hak ihlâline yol açıyorsa bu durumda o kişinin davranışı, devlet organının eylemi kabul edilecek ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.⁴⁶

Türk idare hukuku öğretisinde kamu görevlileri, *geniş anlamda kamu görevlisi* ve *dar anlamda kamu görevlisi* olarak iki ayrı şekilde tanımlanmaktadır.⁴⁷ Geniş anlamda kamu görevlileri, kamu kesiminde görev yapan, hukukî durumları birbirinden farklı olan tüm görevlileri içine alır. Bu tanımın içine kamu kesiminde çalışan herkes girer. Dar anlamda kamu görevlileri ise Anayasa'nın 128. maddesinde belirtildiği gibi, kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yürüten kişileri, yani devlet memurlarını ile diğer kamu görevlilerini kapsar.⁴⁸

Kanımızca bireysel başvuru açısından kamu görevlisi kavramının dar ya da geniş anlamda anlaşılması önemli değildir. Önemli olan dar ya da geniş anlamda kamu görevlisi kavramı tartışmasına girmeksizin, bireysel başvuru açısından bireylerin eylemlerinin hangi durumlarda devlete atfedilebileceği sorunu konusundaki ölçütleri ortaya koymaktır. Bu ölçütleri belirlerken, bireysel başvuru yolunu en-

⁴⁶ Ancak devletin iç hukukunun, faaliyeti gerçekleştiren kişiyi devlet görevlisi olarak tanımlamaması, devletin sorumluluğunun doğması yönünde mutlak bir şart olarak kabul edilemez. Zira aşağıda görüleceği gibi, özel bir kişinin faaliyeti, başka şartların varlığı durumunda devletin sorumluluğunu doğurabilir. Uzun, s. 64

⁴⁷ Bu ikili sınıflandırma dışında, en geniş anlamda kamu görevlisi ve en dar anlamda kamu görevlisi kavramları eklenerek dördümlü bir sınıflandırma da yapılmaktadır. Gözler/Kaplan, s. 614 vd.

⁴⁸ Bu konuda bkz. Hayrettin Eren, "1982 Anayasası ve Kamu Görevlileri Kavramı", A.Ü. Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: 1, s. 55 vd.; Cihan Kanlıgöz, "1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı", AÜFHFD, Cilt: 43, Sayı: 3-4, 1993, s.169 vd.; Muharrem Özen/Önder Tozman, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", Anıme İdaresi Dergisi, Cilt: 42, Sayı: 4, Aralık 2009, s. 25 vd.; Burcu Demren Dönmez, "Türk Ceza Kanununda 'Kamu Görevlisi' Kavramı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 94, Yıl: 24, 2011, s. 95 vd. İdare hukukunda kamu görevlisi kavramı dar anlamda kullanılmaktadır. Gözler/Kaplan, s. 615

gellememesi bakımından kamu görevlisi kavramını *geniş yorumlamak* gerekir. Kamu görevlisi kavramının geniş yorumlanmasından kastettiğimiz, geniş anlamda kamu görevlisi kavramı değildir. Bireysel başvuru açısından asıl önemli olan, kişinin eyleminin devlete atfedilip atfedilemeyeceği sorunu olduğu için, bireysel başvuru yolunu kapatmamak adına, kural olarak gerekli ölçütleri sağlayan her bireyin, bireysel başvuru anlamında kamu görevlisi sayılması gerekir. Zira idare hukukundaki kamu görevlisi kavramından farklı olarak, bireysel başvuru açısından kamu gücünü temsil eden devlet görevlisi kavramı için gerekli ölçütleri belirlemek gerekir.

Bu ölçütler için genel bir saptama yapacak olursak, kanımızca bir kişinin kamu görevlisi kabul edilip eylemlerinin devlete atfedilebilmesi ve bireysel başvuruya gidilebilmesi için, hak ihlâlini gerçekleştiren kişinin, ihlâli gerçekleştirdiği sırada i) devlet ile organik ilişki içinde olması,⁴⁹ devlet örgütlenmesi içerisinde yer alması, diğer bir ifade ile kamuda bir örgüte bağlı olarak görev yapması⁵⁰ ve ii) temel hak ve özgürlüklerin ihlâline yol açan eylemin kamu görevi sırasında veya kamu görevi dolayısıyla yapılmış olması gerekir.

