

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF  
TURKISH BAR ASSOCIATIONS  
REVIEW

ISSN: 1304-2408

## HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği  
© Union of Turkish Bar Associations

## Sahibi / Owner

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,  
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

## Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

## Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı / Vice-

President Head of the Publishing Department  
Av. Başar Yaltı

## Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgiliöğlü

## Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı  
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri  
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye  
Av. Özlem Bilgiliöğlü

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgiliöğlü  
Ali Acar  
Gizem Özkan  
Musa Toprak

## Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay  
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz

Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Erdal Onar

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /  
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar  
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım  
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,  
March, May, July, September, November).  
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler  
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these  
series express solely the views of the authors.  
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden  
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in  
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM  
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye  
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar  
Associations Review) is being permanently indexed  
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

## İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı  
Yayın İşleri Müdürlüğü  
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8  
06650 Balgat - ANKARA  
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65  
web:www. barobirlik.org.tr  
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

## Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 75 TL.

## Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation  
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

## Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50  
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara  
www.senmatbaa.com

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

## YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.  
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.  
c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
- Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içinde alınmalı, sadece eser adı İtalik** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.  
**Örneğin:** Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**  
**Örneğin:** Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hake-me gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
- Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde “Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımını Yönetmeliği” çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.



# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## 7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

### HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

#### 11 Furkan KARARMAZ

Toplanma Hakkı ve Kolluk Tedbirleri İlişkisi / Right to Assembly and Police Measures

#### 45 Süleyman Sırrı TERZİOĞLU

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda, Hak İhlâline Yol Açan Kamu Gücü Faaliyetinin, Yürütme Organı Bakımından Türkiye Cumhuriyeti Devletine Atfedilebilmesi 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

#### 73 Recep DOĞAN

Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları / Women's Reproductive Rights, Abortion, the Crime of Self-Induced Abortion and Causing Miscarriage

#### 121 Burcu DÖNMEZ

AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması / Enjoying the Right to Examine Anonymous Witnesses in the Light of the Decisions of ECHR and Constitutional Court

#### 157 Mustafa Emre ŞAHİN

Fransız İdare Hukukunda Yapılan Reform Bağlamında Zimni Kabul Müessesesi / The Institution Of Implicit Acceptance In The Context Of The Reform In French Administrative Law

#### 193 M. Kemal KORUCU

Merkezileşmeden Zaman-Mekân Sıkışmasına: Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği / From Centralization Towards Time-Space Compression: Environmental Impact Assessment Directive

#### 223 Kahan Onur ARSLAN

Vergilendirme Yetkisinin Meşruluk Kaynakları: Optimal Vergilendirme İlkeleri ve Kamu Yararı / The Legitimacy Sources of Tax-Raising Power: Optimal Taxation Principals and the Public Weal

#### 245 Coşkun ÖZBUDAK

(Küçüğün Korunması Bağlamında) Adli Yargı Kararlarının İdari Yargıda Yorumlanması / Review of the Decisions of Criminal and Civil Courts by Administrative Jurisdiction (In the Context of the Protection of a Minor)

**263 Ayşe EROL SARIYEV**

Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu/ The Non-Contractual Liability of Veterinary

**299 Özgür OĞUZ/ Özge DOĞAN**

Türk İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü / Proceeding in Turkish Labour Courts

**317 Muhammed Sabır FIRAT**

Türkiye’de Sosyal Güvenlik Kurumu Bütçesi ve Sosyal Güvenlik Açıkları / The Budget of Social Security Institution and the Shortage of Social Security in Turkey

**339 Ceren Zeynep PİRİM**

Uluslararası Hukukta Manevi Zarar / Moral Damage in Public International Law

**375 Ekin ÖMEROĞLU**

Taşınmazların Kiralanmasına İlişkin Sözleşmelerin Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki ve Milletlerarası Tahkim Bakımından Türk Hukukundaki Yeri / Immovable Tenancy Contracts in Terms of Applicable Law, International Jurisdiction and International Arbitration under the Turkish Law

**MAKALELER / ARTICLES**

**397 Deniz AKÇAY**

AIHM’in Perinçek Kararı: “Soykırım İnkârı”/İfade Özgürlüğü İnkilâminin Aşılabilirliği

# başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Her birimizin dünya görüşleri, siyasi düşünceleri farklı farklı olabilir. Ancak hepimizin ortak paydası hukukun üstünlüğü ilkesidir.

Üzerimizdeki büyük sorumluluk, 79 milyon vatandaşımızı adalet paydasında buluşturmaktır. Bu amaçla Türkiye Barolar Birliği ve barolarımız, tüm siyasi partilere ve topluma "kutup yıldızt" olma görevini üstlenmiştir.

Olağanüstü hal kapsamında yürütülen soruşturmalardaki hak ihlallerine ilişkin çeşitli vesilelerle yaptığımız uyarıları topluca bir kez daha dile getirdiğimiz yazımızı, her bir avukatın doğru yönü gösteren "kutup yıldızt" olduğu düşüncesiyle sizlerle de paylaşmak istedim. Burada ifade ettiğimiz her hususun, sizlerden aldıığımız gle, kararlı ve ısrarlı takipçisi olmaya devam ediyoruz.

Özetle, şu hususların altını çizmeyi gerekli görüyorum:

Adil yargılama olmaksızın suçluyla suçsuz birbirinden ayırlamaz.

Avukat olmadan veya avukatın yetkileri sınırlanarak adil yargılama olmaz.

Terör rgtleriyle mücadelede başarı sağlanması için adil yargılanma hakkına azami zen gösterilmelidir.

Avukatın süreçten dışlanmasına neden olacak hiçbir hukuksuzluğa hoşgörü gösterilmemelidir. Aksine bir uygulama öncelikle gerçek suçlulara ve terör örgütlerine yarar.

Hepinize esenlik ve mesleki faaliyetlerinizde kolaylıklar dilerim.

**Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu**

**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**

## ADALET BAKANLIĞINA

29.09.2016

Sayı:41870694-899-9622

**Konu:** OHAL KHK hakkında değerlendirme

Olağanüstü hal (OHAL) kanun hükmünde kararnamelemleri ile ceza muhakemesi usulüne ilişkin çok önemli düzenlemeler getirilmiştir. Bunların pek çoğu adil yargılanma hakkını ve özeldede savunma hakkını kısıtlamaktadır. Bu kısıtlamaların devam ettirilmesi, suçlu ile suçsuzun birbirinden ayrılmasını zorlaştırmakta ve terör örgütleriyle mücadeleye zarar vermektedir. Son tahlilde terör örgütü ve yandaşlarının menfaatine sonuç doğurduğu kanaatinde olduğumuz söz konusu kısıtlamaların bir an önce kaldırılması gerektiğini bir kez daha ifade etmek istiyoruz.

Öte yandan söz konusu kısıtlamaların devam etmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin olağanüstü hüllere ilişkin 15. maddesindeki hükme rağmen, Türkiye'yi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve uluslararası kamuoyu nezdinde sıkıntıya sokacağını dile getirmeyi ülkemize karşı bir görev biliyoruz.

**Bu çerçevede bazı hususlara özel olarak değinmek gerekirse:**

Avukatların şüpheli olarak ifadelerinin kolluk görevlileri tarafından alınması, ifade sırasında sorulan soruların arasına mesleki faaliyetin ve meslek sırlarının da dahil edilmesine neden olabilmektedir. (667 s. KHK md. 6/1-c)

Müdafiin şüpheliyle görüşmesinin teknik cihazla kaydedilmesi ve/veya görüşmeye bir memurun nezaret etmesi, avukatla tutuklunun birbirlerine sundukları belgelere ve aralarında yaptıkları görüşmeye ilişkin tuttıkları kayıtlara el konulabilmesi; avukatın savunduğu kişiden isnatla ilgili bilgi almasını ve dolayısıyla savunmasını serbestçe hazırlamasını engellemektedir. Bu uygulama, "silahların eşitliği ilkesi"ne de ciddi biçimde zarar vermektedir. (667 s. KHK md. 6/1-d)

OHAL kapsamında yürüyen soruşturmalarda, şüphelinin avukatıyla tutukevinde görüşmesinin, görüşmeye nezaret edecek personelin ve/veya kamera tertibatı bulunan oda sayısının azlığı gerekçesiyle tahammülü zor bir biçimde geciktirildiği görülmektedir. Bu, savunma hakkının fiilen ve etkili şekilde kısıtlanması anlamına gelmektedir.