Bireysel başvuru yoluna gidebilmek için, ihlâli gerçekleştiren görevlilerin statüleri (örneğin daimî, sözleşmeli, memur, işçi vb.) ve niteliklerinin önemi yoktur. Hangi düzeyde olursa olsun ya da ister sivil, ister kolluk isterse askerî görevliler olsun, görevlilerin kamu gücünü kullanırken gerçekleştirdikleri hukuka eylemleri dolayısıyla bireysel başvuru yoluna gidilebilir. Örneğin devlet adına kamu gücünü kullandıkları sürece, sözleşmeli personel gibi devletle akdî bir ilişki içinde olan görevlilerin ya da taşeron şirket işçilerinin eylemlerinden doğan hak ihlâlleri dolayısıyla bireysel başvuru yoluna gidilebilmelidir. Bunların eylemlerinin olayın özelliğine göre devlete atfedilebilmesi mümkündür.

⁴⁹ Organik ilişki içinde olmasından kastımız kadro ilişkisi değildir. Örneğin bir jandarma erinin eylemi de devlete atfedilebilir.

⁵⁰ İster dar anlamda, ister geniş anlamda olsun, bir kişinin kamu görevlisi olabilmesi için, kamu kesimindeki bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekir. A. Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 159. Serim'e göre kamu gücü kullanarak çalışanlar ile bu gücün kullanılmasında katkıda bulunanlar ya da kamu gücü kullananlar ile işbirliği içinde olanlar kamu görevlisi sayılmalıdır. Bülent Serim, Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut, Öteki Yayınevi, Ankara, 1995, s. 10

Yukarıda da ifade edildiği gibi idare hukukunda idarenin hukuka aykırı eylemlerinden doğan bir diğer sorumluluk, *kişisel kusur*dan kaynaklanmaktadır. “Kamu görevlisinin, kamu hizmetinin yürütülmesinde yetkilerini kullanırken, görevini yerine getirirken; görevle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi; resmî sıfatını, hizmet araç-gereçlerini kullanarak, hizmet dışı bir faaliyette bulunması; kin, nefret, husumet gibi duygularla ya da siyasî saiklerle hareket ederek hizmetten yararlananlara zarar vermesi “*kişisel kusur*”dur.”⁵¹ Anayasa Mahkemesi’ne göre de “Kamu görevlilerinin açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerden ibaret olduğu Yargıtay ve Danıştay içtihat ve uygulamalarında kabul edilmektedir. Bu uygulamaya göre kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar⁵² yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır.”⁵³ Örneğin ceza soruşturmasında yasak sorgu yöntemleri ile sorgu yapmak, Türk Ceza Kanunu kapsamında suç oluşturduğu gibi aynı zamanda kişisel kusurdur.

Kişisel kusur durumunda idare, kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu üstlenmemekte; kamu görevlisinin kusurlu davranışı dolayısıyla sorumlu olmamaktadır. Zira kamu görevlisinin kişisel kusuru doğrudan idarenin kusurudur. İdare kendi kusuru nedeniyle aslen sorumludur.⁵⁴ Görüldüğü gibi kişisel kusur, özünde devlet görevlilerinin kusurları sebebiyle kamu gücüne atfedilebilecek kusurlardır. Kişisel kusurun varlığı durumunda da, hak ihlâline yol açan faaliyetin, kamu gücüne atfedilebilmesinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Kişisel kusur, aynı zamanda *yetki aşımı* (*ultra vires*) ile de ilgilidir. Devlet adına hareket eden organ ya da görevlilerin yetkilerinin sınırlarını aşması ve hak ihlâline yol açmaları durumunda, yine bi-

⁵¹ Akyılmaz, s. 70

⁵² Yetki aşımı durumu aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

⁵³ AYM. E.: 1974/42 ve K.: 1975/62, K.T.: 25.3.1975. R.G. 03.06.1975 tarih ve 15254 sayı

⁵⁴ Akyılmaz, s. 74

reysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür.⁵⁵ Kamu görevlisi, yetki aşımında bulunsun, hatta hukuk kurallarına açıkça aykırı hareket etse bile⁵⁶ görevi ile ilgili hareket ettiği sürece, bu eylemi, devletin faaliyeti olarak kabul edilmelidir.

Yetki aşımı durumunda, kamu görevlisinin eyleminin devlete atfedilebilmesi konusunda bir belirsizlik söz konusu değildir. Yetki aşımı ile ilgili olarak asıl sorun, kamu görevlisinin resmî bir görevi yerine getiriyor görüntüsü vererek kamu gücünü kullanıyor gibi eylemde bulunması durumudur.⁵⁷ Bu konuda kabul edilen ölçütler, görünürdeki yetkinin aşımı ve devlet görevlisi olmanın sağladığı kamusal araç ve yetkilerin kullanımınıdır. Örneğin *Caire Davasında*⁵⁸ Meksika askerlerinin tamamen görevleri dışında ve iç hukuk açısından meşru kabul edilmeyen eylemleri nedeniyle Meksika'nın sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Bu konuda getirilen ölçüt, Meksika askerlerinin devlet görevlisi görüntüsünde olmaları ve bu konumları nedeniyle emirlerine verilen araçları kullanmalarınıdır.⁵⁹ Bu durum, kanımızca, idare hukukundaki kişisel kusurun varlığı için kamu görevlisinin resmî sıfatını, hizmet araç-gereçlerini kullanarak, hizmet dışı bir faaliyette bulunması durumu ile de örtüşmektedir.

Doğrudan ya da dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi bulunmayan eylem ve işlemler ise kişisel kusur kategorisinde yer almazlar. Resmî sıfatından tamamen ayrılan, bu resmî sıfatının en ufak bir rol oynamadığı ve dolayısıyla görevinden, yetkisinden, hizmet araç ve gereçlerinden yararlanmadığı bir ortamda hukuka aykırı,

⁵⁵ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2013, s.180. Uluslararası hukukta da devlet görevlilerinin yetkilerini aşarak gerçekleştirdikleri eylemlerin de devlete atfedildiği görülmektedir. Taslak Maddelere göre, kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkilendirilmiş bir devlet organının, kişinin ya da birimin tasarrufu, yetkisini aşıya ya da talimatları çiğneme bile, organ, kişi ya da birim bu nitelikte hareket ediyorsa, uluslararası hukuka göre devletin eylemi olarak sayılacaktır (mad. 7).

⁵⁶ Örneğin bir kolluk görevlisi, hata ile ya da kasıtlı olarak bir yabancıyı haksız yere öldürmüş ya da hapsedmişse, kolluk görevlisinin görevini ifa eder görüntüsünde ve kamusal yetkiyi kullanarak bu eylemi gerçekleştirmesi, devlet eylemi olarak kabul edilecektir. Uzun, s. 72

⁵⁷ Uzun, s. 71

⁵⁸ Olayda iki Meksikalı asker, bir Fransız vatandaşından zorla para almak istemiş, ancak talepleri reddedilmiştir. Bunun üzerine Fransız vatandaşını kışlarına götürüp öldürmüşlerdir.

⁵⁹ Uzun, s. 73

kusurlu bir davranışından doğan zarardan o kamu görevlisi Borçlar Kanunu hükümlerine göre şahsen sorumludur.⁶⁰ Diğer bir ifade ile kamu görevlisinin görevi dışında kişisel sebeplerle gerçekleştirdiği, resmî sıfatıyla ilgisi olmayan faaliyetleri, kamu gücüne atfedilemez ve bireysel başvuruya konu olamaz. Bu tür hukuka aykırı faaliyetler, haksız fiil kapsamında ve Borçlar Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir.⁶¹ Anayasa Mahkemesi'ne göre de "... uzaktan veya yakından, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi olmayan eylem ve işlemler, o personelin bireysel hareket ve tasarruflarından ibaret olur ki, her vatandaş gibi bunların sonuçlarından da kendilerinin sorumluluğu tutulması doğaldır. Bundan dolayı bu tür eylemler kişisel kusur kategorisinde yer almazlar. O hâlde kamu görevlisinin kişisel eylem ve kusuru da hizmet ve görevle ikili ve ilişkili olarak ortaya çıkar. ..." ⁶²

b) İhlâlê Yol Açan Eylemin Türkiye Cumhuriyeti Devleti Adına Gerçekleştirilmesi

Bireysel başvuru yoluna gidebilmek için, ihlâlê yol açan eylemin failinin, organik anlamda devlet örgütlenmesi içindeki bir birim olması zorunlu değildir. Ancak eylemin mutlaka devlete atfedilebilmesi gerekir. Bu ihtimal, genellikle devlet örgütlenmesi içinde yer almayan, diğer bir ifade ile devlet organı ya da görevlisi olmayan birim ve kişilerin, devletin verdiği yetkiye dayanarak kamu gücünü kullanmaları sırasında ortaya çıkar. Bu durumda kamusal faaliyetlerin özel kişilere devredilmesi söz konusudur. Kural olarak devlet örgütlenmesiyle hiçbir ilişkisi olmayan özel kişilerin eylemleri dolayısıyla bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkün değildir. Bunların eylemlerinden dolayı bireysel başvuru yoluna gidilmesi için, bu eylemlerin devlete atfedilebilmesi, devlet ile bir bağ kurulması gerekir. Özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilebilmesi, bunların devlet adına işlem ya da eylemde bulunmaları yoluyla mümkündür.⁶³