Şüphelinin avukatının elindeki mektup ve belgelere el konulabilmesine imkan veren düzenleme, adil yargılanma hakkının



merkezinde yer alan avukat-müvekkil gizliliğini yok etmekte, avukatın savunmayı hazırlarken yararlanacağı belgelerden yoksun kalmasına yol açmaktadır. (668 s. KHK md. 3/1-ğ)

Avukat bürolarında Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın arama ve el koyma işlemi yapılmasına izin veren düzenleme son derece yanlıştır. El konulan belgelerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında yer alan belgeler olduğunun ileri sürülmesine rağmen, ayrı zarfa konulup mühürlenmesi zorunluluğunu ortadan kaldıran düzenleme de, aynı şekilde kabul edilemez. (668 s. KHK md. 3/1-i) Her iki düzenleme de avukatın mesleki faaliyetinin kolluk tarafından soruşturma konusu yapılmasına zemin hazırlamaktadır. Ayrıca bu düzenlemeler, meslek sırrının ve buna bağlı olarak “silahların eşitliği ilkesi”nin ihlal edilmesine neden olmaktadır.

Gözaltı süresinin 30 gün olarak devamı (667 s. KHK md. 6/1-a), orantısız bir hak kısıtlamasıdır. Gözaltındaki şüpheliyle müdafinin görüşmesinin 5 gün süreyle engellenebilmesi (668 s. KHK md. 3/1-m), kişinin özgürlüğünün savunma hakkı ihlal edilerek kısıtlanmasına sebebiyet vermektedir. Tutukevindeki görüşmelere gün ve süre sınırı koyulması (667 s. KHK md. 6/1-d) da, savunmanın hazırlanmasını zorlaştırmaktadır.

Ayrıca bu kısıtlamalar, özellikle dış kamuoyunda bazı çevrelerce giderek artan bir şekilde dile getirilmeye başlanan, Türkiye’de sistemli şekilde işkence ve kötü muamele yapıldığına yönelik iddialarının kabul görmesine zemin hazırlamaktadır. Şu halde bu düzenlemelerden beklenen yarar ile sonuçta uğranılması muhtemel zarar kıyaslandığında, Türkiye’nin çok büyük bir zararla karşı karşıya kalmak üzere olduğu vurgulanmalıdır.

Tutukluluğun incelenmesi sırasında müdafinin dinlenilmesi zorunluluğunu ortadan kaldıran düzenleme (667 s. KHK md. 6/1-ı), “çelişmeli yargılama ilkesi”ne zarar vermekte, “kopyala-yapıştır” gerekçelerle tutukluluk halinin devamını kolaylaştırmaktadır. Bu, hiç kuşkusuz yeni mağdurlar yaratmaya elverişli bir olumsuzluktur. Olağanüstü zamanların olağanüstü iş yükü, mağduriyetlere mazeret teşkil etmemelidir.

Müdafinin soruşturma dosyasını görme ve içinden örnek alma yetkisinin sınırlandırılması (668 s. KHK md. 3/1-l), adil yargılanma hakkının ihlalidir. Şüphelinin tutuklu olduğu hallerde, müdafiden gizlenen delillere dayanılarak tutukluluk halinin devamını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hiç bir şekilde kabul etmemektedir. Çünkü isnat edilen

fiili ve isnadın dayanağı olan delilleri bilmeden savunma yapılması imkansızdır. Şu halde CMK'nın 153. maddesi dahi bu açıdan kabul edilemezken, hakim kararı bile olmaksızın Cumhuriyet savcısının kararıyla kısıtlama getirilmesine imkan tanıyan düzenlemenin, "silahların eşitliği ilkesi" karşısında kabulü hiç bir şekilde mümkün değildir.

Bir diğer sorun ise özellikle şüpheliler tarafından vekaletname verilerek görevlendirilen avukatların, terör örgütüyle irtibatlı oldukları yönünde bazı kolluk görevlilerinin sözlü ithamlarına maruz kalmalarıdır. Her şüphelinin ve sanığın savunma hakkı vardır. Savunma hakkı ihlal edilerek yürütülen bir yargılama sonucunda gerçeğin bulunması imkansızdır. Avukatlar üzerindeki tehdit algısının giderilmesine yönelik olarak kolluk görevlilerinin yetkili makamlarca uyarılması faydalı olacaktır.

#### Özetle;

Avukatın şüpheliyle görüşmesi/iletişimi geciktirilerek, zorlaştırılarak, sınırlandırılarak, denetlenerek/kayda alınarak,

Avukat müvekkil gizliliği ve meslek sırrı ihlal edilerek,

Silahların eşitliği ilkesi yok sayılarak,

Çelişme yöntemi yerine dosya üzerinden tutukluluk incelemesi getirilerek,

Müdafinin soruşturma dosyasını görmesi yasaklanarak, suçlu suçsuzdan, haklı haksızdan ayırt edilemez.

Adil yargılanma hakkı ihlal edilerek yürütülen bir süreç, yeni mağdurlar yaratır. Böylece terör örgütlerinin toplumda zemin kazanmasına sebebiyet verilir. Fayda-zarar karşılaştırması yapıldığında, adil yargılanma ilkelerine uygun düzenleme ve uygulamalar ise, her zaman için bireyin ve devletin üstün menfaatindedir.

Olağanüstü halin ilanından itibaren çeşitli defalar dile getirdiğimiz bu hususları bir kez daha ve topluca ifade etme zorunluluğu doğmuştur.

Gereğini takdirlerinize saygıyla sunarım.

**Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu**

**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**

# TOPLANMA HAKKI VE KOLLUK TEDBİRLERİ İLİŞKİSİ

## RIGHT TO ASSEMBLY AND POLICE MEASURES

Furkan KARARMAZ\*

**Özet:** Toplanma hakkı, çağdaş demokrasi ve insan hakları kurum ve öğretilerinde bir insan hakkı olarak kabule mazhar olmuştur. Ancak ülkemizde bu hakkın kapsamı, anlamı ve kullanılmasına ilişkin devletin yükümlülükleri konularında bir uzlaşmaya varıldığı söylenemez. Bu uzlaşmazlık yasal düzenlemelere, idari uygulamalara ve yargı kararlarına da yansımaktadır. Hakka yönelik *a priori* veya *a posteriori* ulusal kısıtlamaların insan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemeler ve AİHM kararlarında belirtilen ölçütleri aştığı görülmektedir. Hakkı kullanan kişilere yönelik müdahalelerde zor kullanma yetkisinin aşılması bir teamüle dönüşmekte ve bu konuda sorumlular hakkında etkin soruşturma ve kovuşturmalar gerçekleştirilmemektedir. Bu çalışmada bir yandan belirtilen sorunlar mevzuata ve uygulamaya ilişkin boyutlarıyla ele alınırken bir yandan da AİHM kararları ve AGİT tavsiyeleri göz önünde tutularak bir durum değerlendirilmesi yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Toplanma Hakkı, Polis, Müdahale, AİHM, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu

**Abstract:** The right to assembly is honoured as a human right in contemporary theories and doctrines about democracy and human rights. Nevertheless, it is impossible to say that there is a consensus in our country on the scope of this right, essence and state's responsibilities regarding its enjoyment. This disagreement has reflections on legal acts, administrative transactions and judicial decisions. In most instances *a priori* and *a posteriori* national restrictions on this right exceed the criteria which are generally stated in international regulations and ECHR decisions. Legal proceedings and formal prosecutions against responsible officers are ineffective; consequently, the usage of disproportionate police force against demonstrators is becoming an administrative tradition. In this study, those problems will be addressed in the light of related ECHR decisions and OSCE recommendations.

**Keywords:** Right to Assembly, Police, Intervention, ECHR, Law on Meetings and Demonstrations.

\* Araştırma Görevlisi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi

## GİRİŞ

Toplantılar ve gösteri yürüyüşleri, demokratik yaşamın önemli birer katılım araçlarıdır. Bu araçların özgürce kullanılabilmesinin bir hak olarak düzenlenmesi ve bu hakkın barışçıl kullanımının mümkün kılınmış olması ise bir politik topluma demokratik denilebilmesinin başlıca şartlarından biridir. Bu hakla ilgili doktrindeki görüşler, yasal düzenlemeler, kolluk uygulamaları ve bu hakkı kullanan kişilere yönelik algı, bu hakkın kullanımına verilen anlama göre şekillenmektedir. Toplanma hakkının kullanımını bir demokratik katılım problemi olarak anlamlandırıldığında başka; bir asayiş problemi olarak anlamlandırıldığında başka algı, görüş ve tedbirler ortaya çıkmaktadır. Bu çatışkının çözülebilmesi için toplanma hakkının kapsamının doğru bir biçimde ortaya konması gerekmektedir. Hangi eylemlerin bu hakkın kapsamına girdiği hangilerinin girmediği açıkça belirlendiğinde bu hakkın kapsadığı eylemlerin asayişe olan etkisinin müdahale gerektirir nitelikte olmadığı; bu hakkın kapsamı dışındaki eylemlerin ise demokratik olmadığı ortaya çıkacaktır. Bu doğrultuda bu çalışmada öncelikle hakkın kapsamı ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu hakla ilgili hukuki bilgiye ulaşma amacıyla bu bilginin başlıca kaynakları olan ulusal ve uluslararası mevzuata başvurulacaktır.

Hakkın kapsamı belirlendikten sonra, bu hakka yönelik kısıtlamalar konusuna geçilecektir. Bu başlık altında Türkiye mevzuatı ve uygulaması bakımından bu hakkın kullanımına yönelik ortaya çıkan *a priori* ve *a posteriori* kısıtlamalar ortaya konacaktır. *A priori* kısıtlamalar olarak toplanma hakkının kullanımının bildirim ve izne tabi tutulması, toplanma hakkının kullanımına ilişkin yer ve zaman kısıtlamaları, toplanma hakkının kullanımının ertelenmesi; *a posteriori* kısıtlamalar olarak da gerçekleştirilmiş olan bir toplantı veya yürüyüşe kolluk marifetiyle müdahale edilmesi, bunlara katılanların cezalandırılması konuları ele alınacaktır. Toplantılara müdahale esnasında zor kullanma yetkisinin sınırını aşan kolluk görevlileri hakkında etkin soruşturma ve kovuşturma yapılmaması da toplanma hakkına yönelik bir kısıtlama olarak ele alınacaktır. Bu alt başlıklar içerisinde AİHM kararları ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın hazırladığı Barışçıl Toplanma Özgürlüğü Kılavuzu'ndan da faydalanılarak ülkemizde bu kısıtlamaları belirleyen yasal düzenlemeler ve bu kısıtlamaların uygulanış biçimleri hukuk devleti ve demokrasi ilkeleri bakımından değerlendirilecektir.

## TOPLANMA HAKKININ KAPSAMI

Toplanma hakkına ve bu hakkın kapsamına ilişkin birçok uluslararası belgede düzenlemeler yer almaktadır. Ülkemiz mevzuatı ve uygulamaları bakımından bağlayıcı nitelikte olan düzenlemeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi yirminci maddesinde “herkesin silahsız ve saldırsız toplanma, dernek kurma ve derneğe katılma” özgürlüklerine sahip olduğunu belirtmektedir.
- BM Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi’nin yirmi birinci maddesinde “Barışçıl bir biçimde toplanma hakkı hukuk tarafından tanınır. Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliği veya kamu güvenliğini, kamu düzenini, sağlık veya ahlakı veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacı taşıyan, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukuka uygun olarak getirilen sınırlamaların dışında başka hiç bir sınırlama konamaz” ifadesi yer almaktadır.
- AİHS, ‘toplama ve örgütlenme özgürlüğü’ başlıklı on birinci maddesi ile herkese “barışçıl olarak toplanma hakkı” vermiştir.<sup>1</sup> İkinci fıkrada bu hakkın kullanımının “yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlük-

<sup>1</sup> Sözleşmenin orijinalinde madde başlığı “Freedom of Assembly and Association” ve birinci fıkrada “Everyone has the right to freedom of peaceful assembly ...” şeklindedir. Ancak kabul edilen Türkçe çeviride bu maddenin başlığı “dernek kurma ve toplantı özgürlüğü” olarak belirtilmiş, birinci fıkrada ise “herkes asayiş bozmayan toplantılar yapmak [...] haklarına sahiptir” olarak yazılmıştır. Bu çeviri açıkça yanlıştır. Zira dernek kurmak, hukuken kabul edilen örgütlenme biçimlerinden sadece biridir. Peaceful kelimesi ise ‘asayiş bozmayan’ olarak çevrilemez. Asayiş kelimesi Türk Dil Kurumu’nun güncel tanımına göre “bir yerin düzen ve güvenlik içinde bulunması durumu, düzenlilik, güvenlik” anlamına gelmektedir. Çalışmanın devamında da açıklanacağı üzere bir gösteri yürüyüşü veya oturma eylemi aynı anda hem barışçıl olabilir hem de -trafiği aksatma, kaldırımı işgal etme, gürültü yapma vs. nedenlerle- asayiş bozabilir. Bu durumda sözleşmeyi Türkçeye çeviren uzmanlarımızın ve bu sözleşmeyi bu haliyle onaylayanların peaceful kelimesinin doğru Türkçe karşılığını belirleyecek kadar yabancı dil bilmediklerini ya da hakkın kapsamını daraltmak amacıyla kasten böyle bir değişiklik yaptıklarını kabul etmek durumundayız.

lerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara" tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. AİHM ise, Öllinger/Avusturya kararında AİHS'in on birinci maddesinin, 'ifade özgürlüğü' başlıklı onuncu madde ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtmektedir.<sup>2</sup> Bu nedenle onuncu maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğü ile ilgili belirtilen sınırlama ilkeleri, bağlama uygunluğu ölçüsünde toplanma ve örgütlenme özgürlüğü bakımından da geçerli olacaktır. İkinci fıkraya göre bu özgürlüklerin kullanılması "yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

Türk mevzuatı ve idaresi bakımından bağlayıcı olan bir diğer uluslararası hukuk kaynağı ise AİHM kararlarıdır.<sup>3</sup> Toplanma hakkının AİHS'de belirtilen kapsamının yorumlanması ve açıklanması bu kararlar ile olmaktadır. Bu nedenle onuncu ve on birinci maddelerin kapsamı hakkında AİHM kararlarıyla ortaya konulan ilkeleri de göz önünde tutmak gerekmektedir. AİHM'e göre toplanma hakkı farklı şekillerde kullanılabilir. Kapalı veya açık yerlerde; yaya veya araçlarla konvoy halinde; durarak veya oturarak; az veya çok katılımcıyla bu hakkın kullanılması mümkündür.<sup>4</sup> Barışçıl olması kaydıyla durma,

<sup>2</sup> Ziya Ç. Tanyar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 2011, C. 60, S. 3, s. 598-599.

<sup>3</sup> AİHM kararlarının idari işlemler bakımından doğrudan bağlayıcı olmasının yasal dayanağı İdari Yargılama Usulü Kanununun ikinci maddesidir. Bu kanunun selefi olan eski Danıştay Kanununun, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davalar başlıklı otuzuncu maddesi, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat bakımından kanuna uygun olması gerektiğine hükmediyordu. Ancak İdari Yargılama Usulü Kanununun ikinci maddesi idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat bakımından hukuka uygun olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu hükümde kanun yerine hukuk kelimesinin kullanılmış olması önemlidir. Hukuk, kanundan daha geniş bir kavramdır. İçine anayasayı, dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları, AİHM içtihatlarını ve hatta hukukun genel ilkelerini de alabilmektedir. Böylelikle bu saydığımız hukuk kaynaklarının yasama ve yargı bakımından bağlayıcı olduğu gibi idare açısından da bağlayıcı olduğunu savunmak mümkün ve hukuk mantığı bakımından gereklidir.