⁶⁰ Akyılmaz, s. 69. Bu tür kusurlar, saf kişisel kusur olarak da adlandırılmaktadır. Gözler/Kaplan, s. 754

⁶¹ Uygulamada kamu görevlisinin görevi ile ilgili olarak mı, yoksa kişisel sebeplerle mi hareket ettiğinin belirlenmesi güçlük arz edebilir. Yukarıda da ifade edildiği gibi kamu görevlisinin resmî bir görevi yerine getiriyor görüntüsü vererek eylemde bulunması durumunda eyleminin devlete atfedilebilmesi mümkündür.

⁶² AYM. E.: 1974/42 ve K.: 1975/62, K.T.: 25.3.1975. R.G. 03.06.1975 tarih ve 15254 sayı

⁶³ Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap, 4. Bası, Turhan Kitabevi,

Bu durumun idare hukukunda *fiilî memur teorisine* karşılık geldiği söylenebilir. Bir kişi anayasa ve kanundan yetki almadıkça kamusal yetki kullanamaz. Ancak bazı durumlarda aslında yetkisiz olan bir kişinin yaptığı bir işlem geçerli olarak kabul edilmektedir. Fiilî memur teorisi, *görünüş teorisi* (*görünüşte memur*) ve *zaruret hâli teorisi* (*zarurî memur*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Örneğin bir memurun görevden alınmasından sonra yaptığı işlemler, iyi niyetli üçüncü kişilerin zarar görmemesi için yetkisizlik nedeniyle sakat kabul edilmeyecektir. Bu durumda *görünüşte memur*un yaptığı işlem geçerli olarak kabul edilmektedir. Yine bazı olağanüstü durumlarda bazı işlem ve eylemlerin de zaruret nedeniyle yetkisiz kişiler tarafından yapılabileceği ve bu kişilerin *fiilî* (*zarurî*) *memur* oldukları kabul edilmektedir. Fransız literatüründe bunlara idarenin gönüllü işbirlikçileri denmektedir.⁶⁴ Örneğin 442 sayılı *Köy Kanunu*'nun 74. maddesine göre, köy muhtarı ve ihtiyar meclisi, mahsul zamanlarında çapulcular ve eşkıya türemiş ise yağmadan köy halkını korumak için köylünün eli silâh tutanlarından, lüzumu kadarını *gönüllü korucu* ayırarak bunların isimlerini bir kâğıda yazıp kaymakama götürür. Kaymakamın müsaadesi olursa, bu gönüllü korucular, asıl korucularla beraber yağmacılara ve eşkıyaya karşı köy ve köylüyü korurlar. Devletle organik bir ilişki içinde bulunmayan gönüllü korucuların faaliyetleri sırasında hak ihlâlinin gerçekleşmesi durumunda, bunların eylemlerinin devlete atfedilebilmesi mümkün olacaktır. Zira Köy Kanunu ile kendilerine kamu yetkileri tanınmıştır. Bu gibi durumlarda devletin öncelikli sorumluluğu, gözetim ve denetim eksikliğinden kaynaklanan bir ihmal sorumluluğu değildir. Söz konusu faaliyetler doğrudan devlete atfedilebilirdir. Dolayısıyla fiilî memurların eylemlerinin de devlete atfedilebilmesi mümkün olduğu için, bunların temel hak ve özgürlüklerin ihlâline yol açan faaliyetlerinden dolayı bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi mümkün olmalıdır.

Ankara, 2005, s. 166-167. Taslak Maddelerin 5. maddesine göre, 4. madde uyarınca devlet organı olmayan, ancak kamu gücü unsurlarını kullanma yetkisi o devletin hukuku tarafından kendilerine verilmiş kişi ya da birimlerin tasarrufları, ilgili olayda bu nitelikte davrandıkları sürece, uluslararası hukuka göre devletin eylemi olarak kabul edilir.

⁶⁴ Gözler/Kaplan, s. 307-308; A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 213-214

Yine *mükellefler* de bu çerçevede değerlendirilebilir. Mükellefler, kanunun açık hükmüne dayanarak idarenin zorla, geçici olarak ve bir görevin yerine getirilmesi için hizmete aldığı kişilerdir. Kural olarak devletten aylık almazlar. Mükellefiyete örnek olarak seferberlik dönemi, köylü için Köy Kanunu'ndan doğan zorunlu bazı yükümlülükler gösterilebilir.⁶⁵ Bu yükümlülükleri yerine getirirken, mükelleflerin de temel hak ve özgürlüklerin ihlâline yol açan faaliyetlerinden dolayı bireysel başvuru yoluna gitmek mümkündür. Zira bu faaliyetler devlet adına yapıldığı için devlete atfedilebilmesi mümkündür.

Benzer bir örnek Alman hukukunda da yer almaktadır. Alman hukukunda sadece polis memurları gizli soruşturmacı olabilir. Ancak soruşturmada gizli soruşturmacı dışında kalan *güvenilir kişi* ya da *muhbirlerin* kullanılması da mümkündür. Bu kişilerin meşruiyeti Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na (mad. 161 ve 163) dayandırılmaktadır. Alman öğretisinde bu gibi kişilerin resmî kurallara uyularak görevlendirilmiş olmaları durumunda Alman Ceza Kanunu (mad. 11/2) çerçevesinde kamu görevlisi olarak değerlendirilebilecekleri, ayrıca kamu idaresinin bilinçli bir şekilde sıradan vatandaşı bu şekilde kamusal faaliyetlere sokması durumunda, kamusal yükümlülüklerden kurtulamaması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca bu gibi kişilerin eylemlerinin kamu gücüne dayanılarak yapıldığı, işlemlerinin de bu nedenle bireysel başvuruya konu olabileceği kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁶⁶

Zaman zaman da kanun koyucu, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz kurum oluşturup kamusal yetkiler vermektedir. Burada bireysel başvuru açısından önemli olan, kuruluşun eylemi gerçekleştirirken kamu gücü yetkisini kullanıp kullanmadığı, eyleminin devlete atfedilip atfedilemeyeceğidir.

Kamuya ait şirketlerin ya da bazı durumlarda özel şirketlerin faaliyetlerinin devlete atfedilebilmesi için, esasen devlet organları tarafından yerine getirilmesi gereken faaliyetleri gerçekleştirebilmesi konusunda iç hukuk tarafından bunlara yetki verilmiş olması gerekir.

⁶⁵ Oğuz Sancakdar, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 418

⁶⁶ Uğurlubay, s. 1245

Bazı ülkelerde özel güvenlik şirketlerinin çalışanlarının cezaevlerinde gardiyanlık görevini yerine getirmeleri, özel ya da kamuya ait hava ve tren yolu şirketlerinde çalışanların kolluğa ait çeşitli görevleri yerine getirmeleri buna örnek oluşturmaktadır.⁶⁷ Bu durum, özellikle devlet altı ve yarı devlet birimler ile düzenleyici rol gibi bir kısım kamu yetkisini elinde bulundurmaya devam eden özelleştirilmiş devlet şirketlerinin faaliyetleri bakımından söz konusu olabilir. Devlet yetkisini kısmen de olsa kullanan özel şirketlerin faaliyetleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Örneğin göçmenlikle ilgili bazı yetkiler kullanan, pasaport kontrolü ve vize verilmesi gibi seyahat acentelerinin bu fiilleri, bu çerçevede değerlendirilecek ama bilet satışı, otel rezervasyonu gibi devlet yetkisi ilgili olmayan fiilleri, devlete atfedilemeyecektir. Yine bazı devlet yetkileri kendilerine verilen özel güvenlik firmalarının eylemleri de bu bağlamda değerlendirilebilir.⁶⁸

Bizim hukukumuzda da özel güvenlik hizmetleri, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile düzenlenmiştir. Özel güvenlik görevlilerine, belirli durumlarda detektörle üst arama, belirli durumlarda kimlik sorma, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesine göre yakalama, görev alanında, haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri yakalama ve arama, yangın, deprem gibi tabii afet durumlarında ve imdat istenmesi halinde görev alanındaki işyeri ve konutlara girme, belirli durumlarda eşyayı emanete alma (mad. 7), belirli durumlarda silâh bulundurma ve taşıma yetkisi (mad. 8) gibi kolluk niteliğinde olan yetkiler verilmiştir. Dolayısıyla özel güvenlik görevlilerinin kullandığı yetkiler, tipik kolluk yetkileridir ve bunlar kamu hukuku rejimine tâbidir.⁶⁹ Bu durumda özel güvenlik görevlilerinin faaliyetlerinin devlete atfedilip atfedilemeyeceği, bunların faaliyetleri sebebiyle kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlâlê uğraması durumunda, bireysel başvuru yoluna gidilip gidilemeyeceği sorunu gündeme gelebilir. 5188 sayılı Kanun ile özel hukuk tüzel kişileri ve özel güvenlik şirketlerine, istihdam ettikleri özel güvenlik