<sup>4</sup> Gökçen Alpkaya, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2001, C. 56, S.

yürüme veya oturmanın yanı sıra grev yapma, bir yeri işgal etme hatta yol kesme eylemleri dahi bu hakkın kapsamına girmektedir.<sup>5</sup> AİHM içtihadında ifade özgürlüğü ile ilgili belirtilen “ifade özgürlüğü sadece tarafsız veya saldırgan olmadığı telakki edilen fikir ve bilgileri değil, aynı zamanda toplumu rahatsız eden, endişelendiren veya şok eden ifadeleri de koruma altına alır”<sup>6</sup> ve “ifade özgürlüğü belirli bir ölçüde abartmayı, hatta tahrik etmeyi de kapsar”<sup>7</sup> şeklindeki ilkelerin Öllinger/Avusturya kararında belirtilen bağlantı gereği toplanma hakkı bakımından da geçerli olduğu söylenebilir. Bu bakımdan toplanma hakkının, bu hakkın kullanımı ile dile getirilecek olan mesajın içeriği nedeniyle devletçe kısıtlanmasının çok istisnai durumlarda mümkün olduğu görülmektedir. AİHS’nin ve AİHM içtihadının meşru gördüğü sınırlamalar, toplanma hakkı kullanılarak dile getirilen toplumsal mesajın içeriğinden ziyade toplanmanın yapılış biçimine ilişkin prosedürel düzenlemelerdir. Örneğin AİHM trafik düzeninin ve toplanma hakkını kullanacak kişilerin güvenliğinin sağlanması amacıyla bu hakkın kullanımının bir izin veya bildirim sistemine bağlanmasının sözleşmenin ihlali sonucunu doğurmayacağını belirtmektedir.<sup>8</sup>

Ülkemizde toplanma hakkının kullanımını düzenleyen temel yasal düzenleme 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’dur (TVGYK). Bu Kanun’un ikinci maddesine göre toplanma hakkı “belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzel kişiler tarafından bu kanun çerçevesinde” açık veya kapalı yerlerde toplantı yapmak veya aynı amaçla yürüyüş düzenlemek şeklinde kullanılabilir. Yine aynı maddeye göre bu hakkın kullanılması için önceden izin alma şartı bulunmamaktadır. İzin şartı aranmamakla birlikte Kanun’un onuncu maddesi ile bir bildirim şartı getirilmiştir. Bu maddeye göre toplanma hakkının kullanılabilmesi için aynı Kanun’un dokuzuncu maddesinde belirtilen şartları taşıyan bir düzenleme kurulunun oluşturulması ve bunların tamamının imzaladığı bir bildirim “toplantının yapıl-

3, s. 4.

<sup>5</sup> Ümit Kılınc, “Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri”, *TBB Dergisi*, Ankara 2014, S. 110, s. 284.

<sup>6</sup> Rassemblement Jurasien et Unité Jurasienne/İsviçre, 8191/78, 10 Ekim 1979.

<sup>7</sup> Prager et Oberschlick/Avusturya, 15974/90, 26 Nisan 1995.

<sup>8</sup> Rune Andersson/İsveç, 12781/87, 13 Aralık 1998. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-302> (erişim tarihi: 21.01.2015)



masından en az kırk sekiz saat önce ve çalışma saatleri içinde, toplantının yapılacağı yerin bağlı bulunduğu valilik veya kaymakamlığa verilmesi gerekmektedir. Yine aynı maddeye göre bu bildirimde toplantının amacı, yapılacağı yer, gün, başlayış ve bitiş saatleri ve düzenleme kurulu üyeleri ile ilgili bilgiler yer almalıdır. Mevzuatta bildirim usulü benimsenmiş olmakla birlikte toplumda izin alınması gerektiği yönünde bir algının oluştuğu veya bu konuda bir kafa karışıklığının olduğunu belirtmek gerekir.<sup>9</sup>

### TOPLANMA HAKKINA YÖNELİK KISITLAMALAR

Toplanma hakkının kullanımına yönelik kısıtlamalar, *a priori* ve *a posteriori* kısıtlamalar olarak iki şekilde ortaya çıkmaktadır. *A priori* kısıtlamalar olarak toplanma hakkının kullanımının bildirim ve izne tabi tutulması, toplanma hakkının kullanımına ilişkin yer ve zaman kısıtlamaları, toplanma hakkının kullanımının ertelenmesi veya yasaklanması sayılabilir. *A posteriori* kısıtlamalar ise, gerçekleştirilmiş olan bir toplantıya kolluk marifetiyle müdahale edilmesi, toplantıya katılanların cezalandırılması olarak belirtilebilir. Ayrıca çalışmanın devamında görüleceği üzere toplantı ve yürüyüşlere müdahale esnasında bireylerin haklarını ihlal eden kolluk personeli hakkında etkili soruşturma ve kovuşturmanın yapılmaması da AİHM tarafından toplanma hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir.

AİHM içtihadına ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın (OSCE-AGİT) toplanma hakkının barışçıl kullanımıyla ilgili hazırladığı kılavuza bakıldığında toplanma hakkına yönelik taraf devletlerce getirilecek her tür kısıtlama bakımından iki ölçütün gözetildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bunlar, kanunilik<sup>10</sup>, orantılılık veya demokratik bir toplumda gerekli olup olmama<sup>11</sup> olarak sayılabilir. Hakka yönelik bir kısıtlamanın varlığının tespiti halinde mahkeme bu kısıtlamanın öncelikle ve kaçınılmaz olarak kanuni olup olmadığına bakmakta-

<sup>9</sup> Bu kafa karışıklığının sorumlusunun basın kuruluşları olduğu iddia edilebilir. Durumun vahametini görmek için herhangi bir haber arama motorunda "izinsiz gösteri" terimlerini aratmak yeterli olacaktır.

<sup>10</sup> OSCE\Office for Democratic Institutions and Human Rights, Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly, OSCE\ODIHR, Varşova, 2010, s. 16.

<sup>11</sup> Ziya Ç. Tanyar, s. 625; Barraco/Fransa, 31684/05, 5 Mart 2009.



dır. Mahkemeye göre kanunilik şartının gerçekleşmesi için toplanma hakkına yönelik herhangi bir kısıtlamanın kanun ile getirilmiş olması ve bu kanunun öngörülebilirlik sağlayacak şekilde açık ve anlaşılır bir ifadeyle yazılmış olması gerekmektedir.<sup>12</sup> Bu bakımdan mahkeme 'kamu güvenliği' 'kamu düzeni' gibi soyut kavramların kısıtlamalara gerekçe edilmesinin kısıtlamanın öngörülebilirlik niteliğini ortadan kaldırdığına hükmetmiştir.<sup>13</sup> AİHM'e göre yasada bu tür soyut nedenler yer alsada dahi idari otoriteler bunları kullanırken toplanma hakkını kullanmak isteyen tarafa somut veriler göstermelidirler. AGİT de hazırladığı kılavuzda toplanma hakkına yönelik her türlü kısıtlamanın mutlaka yasal temelinin olması, bu yasal temelin AİHS ile uyumlu, açık ve anlaşılır olması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>14</sup> Ayrıca kanunlar aracılığıyla, uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinde belirtilen kısıtlamaları aşacak şekilde farklı ve ağır kısıtlamalar getirilemeyeceği de ifade edilmiştir.<sup>15</sup>

AİHM'in kısıtlamaları değerlendirme ölçütlerinden ikincisi orantılılıktır. Mahkemeye göre toplanma hakkına yapılacak olan kısıtlamanın ağırlığı, biçimi ve araçları ile toplantı veya gösterinin niteliği ve kısıtlamanın amacı arasında bir denge olması gerekmektedir. Ayrıca müdahalenin meşru sayılması için o müdahalenin demokratik bir toplumda acil bir gereklilik arz etmesi gerekmektedir. AGİT kılavuzuna göre de toplanma hakkına yönelecek her türlü kısıtlama orantılı olmak zorundadır.<sup>16</sup> Çalışmanın devamında müdahale başlığı altında daha ayrıntılı olarak belirtilmek üzere, toplanma hakkının ihlali ile ilgili olarak Türkiye hakkında verilen mahkûmiyet kararlarının büyük çoğunluğu, orantısız müdahale ve kısıtlamalardan kaynaklanmaktadır. Türkiye hakkında verilen bir mahkûmiyet kararını<sup>17</sup> AİHM'in bu konudaki yaklaşımını açıklamak için kullanmak mümkündür. Bu kararda AİHM, İstanbul Üniversitesi akademik yılı açılışında rektörün konuşması esnasında pankart açarak slogan atan öğrencilerin polis tarafından salondan çıkarılmasını -törenin devamının sağlanması ve

<sup>12</sup> ibid, s. 622; Sunday Times/İngiltere, 6538/74, 16 Nisan 1979.

<sup>13</sup> Makhmudov/Rusya, 35082/04, 26 Temmuz 2007, par. 69-72.

<sup>14</sup> OSCE\Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2010, s. 16.

<sup>15</sup> ibid, s. 17.

<sup>16</sup> ibid, s. 16.

<sup>17</sup> Açık ve diğerleri/Türkiye, 31451/03, 13 Ocak 2009, par. 45-46.

rektörün ifade özgürlüğünün korunması şeklindeki meşru amaçlar bakımından- orantılı bir müdahale olarak görmüştür. Ancak mahkeme, devamında salondan çıkarılan öğrencilere şiddet uygulanmasının ve öğrencilerin gözaltına alınarak karakolda alıkonulmasının bu amaçlarla orantılı olmadığını ve demokratik bir toplum bakımından gereklilik şartını da sağlamadığını belirterek başvuruların toplanma hakkı ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.

Orantılılık bakımından belirtilmesi gereken diğer bir husus, trafiğin aksamasının veya gündelik hayatın olağan akışının etkilenmesinin tek başına toplanma hakkının kullanımına müdahale için bir neden teşkil etmemesi gerekliliğidir.<sup>18</sup> Zira kamuya açık yerlerde yapılan toplantı ve gösteriler kaçınılmaz olarak trafiği veya gündelik hayatı etkileyecek veya başkalarının rahatsız olmasına neden olacaktır. Toplanma hakkı, kamuoyunun dikkatini belirli bir toplumsal soruna çekmek amacıyla kullanılan bir kamusal haktır. Gündelik hayatın olağan akışına hiçbir şekilde etki etmeden bu hakkı kullanmak kent içerisinde mümkün olmadığı gibi mümkün olması halinde dahi anlamsız olacaktır.

#### a. Toplanma Hakkının Kullanımının Bildirim veya İzne Tabi Tutulması

Yukarıda da belirtildiği üzere toplanma hakkının kullanımının bir izin veya bildirim rejimine tabi tutulması AİHM'e göre hakkın ihlali sonucunu doğurmamaktadır. Ancak mahkemeye göre bu tedbirler trafik düzeninin sağlanması, toplanma hakkını kullanacak kişilerin korunması amacıyla gerekli hazırlıkların yapılması veya toplantı veya yürüyüş yerlerinde gerekli tedbirlerin alınması amacını taşımalıdır. AGİT'in toplanma hakkının barışçıl kullanımıyla ilgili hazırladığı kılavuzda da bildirim, hakkın kullanımını kolaylaştırma, göstericilere dışarıdan gelecek müdahalelerin engellenmesi için gerekli hazırlıklarda bulunma ve başkalarının özgürlük ve güvenliklerini sağlama amacıyla şart koşulabileceği belirtilmiştir.<sup>19</sup> Bildirim verilmesinin düzen-

<sup>18</sup> Kerem Altıparmak, "Gezinin Hatırlattığı Hak: Barışçıl Toplantı", Bianet, 03 Temmuz 2013. <http://bianet.org/bianet/toplum/148157-gezi-nin-hatirlattigi-hak-bariscil-toplanti> (erişim tarihi: 15.10.2014);

<sup>19</sup> OSCE\Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2010, s. 17-18.

leme kurulunun iyi niyetini ortaya koyması ve kamu makamlarına toplantı veya yürüyüşün barışçıl olacağı yönünde bir teminat vermesi anlamında da olumlu bir yönünün olduğu savunulmaktadır.<sup>20</sup> Ancak bildirim şartının bu sayılan amaçların dışında kullanılmasının hem demokratik katılımın gerekleri hem de AİHS hükümleri bakımından kabul edilemez olduğunun belirtilmesi gerekir. Keza AİHM de Türkiye aleyhine verdiği bir kararda izin veya bildirim şartının aşırı bir sınırlama veya gizli bir engel olarak kullanılmasını sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>21</sup>

Bildirim şartının gerçekleştirilmiş veya gerçekleştirilmemiş olması AİHM nazarında öncelikli bir problem olarak görülmemektedir. AİHM'e göre bir toplantı veya yürüyüşe müdahale etme kararı alınırken mülki amirlerin ve kolluk amirlerinin öncelikle göz önünde tutması gereken o toplantı veya yürüyüşün barışçıl olup olmaması olmalıdır. Mahkemenin -yine Türkiye aleyhine verdiği bir kararda- bildirim şartı yerine getirilmemiş dahi olsa barışçıl olan gösterilere devletin belirli bir düzeyde tolerans ve sabır göstermesi gerektiği, barışçıl gösterilere alelacele ve aşırı güç kullanımı ile müdahale edilmesinin AİHS'in ihlali anlamına geleceği vurgulanmıştır.<sup>22</sup> Özellikle bildirim şartının yerine getirilmesinin toplanma hakkının kullanımının, bunu anlamsız kılacak derecede ertelenmesine neden olacağı durumlarda devletin tolerans göstermesinin gerektiği belirtilmektedir.<sup>23</sup> Örneğin bir parktaki ağaçların kesilmesini veya tarihi bir sinema binasının yıkılmasını engellemeye yönelik kamuoyu yaratmayı amaçlayan bir toplantı veya yürüyüşün ağaçların kesilmesinden veya binanın yıkılmasından önce yapılması gerekecektir. Bu durumda bildirim verilip kırk sekiz saat beklendikten sonra bu toplantı veya yürüyüşün yapılmasının bir anlamı olmayabilir. İşte AİHM kamuoyu tepkisinin acilen ortaya konulmasını gerektiren bu gibi durumlarda bildirim şartının yerine getirilmemiş olmasının tek başına barışçıl bir toplantı veya yürüyüşe müdahale edilmesine sebep sayılamayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre bu

<sup>20</sup> Ümit Kılınc, s. 287.

<sup>21</sup> Balçık ve diğerleri/Türkiye, 25/02, 29 Kasım 2007, par. 49. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-83580> (erişim tarihi: 21.01.2015)

<sup>22</sup> Oya Ataman/Türkiye, 74552/01, 5 Aralık 2006, par. 42. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78330> (erişim tarihi: 22.01.2015)

<sup>23</sup> Bukta ve diğerleri/Macaristan, 25691/04, 17 Temmuz 2007, par. 36.

gibi durumlarda devletin göstereceği tolerans, göstericilere fikirlerini kamuoyuna duyurmaya yetecek zamanın tanınması ölçüsünde olmalıdır.<sup>24</sup> AGİT de hazırladığı kılavuzda aynı yönde görüş bildirmiş ve devletin spontane gelişen toplanmalara barışçıl oldukları sürece müdahale etmemesi hatta bu toplanmalarda yer alan kişilerin dışarıdan gelecek müdahalelere karşı korunması gerektiğini belirtmiştir.<sup>25</sup>

### **b. Toplanma Hakkının Kullanımının Yer ve Zaman Bakımından Kısıtlanması**

TVGYK'da toplanma hakkının kullanılması ile ilgili yer ve zaman sınırlamalarına da yer verilmiştir. Kanun yirmi ikinci maddesi ile “genel yollar ile parklarda, mabetlerde, kamu hizmeti görülen bina ve tesislerde ve bunların eklentilerinde ve Türkiye Büyük Millet Meclisine bir kilometre uzaklıktaki alan içinde toplantı” yapılmasını “ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri” düzenlenmesini yasaklamaktadır. Ancak bu durum, maddede sayılan yerlerin dışında kalan her yerde toplantı veya gösteri yürüyüşü yapılabileceği anlamına gelmemektedir. Zira kanun altıncı maddesi ile mahallin en büyük mülki amirine yukarıda belirtilen sınırlamalar dâhilinde ilde veya ilçede toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılabilecek yer ve güzergâhları seçme yetkisi ve görevi vermektedir. Dolayısıyla mülki amirin kanundaki sınırları genişletme imkânı bulunmaktadır. Zaman bakımından sınırlama ise kanunun yedinci maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye “toplantı ve yürüyüşlere ve bu amaçla toplanmalara güneş doğmadan” başlanamayacak; “açık yerlerdeki toplantılar ile yürüyüşler güneş batmadan önce dağılacak şekilde, kapalı yerlerdeki toplantılar ise saat 24.00'e kadar” yapılabilecektir.

TVGYK'nın yirmi üçüncü maddesi, bu kanunda belirtilen yer ve zaman kısıtlamalarının yanı sıra aşağıdaki durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde de toplantı veya yürüyüşün kanuna aykırı olacağını ve müdahale edilerek dağıtılacağını belirtmektedir:

- “Bildirim şartına uyulmaması veya bildirimde belirtilen yer ve zaman ve amacın dışına çıkılması,

<sup>24</sup> Ziya Ç. Tanyar, s. 622.