⁶⁷ Erkiner, s. 128-129

⁶⁸ Yücel Acer/İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 407-408. Bununla birlikte Alman uygulamasında özel okullar, öğrencilerine karşı gerçekleştirdikleri eylemler bakımından kamu gücü olarak kabul edilmemişlerdir. Şirin, s. 266

⁶⁹ Gözler/Kaplan, s. 590

görevlilerinin üçüncü kişilere verecekleri zararların tazmini amacıyla özel güvenlik malî sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir (mad. 21). 5188 sayılı Kanun, malî sorumluluğu özel hukuk tüzel kişileri ve özel güvenlik şirketlerine yüklemiş görünmektedir. Kanımızca malî sorumluluğun bu şirketlere yüklenmesi, özel güvenlik görevlilerinin faaliyetlerinin devlete atfedilebilmesini engellemez. Özel güvenlik görevlilerinin faaliyetlerinden dolayı hak ihlâline uğrayan kişiler, sigorta ya da yargı yoluyla tazminat elde edemezlerse, bireysel başvuru yoluna gidabilmelidirler. Zira malî sorumluluğun özel kişilere devredilmiş olması, hak ihlâline yol açan faaliyetlerin, devlete atfedilebilmesini ortadan kaldırmaz. Devlet, kamusal bazı yetkilerini devretmiştir. Bu durumda bireysel başvuru yoluna devlete atfedilebilen bir faaliyet sebebiyle gidilebilmelidir. Bireysel başvurunun konusu tazminatın ödenmemesine hükmeden devletin yargısal faaliyeti değil, özel güvenlik görevlilerinin hak ihlâline yol açan ve devlete atfedilebilen faaliyetleri olmalıdır.

Yine 5188 sayılı Kanun'a göre, İçişleri Bakanlığı ve valilikler, özel güvenlik hizmetleri kapsamında, özel güvenlik birimlerini, özel güvenlik şirketlerini ve özel güvenlik eğitimi veren kurumları denetlemeye yetkilidir (mad. 22). Özel güvenlik görevlilerinin faaliyetlerinden dolayı bir hak ihlâlinin ortaya çıkması durumunda, devlet, denetim ve gözetim görevini yerine getirmemekle yani ihmalden sorumlu tutulabilir. Ancak bu yola başvurmaya gerek olmadan, özel güvenlik görevlilerinin faaliyetlerinin doğrudan devlete atfedilmesi mümkün olabileceği için, devletin ihmalden daha önce, faaliyetin devlete atfedilebilmesi gerekçesiyle kanımızca bireysel başvuru yoluna gidilebilmelidir.

Kamu tüzel kişilerinin yanında, kamu hizmeti yürütmekle görevli kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğu gibi, belli bir kamu hizmetini yürütmekle görevli özel hukuk tüzel kişileri de bulunmaktadır. Bunların işlemlerinden de devlet sorumludur. Bunlar da devletin denetimi altındadır. AİHM'ne göre, özel okullarda uygulanan disiplin cezalarından dolayı, Sözleşmeye aykırı tutum ve davranışlardan devlet sorumludur. Devlet kendi yükümlülüğünü özel kuruluşa

devrederek sorumluluktan kurtulamaz.⁷⁰ AİHM, yasama, yürütme, yargı organlarının eylemlerinin dışında, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarının, kamu iktisadî teşebbüslerinin, kamu hizmeti gören özel hukuk tüzel kişilerinin, gerçek kişilerin eylemlerinden dolayı da taraf devletleri sorumlu tutmuştur.⁷¹

Bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için, eylemin mutlaka devletin organları ya da görevlileri tarafından işlenmesi gerekmez. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin denetimi altında olması şartıyla, yabancı devlet birimlerinin Türkiye'deki faaliyetleri dolayısıyla da bireysel başvuru yoluna gidilebilmelidir. Örneğin Türkiye'de gerçekleşen bir depremde yardımcı olmak amacıyla yabancı bir devletin arama-kurtarma birimlerinin Türk makamlarının denetimi altındayken faaliyetlerini gerçekleştirmeleri sırasında bir hak ihlâli ortaya çıkarsa, bireysel başvuru yoluna gidilebilmelidir. Burada faaliyetin Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilebilmesi mümkün olmalıdır.⁷² Bu durumda hak ihlâline yol açan eylemi devletin önlemesi konusundaki ihmalinin ötesinde, eylemin devlete atfedilmesi söz konusudur.