<sup>25</sup> OSCE\Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2010, s. 18.

- Kanunların suç saydığı maksatların gözetilmesi,
- Ateşli silahlar veya patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, boğma teli veya zincir gibi bereleyici ve boğucu araçlar veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddelerin bulundurulması,
- Yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşınarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyilerek veya kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez ve sair unsurlarla örterek toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma,
- Kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşınması veya bu nitelikte sloganlar söylenmesi veya ses cihazları ile yayınlanması.”

AİHS hükümleri ve AİHM içtihatları birlikte değerlendirildiğinde, toplanma hakkına yönelik getirilecek içeriğe ilişkin sınırlamaların AİHS'nin ifade özgürlüğü başlıklı hükmünü aşmaması gerektiği söylenebilir. Usule ilişkin veya hakkın kullanılacağı yer ve zamana ilişkin sınırlamaların ise toplanma hakkını kullanacak kişilerin bu haklarını en güvenli şekilde kullanmalarının sağlanması ve üçüncü kişilerin bu hakkın kullanımından en az düzeyde zarar görmelerine yönelik olması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Gerek düzenlemeler gerekse kararlar hem lafzıyla hem ruhuyla bu amaca işaret etmektedir. Dolayısıyla ulusal düzenlemelerimizde de bu amacın gözetilmesi ve aşılması gerekmektedir. Ancak TVGYK'da belirtilen yer ve zamana ilişkin kısıtlamalar -günümüzün koşulları gözetildiğinde- gereğinden geniş tutulmuştur. Açık alan toplantılarının gece saatlerinde yapılmamasının gerekçesi, karanlık olduğunda kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanmasının zorlaşacağı olabilir. Ancak otuz yıl önce getirilmiş bu kuralın gerekçesi kent aydınlatmalarının gelişimi göz önünde tutulduğunda bugün için birçok yerde geçersiz olacaktır. Yine parklarda gösteri yapılmasının yasaklanması da günümüz şartlarında bu hakkın kullanımına yönelik gereksiz bir sınırlama olarak kabul edilmelidir. Bu sınırlamaların aşırılığı Kamu Denetçiliği Kurumu raporlarında da vurgulanmaktadır. Gezi Parkı Protestoları hakkında verilen tavsiye

kararında Kamu Başdenetçiliği, “özgürlükçü ve bireyci bakış açısından ve insan haklarının öneminden kuvvet alan modern devlet anlayışı gerekleri ve günümüz modern bilgi çağı toplumunun demokratik talepleri ve beklentileri karşısında” TVGYK’nın lafzının ve ruhunun yetersiz olduğunu<sup>26</sup> belirtmiş, özellikle yer, zaman ve şekil açısından bu kanunun aşırı ve orantısız bir şekilde kısıtlamalar getirdiği konusunda yasa koyucuyu ve uygulayıcıları uyarmıştır.<sup>27</sup>

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de Gezi Parkı protestoları ve sonrasında yaşananlar hakkında hazırladığı raporda, toplanma hakkının kullanımını yer ve zaman bakımından kısıtlayacak olan genel hükümlerin uygulamada somut verilerle gerekçelendirilmesinin gerekliliğini vurgulamış ve her tek olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Komisere göre, toplantıyı düzenleyenlerin “yetkililerin kendilerine önerdiği seçenekler neyse onları kabul etmeye veya planlanan toplantının temel unsurlarını, özellikle de zamanını veya yerini, yetkililerle müzakere etmeye” mecbur bırakılmaları durumunda toplanma özgürlüğü hakkının özü zedelenmiş olmaktadır.<sup>28</sup>

### c. Toplanma Hakkının Kullanımının Ertelenmesi veya Yasaklanması

TVGYK’nın on yedi, on sekiz ve on dokuzuncu maddeleri, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ertelenmesi ve yasaklanması durumlarını düzenlemektedir. On yedinci madde, mahallin en büyük mülki amirine “millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere” erteleme veya “suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde” yasaklama yetkisi vermektedir. Bu erteleme veya yasaklama kararı gerekçeli olmalıdır. On sekizinci maddeye göre bu kararın

<sup>26</sup> T. C. Kamu Denetçiliği Kurumu, 2013/90 sayılı ‘Gezi Parkı Protestoları’ tavsiye kararı, par. 250.

<sup>27</sup> ibid, par. 248.

<sup>28</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks’in 1-5 Temmuz 2013 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, 26 Kasım 2013, s. 8.

“toplantının başlama saatinden en az yirmi dört saat önce bir yazı ile düzenleme kurulu başkanına veya bulunamadığı takdirde üyelerden birine tebliğ” edilmesi gerekmektedir. Bu tebliğ şartı mutlak değildir, aynı maddede tebliğ edilmeksizin erteleme ve yasaklama yapılabilecek hallerin yönetmelikte gösterileceği belirtilmiştir. TVGYK’nın Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin yirmi üçüncü maddesi tebliğ şartı aranmaksızın toplantıların yasaklanması ve ertelenmesi hallerini düzenlemektedir. Bu maddeyi olduğu gibi aktarmakta yarar görüyorum:

“Vali veya kaymakam;

- a) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla,
- b) Olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik veya savaş ilanı halinde,
- c) Düzenlenen toplantıya ait yasaklama ve erteleme kararının düzenleme kurulu başkanlığına tebliği imkanı bulunmaması halinde,
- d) Düzenleme kurulu başkan ve üyelerinin tamamının veya başkan dahil en az yedisinin toplantı yerinde hazır bulunmadıklarının tespiti veya toplantı yerine gelmeyeceklerinin kesin olarak anlaşılması durumunda,

Gerektiğinde, alındı belgesi verilmiş olsa dahi, toplantı başlama saatinden geriye doğru 24 saatlik zaman içerisinde; tebligat şartı aranmaksızın, toplantı veya gösteri yürüyüşlerini yasaklamaya veya iki ayı geçmemek üzere ertelemeye yetkilidir.”

Yönetmeliğin bu maddesinin uygulanması, -Türk idare hukukunda da olduğu gibi- AİHS ve AİHM’de herhangi bir özgürlüğe yönelik kısıtlamanın meşruluğunu belirlemede birinci ölçüt olarak kabul edilen kanunilik ilkesine aykırıdır. Çünkü yönetmelik maddesiyle tebliğ şartı aranmaksızın bir toplantının ertelenmesi veya yasaklanmasıyla ilgili nedenler, kanunu aşacak derecede genişletilmiştir. Maddenin (b), (c) ve (d) bentlerinde tebliğ edilsin veya edilmesin genel olarak toplantıların ertelenmesi veya yasaklanmasıyla ilgili olarak kanunda yer almayan yeni nedenler getirilmiştir. Ayrıca kanunda mülki amirlere bir ay süre ile erteleme yetkisi verilmişken bu yetki yönetmelikte iki



aya çıkarılmıştır. Bu haliyle yönetmeliğin bu maddesinin uygulanması kanuniliğe dolayısıyla AİHS'e ve nihayet hukuka aykırı olacaktır. TVGYK ve uygulama yönetmeliği incelendiğinde, bu düzenlemelerin hukuk diline ve yasa yapım tekniğine hâkim olmayan kişilerce hazırlandığını gösteren başka emarelere de rastlamak mümkündür. Ancak bu husus bu çalışmanın kapsamına girmemektedir.

TVGYK'nın on dokuzuncu maddesi, il veya ilçelerde bütün toplantıların ertelenmesi veya yasaklanmasını düzenlemektedir. Bu maddeye göre valiler, "millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde ile bağlı ilçelerin birinde veya birkaçında bütün toplantıları" bir ayı geçmemek üzere erteleyebilirler.

#### **d. Toplanma Hakkının Kullanımına Müdahale Edilmesi**

TVGYK'de belirtilen usul ve sınırlamalara aykırı olarak düzenlenmesi nedeniyle kanuna aykırı olan veya kanuna uygun olarak düzenlenmesine rağmen sonradan kanuna aykırı hale gelen bir toplantı veya yürüyüşün müdahale ile dağıtılması söz konusudur. Müdahalenin esaslarına geçmeden önce bu müdahaleyi gerçekleştirecek emniyet birimi olan çevik kuvvet hakkında kısaca bilgi vermekte fayda görüyorum.

Çevik Kuvvet ile ilgili başlıca belirleyici düzenlemeler Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği (PÇKY) ve Emniyet Teşkilatı Kanunu'dur (ETK). PÇKY'nin dördüncü maddesine göre polis çevik kuvvet birimi, "illerde çevik kuvvet şube müdürlüğü veya grup amirliği, ilçelerde çevik kuvvet grup amirliği düzeyinde oluşturulan" emniyet kuruluşudur. Bu kuruluşun görevleri aynı yönetmeliğin on dokuzuncu maddesinde şöyle sayılmıştır:

- "a. Kanuna uygun toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin düzenini ve güvenliği sağlamak,
- b. Kamu düzenini bozabilecek nitelikteki toplumsal hareketlerin meydana gelmesi muhtemel yerlerde önleyici tedbirler almak,



- c. Grev ve lokavt sırasında işyerlerinin tahribe uğramasının veya işgalinin önüne geçmek, bu yerlerde devriye hizmetleri yürütmek,
- d. Kanuna aykırı sokak ve meydan hareketlerini önlemek,
- e. Toplumsal olayda, grev ve lokavtlar ile kanuna aykırı sokak ve meydan hareketlerinde toplumun veya kişilerin maddi ve manevi varlıklarını tecavüzlerden korumak,
- f. Diğer polis kuvvetlerinin yetersizliği halinde, her türlü tören veya gösterilerde gerekli güvenlik önlemlerini almak ve düzeni sağlamak,
- g. Özel timlerin yer almasını gerektirecek diğer operasyonları yapmak
- h. Yukarıdaki bentlerde gösterilen durumlarda meydana gelen kanuna aykırı olayları gerekirse zor kullanarak etkisiz hale getirmek.”

Çevik kuvvetin personel yapısı ve personelin görev süreleri ise ETK'nın ek on beşinci maddesinde belirtilmiştir. Buna göre “polis çevik kuvvet birimlerine seçilmiş ve burada görevlendirilmiş olan personelin bu birimlerdeki hizmet süreleri üç yıldır. İdarenin gerekli görmesi veya personelin istemi üzerine bu süre üç yıla kadar uzatılabilir. Polis çevik kuvvet birimlerinde görevli personel bu hizmetlerini tamamlamadan emniyet teşkilatının diğer hizmet birimlerinde görevlendirilemez.” Bu maddeden ve gündelik deneyimden de anlaşılacağı üzere çevik kuvvet emniyetin en genç ve tecrübesiz personelinden oluşmaktadır. Ayrıca çevik kuvvet görevi, emniyet teşkilatı içerisinde bir zorunlu hizmet niteliği taşımaktadır.

Çalışma şartlarının zorluğu, mesai saatlerinin belirsiz ve insanın dayanıklılığını aşacak derecede uzun olması, dinlenme saatlerinin kısa olması ve sık sık kesintiye uğraması, sürekli hazır bekletilme, toplanma hakkının kullanılacağı yerlerde uzun süreler ayakta, aç ve susuz bekletilme gibi muamele ve olumsuzluklar personelin içinde bulunduğu stresi arttırmakta ve de şiddet eğilimini tetiklemektedir. Çevik kuvvet amirliklerinin, teşkilat içerisinde sürgün yeri olarak görülmesi, kendisini kayıracak kimsesi olmayanların veya hiçbir işe

yaramayanların bu görevlere atandığı yönündeki algı da bu görevi yerine getiren amirlerin görevlerine ve personele olan saygısını yitirmesine neden olabilmektedir.<sup>29</sup> Personelin genç ve deneyimsiz olması, sürekli kalabalık gruplar halinde aynı ortamda olmaları, grup psikolojisine girmelerine veya toplanma hakkını kullanan kişilere karşı bir “biz-onlar” ayrımına yönelmelerine neden olabilmektedir.<sup>30</sup> Yaşanan bazı olaylar bu ayrımcı algının bilerek yaratıldığı ve genel olarak burada olumsuzluk olarak belirttiğim çalışma şartlarının bilerek zorlaştırıldığı düşünülmesine neden olmaktadır.<sup>31</sup> İsteyerek veya istemeyerek yaratılan tüm bu olumsuzluklar nedeniyle çevik kuvvet polisinin emniyet teşkilatı içerisinde kurumsal yabancılaşmayı en yoğun biçimde yaşayan birim olmasını beklemek yanlış olmayacaktır. Bu yabancılaşma neticesinde çevik kuvvet personelinin hukuksal makamları, yasaları göz ardı etmesi, şiddetin kurallarını (ya da kuralsızlığını) başvuru noktası olarak alması şaşırtıcı olmamalıdır. Yasanın, ya da yasal makamların olmadığı, sadece şiddetin belirleyici olduğu bir ortamda da çevik, ülke içinde şiddeti uygulayan birincil mekanizma olması nedeniyle “devlet benim” hatta “ben devletim” deme hakkı ve görevini kendisinde görebilecektir. Yabancılaşma arttıkça, polis kendisini ülkenin tek sahibi ve milletin menfaatlerinin tek koruyucusu sayacaktır.<sup>32</sup> Nihayet karşısındaki kalabalığı toplanma hakkını kullanan vatandaşlar olarak görme imkânını yitirecek ve *biz ve onlar* veya *devlet ve devlet düşmanları* ayrımını merkeze alan bir algı geliştirebilecektir.

Polisin eğitim süreçlerinde ve materyallerinde toplantı ve gösterilerle ilgili bilimsel geçerliliği ve toplanma hakkı ile ilgili hukuki

<sup>29</sup> T. C. Kamu Denetçiliği Kurumu, 2013/90, par. 416-419.

<sup>30</sup> ibid, par. 433.

<sup>31</sup> İpek İzci, “Çevik Kuvvete Çanakkale Gazı”, Radikal, 13.06.2013. [http://www.radikal.com.tr/turkiye/cevik\\_kuvvete\\_canakkale\\_gazi-1137517](http://www.radikal.com.tr/turkiye/cevik_kuvvete_canakkale_gazi-1137517) (erişim tarihi: 23.01.2015) Enis Tayman, “Gaz Sıkarken Küflü Ekmek Yemişler”, Radikal, 03.05.2013. [http://www.radikal.com.tr/turkiye/gaz\\_sikarken\\_kuflu\\_ekmek\\_yemisler-1132067](http://www.radikal.com.tr/turkiye/gaz_sikarken_kuflu_ekmek_yemisler-1132067) (erişim tarihi: 23.01.2015)

Enis Tayman, “Çevik Kuvvet’te Bir Eylem 300 Sürgünle Sonuçlandı”, Radikal, 04.01. 2013 [http://www.radikal.com.tr/turkiye/cevik\\_kuvvete\\_bir\\_eylem\\_300\\_surgunle\\_sonuclandi-1115277](http://www.radikal.com.tr/turkiye/cevik_kuvvete_bir_eylem_300_surgunle_sonuclandi-1115277) (erişim tarihi: 23. 01.2015)

Enis Tayman, “Polis Bugün Facebook’u Karartacak”, Radikal, 10.04.2012. [http://www.radikal.com.tr/turkiye/polis\\_bugun\\_facebooku\\_karartacak-1084468](http://www.radikal.com.tr/turkiye/polis_bugun_facebooku_karartacak-1084468) (erişim tarihi: 23.01.2015)

<sup>32</sup> Furkan Kararmaz, “Polisin Hukuka Uymak Konusundaki Gönülsüzlüğü Üzerine Bir Tartışma”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2014, C. 3, S. 2, s. 158.

yaklaşımına uygunluğu tartışmalı birtakım teoriler öğretilmektedir. Bu eğitim materyallerinde toplantı ve gösterilere katılan kişilerin irrasyonel oldukları, duygularıyla hareket ettikleri, illegal örgütlerin kuklası oldukları gibi düşünceler ileri sürülmektedir. Bu tür olayların bir tür sınır harbi olduğu ve sınırlarına hâkim olan tarafın kazanacağına yönelik telkinlerde bulunmaktadır.<sup>33</sup> Bir demokratik katılım biçiminin, sonunda bir tarafın kazanacağı diğer tarafın kaybedeceği bir mücadele olarak aktarılmasının genç polislerin kafasındaki *biz ve onlar* ayrımını güçlendirmesi kaçınılmazdır. Bunun yerine, barışçıl eylemlerin, olağan bir katılım biçimi olarak görülmesini sağlayacak bir eğitimin verilmesi gerekmektedir. Toplumsal olaylara müdahale edecek olan kolluk kuvvetleri, görevlerinin savunma amaçlı olduğunu ve savunacakları değerlerin yurttaşlara ait değerler olduğunu öğrenmelidirler. Hukukun üstünlüğü fikri ve uluslar arası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler hakkında bu görevlilerin farkındalık kazanmaları sağlanmalıdır. En başta “ben devletim, bu kalabalık da benim karşıma çıkmakla devlete meydan okuyor” anlayışının ortadan kaldırılması ve yerine insanlık ve yurttaşlık haklarının savunulması anlayışının getirilmesi gerekmektedir.<sup>34</sup> Ancak polisin böyle bir yaklaşıma sahip olması için öncelikle siyasal yönetimin bu görüşü benimsemesi şarttır. Sokak eylemlerinin yöneticiler tarafından muhatap alınmadığı, marjinalize edildiği, istisnai görüldüğü ve hukuka uygun olarak kurulmuş siyasi parti, dernek gibi örgütlerin “illegal örgütler” diye lanse edildiği bir siyasi atmosferde polisin özgürlükçü bir tutum sergilemesi maalesef beklenemez.