Benzer şekilde, devletin yönlendirmesi ve etkin denetimi altında özel kişilerin faaliyetleri sonucu bir hak ihlâli ortaya çıkmışsa, bu faaliyetlerden dolayı da bireysel başvuru yoluna gidilebileceğini düşünüyoruz. Taslak Maddelerin 8. maddesine göre, kişinin ya da kişi topluluklarının tasarrufu, eğer bunlar tasarrufta bulunurken, bir devletin talimatı, yönlendirmesi ya da denetimi altında hareket etmişlerse, uluslararası hukuka göre devletin eylemi olarak kabul edilir. Bu kural, özellikle kendi resmî yapısı içinde bulundurmaksızın bazı faaliyetlerini özel kişilere gördürmesi durumunda, devletin sorumluluktan kurtulmasını engellemek amacıyla konulmuştur. Nitekim silahlı kuvvetlerin resmî olarak parçası olmaksızın bazı "gönüllü" veya "yardımcı" güçler o devletin talimatları doğrultusunda faaliyetler gerçekleştirebilmektedir. Bu durumda temel sorun, bu kişi ve gruplar üzerindeki

⁷⁰ Gölcüklü, s. 63

⁷¹ Şirin, s. 267

⁷² Taslak Maddelere göre, devlet tarafından başka bir devletin emrine verilen devlet organının tasarrufu, eğer organ emrine verildiği devletin kamu gücünün unsurlarını kullanıyorsa, hangi devletin emrine verildiyse uluslararası hukuka göre o devletin eylemi sayılacaktır (mad. 6).

devlet kontrol ve yönlendirmesinin belirlenmesidir. Bu tür özel kişi ve grupların bir devletten yardım ve destek almasının ötesinde, faaliyette bulunurken bunların plânlanmasında ve yerine getirilmesinde o devletin etkisi (kontrolü) var ise eylem devlete atfedilebilecektir.⁷³ Bu denetim, *etkin denetim* olmalıdır. Uluslararası Adalet Divanı, 27 Haziran 1986 tarihli, *Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davasında (Esas)*,⁷⁴ Nikaragua'daki yönetime karşı ABD tarafından eğitim ve silâh verilerek desteklenen gerillaların eylemlerinin ABD'ye atfedilebilmesi için, bunların ABD'nin bir organı gibi veya ABD yönetimi adına eylemde bulunduklarını gösterecek seviyede bir ABD denetiminin olması gerektiğini belirtmiştir. Divan, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Konusundaki Sözleşmenin Uygulanmasına İlişkin Kararında*,⁷⁵ etkin denetim ilkesini tekrar uygulamış ve *genel denetimin* yeterli olmayacağını savunmuştur. Dolayısıyla devletin etkin denetimi altında özel kişi ya da gruplar tarafından gerçekleştirilen faaliyetler sırasında ortaya çıkan hak ihlalleri, devlete atfedilebilmeli ve bundan dolayı da bireysel başvuru yoluna gidilebilmelidir.

Etkin denetim ölçütü, NATO veya BM operasyonlarına katılan devletlere karşı açılan davalarda verilen bazı kararlarında, AIHM tarafından da uygulanmıştır. AIHM, bu davalarda nihaî komuta kontrolünün NATO veya BM'de olması nedeniyle, sorumluluğun da ilgili örgüte ait olması gerektiğine karar vermiştir. *Behrami Kararında*⁷⁶ AIHM, BM'nin yetkisi altında Kosova'da kullanılmak üzere görevlendirilen askerî güçlerin eylemleri ile ilgili olarak, etkin denetim ölçütüne atıf yapmıştır. Mahkeme, BM Güvenlik Konseyi'nin, nihaî otoriteyi ve denetimi elinde bulundurması nedeniyle, operasyonel emirleri delege edip etmediğini sorgulamıştır. Benzer kararlarda da, Mahkeme, bölgedeki BM barış gücü operasyonları ile ilgili eylemlerin, BM'ye atfe-

⁷³ Acer/Kaya, s. 408

⁷⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, ICJ Reports 1986, s. 62, para. 109

⁷⁵ ICJ Reports 2007, s. 210, para. 406

⁷⁶ Agim Behrami and Bekir Behrami v France, Application no. 71412/01 and Ruzhdi Saramati v France, Germany and Norway, Application no. 78166/01. Ayrıca bkz. Banković Davası. Ancak Mahkeme, Al-Jedda Davasında, olayda BM'nin etkin kontrolünün olmadığı için, ihlalden operasyona katılan üye devletlerin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Case of Al-Jedda v. The United Kingdom, Application no. 27021/08

dilebilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, sorumluluğun tespiti için etkin denetimin kimin tarafından yapıldığının belirlenmesi gerekmektedir.

Sonuç

Bireysel başvuru yoluna gidebilmek temel hak ve özgürlüklerin ihlâline yol açan faaliyetin kamu gücüne, dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilebilmesi gerekmektedir. Diğer devletlerin ya da uluslararası örgütlerin faaliyetleri, Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilemeyeceği için, bu faaliyetlerden dolayı bireysel başvuru yoluna gitmek mümkün olmayacaktır.

Kamu gücü faaliyetinin Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilebilmesi için söz konusu faaliyet, ya Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirilmeli ya da Türkiye Cumhuriyeti Devleti adına gerçekleştirilmelidir.

Temel hak ve özgürlüklerin ihlâline yol açan işlem, eylem ya da ihmalin, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yürütme organına atfedilebilmesi için, ihlâl ya devlet organları ya da devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilmelidir.

İhlâlin devlet organları tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, ihlâlin gerçekleştiği anda söz konusu organların kamu gücünü kullanıyor olması gerekmektedir. İhlâlin devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için, söz konusu görevlilerin ihlâle yol açan faaliyetlerini, kamu görevi sırasında veya kamu görevi dolayısıyla yapmış olmaları gerekir.

Devletler organik ilişki içinde olmasa bile özel kişilerin eylemlerinin, devletin yetkilendirmesi şartıyla, devlete atfedilebilmesi mümkündür. Devletin yönlendirmesi ve etkin denetimi altında özel kişilerin faaliyetleri sonucu bir hak ihlâli ortaya çıkmışsa, bu durumda da bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi mümkün olmalıdır.

Kaynakça

Acer Yücel/Kaya İbrahim, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Akkutay Ali İbrahim, Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

- Aksar Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2013.
- Akyılmaz Bahtiyar, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", *İÜHFM*, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, Yıl: 2011, s. 61-78.
- Arnwine Selin Esen, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *AÜHFD*, Yıl: 2003, Cilt: 52, Sayı: 4, s. 249-271.
- Aybay Rona, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.
- Aydın Öykü Didem, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XV, Yıl: 2011, Sayı: 4, s. 121-170.
- Çelik Mutafa Selman, "Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Bu Kapsamda Önemli Zarar Kriteri", Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti), Ed.: Sevtap Yokuş, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Dalar Mehmet, "Uluslararası Haksız Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğu: Birleşmiş Milletler Taslak Belgesinin Değerlendirilmesi", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, s. 113-149.
- Dönmez Burcu Demren, "Türk Ceza Kanununda 'Kamu Görevlisi' Kavramı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 94, Yıl: 24, 2011, s. 95-130.
- Duran Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Eren Hayrettin, "1982 Anayasası ve Kamu Görevlileri Kavramı", *A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: II, Sayı: 1, s. 55-87.
- Erkiner Hakan Hakkı, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Gölcüklü A. Feyyaz/Gözübüyük A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2014.
- Göztepe Ece, Anayasa Şikayeti, AÜHFD Yayınları, Ankara, 1998.
- Gözübüyük A. Şeref, Yönetim Hukuku, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.
- Gözübüyük A. Şeref, Yönetim Hukuku, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Kanlıgöz Cihan, "1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı", *AÜHFD*, Cilt: 43, Sayı: 3-4, 1993, s. 169-197.
- Kaya Cemil, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IX, Sayı: 1-2, 2005, s. 251-285.
- Kaya İbrahim, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Korkmaz Ramazan, Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Öğüt Selman, BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun 2011 Yılında Yayınladığı Taslak Maddeler Çerçevesinde Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

- Özen Muharrem/Tozman Önder, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 42, Sayı: 4, Aralık 2009, s. 25-57.
- Pazarcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- Sancakdar Oğuz, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Serim Bülent, *Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut*, Öteki Yayınevi, Ankara, 1995.
- Şirin Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Terzioğlu Süleyman Sırrı/Özarslan Bahadır Bumin, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Uğurlubay Gülsün A. Aygörmmez, "Alman Hukuku Karşılaştırmalı Olarak Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Koşullarında Ceza Hukuku Sorunları", *Haşim Kılıç'a Armağan*, Cilt II, 2015, s. 1237-1268.
- Uzun Elif, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007.