Çatışmaların azaltılması yönünde etkili olacağı savunulan uygulamalardan biri de çevik kuvvetin toplantı veya yürüyüşün yapılacağı yerlerde göstericilerden uzak olacak şekilde konumlandırılmasıdır. ‘Sıcak temas’ın son çare olarak görülmesi veya göstericilere yakın konumdaki polislerin mümkün olduğunca silahsızlandırılması can kayıplarını ve yaralanmaları önleme yolunda birer öneri olabilir. Ancak ülkemizde yaşanan olaylarda çeviğin hem silahlı hem de göstericilerle iç içe olduğu gözlemlenmektedir. Bu psikolojik ve fiili durumun iki ta-

<sup>33</sup> Ayşen Uysal, “Cop Gölgesinde Politika: Türkiye’de Toplumsal Olay Polisliği ve Sokak Eylemleri”, *Mülkiye Dergisi*, Ankara 2006, C. 30, S. 253, s. 87.

<sup>34</sup> T. C. Kamu Denetçiliği Kurumu, 2013/90, par. 430.

raf arasında düşmanca ve intikamcı tutum ve davranışların meydana gelme ihtimalini arttırabileceği ifade edilmektedir.<sup>35</sup>

Çevik kuvvetin idari ve sosyo-psikolojik durumunu böylece ortaya koyduktan sonra çevik kuvvet marifetiyle yapılacak müdahalenin esaslarına geçebiliriz. Kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşlere yapılacak müdahaleler ile ilgili hem PÇKY’de hem TVGYK’da hem de Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nda (PVSK) hükümler bulunmaktadır. Bu konuyla ilgili bu üç düzenlemede yer alan hükümler kimi zaman tekrara düşmekte kimi zaman çelişkiye düşürmektedir. Makaleyi mevzuatla doldurmamak ve okuyanları yormamak adına müdahale hakkında belirlenen usulleri olabildiğince özet olarak aktarmaya çalışacağım. Ayrıca Yoklama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğini konuyla doğrudan ilgili olmaması nedeniyle kapsamın dışında tutacağım.

Müdahale, kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşlerin zor kullanılarak dağıtılması ve kanuna aykırı eylemlerde bulunanların yakalanması işlemlerinden oluşmaktadır. PÇKY’nin dördüncü maddesine göre zor kullanma terimi “kanunsuz toplu hareket haline gelen bir toplumsal olayın etkisiz hale getirilmesi veya önlenmesi veya dağıtılması için; toplu hareketin niteliğine veya dağıtma sırasında meydana gelen cebir ve şiddet veya saldırı veya direnişin derecesine ve gereğine göre kademeli şekilde artan ölçüde bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanılması halini,” ifade etmektedir. TVGYK’nın yirmi dördüncü maddesine göre, bir toplantı veya yürüyüş kanuna aykırı hale gelirse, mahallin en büyük mülki amiri tarafından topluluğun dağıtılması kararı verilebilecektir. Mülki amir, yazılı veya acele hallerde sonradan yazı ile teyit edilmek kaydıyla sözlü emirle, mahallin güvenlik amirlerini veya bunlardan birini görevlendirerek olay yerine gönderecektir. Bir toplantı veya yürüyüşe yönelik zor kullanmanın gereğini ve derecesini takdir edecek olan kişi yine aynı kanunun on ikinci maddesi gereğince olay yerinde bulunan ve görevlendirilmiş olan en büyük rütbedeki amirdir. Müdahale emrini veren kimse bu emrin sorumluluğu da ona ait olacaktır. On birinci maddeye göre mülki amir verdiği emirden so-

<sup>35</sup> Ayşen Uysal, s. 91.

rumludur ancak emrin hatalı uygulanması halinde sorumluluk “kuruluşa göre, emniyet müdürü veya ilçe emniyet amirine aittir. Mülki amir, emirlerini doğrudan çevik kuvvet şube müdürüne veya grup amirine vermişse sorumluluk emri alan amire aittir.” Bu düzenlemeler kanunsuz bir emir veya suç teşkil eden bir emir söz konusu olduğunda sorumluların belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Ancak bu konuda PVSK’da tehlikeli bir hükmün yer aldığını belirtmek gerekmektedir. PVSK’nın ikinci maddesi polis bakımından kanunsuz emir konusunu düzenlemektedir. Bu maddeye göre “polis, amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse,” yerine getirmeyecek “ve bu aykırılığı emri verene” bildirecektir. “Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilirse, emir yerine” getirilecek ve bu halde, emri yerine getiren memur sorumlu olmayacaktır. Maddenin devamında ise konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği ve böyle bir emri yerine getirenlerin sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmektedir. Bu idari teşkilatımızın genelinde de geçerli olan kanunsuz emir ilkesinin polis bakımından ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Ancak maddenin ikinci fıkrasının dokuzuncu bendinde getirilen istisna, müdahale konusu bakımından önemlidir. Bu bende göre “kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için, yetkili amir tarafından verilecek” sözlü emirlerin derhal yerine getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca “bu emirlerin yazılı olarak verilmesi” istenilemeyecektir. Düzenlemeye göre “bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.” Asgari düzeyde idare hukuku bilgisine veya idari tecrübeye sahip bir kişi bu son cümlenin bir temenniden ibaret olduğunu görebilir. Kanunsuz emir ilkesine getirilen bu istisna uygulamada büyük sorunlara neden olabilecek niteliktedir. Çevik kuvvet memurunun amirinden gelecek her türlü emri gözü kapalı uygulaması gerekecek ve emrin uygulanması ile ilgili disiplin veya ceza hukukuna ilişkin bir sorun ortaya çıktığında bu durumdan amirinin sorumlu olduğunu ispat etmek durumunda kalacaktır. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ve bunlara müdahalenin dinamik yapısının emirlerin yazılı tebliğine imkân vermediği söylenebilir. Ancak bu duruma ilişkin yasal düzenlemenin sadece emri vereni değil aynı zamanda bu emri yerine getirecek memurları ve bu emrin

ilgilendirdiği bireyleri de koruyacak şekilde yapılması gerekmektedir. Mevcut düzenlemenin çevik kuvvet personeli üzerindeki baskıyı daha da arttıracığı açıktır.

Çevik kuvvetin görevi sadece kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşlerle sınırlı değildir. Kanuna uygun yapılan bir toplantı ve yürüyüşte de çevik kuvvet hazır bulunur. PÇKY'nin yirmi beşinci maddesine göre bu tür durumlarda çevik kuvvet, söz konusu "topluluğu toplanmasından dağılmasına kadar yakından takip ve kontrol altına almakla", "topluluğu tahrik edecek her türlü olumsuzluğa karşı tedbir almakla", "gerektiğinde düzenleme kuruluna yardımcı olmakla" ve "topluluğun toplanma hakkını kullanmasını engellemeye veya düzeni bozmaya çalışanları etkisiz hale getirip uzaklaştırmakla" görevlidir. Kanuna aykırı bir toplantı veya yürüyüş ile ilgili yapılması gerekenler de aynı maddede sırasıyla belirtilmiştir. Bu gibi durumlarda çevik kuvvet, öncelikle gruba kanuna uyararak dağılmaları yönünde çağrıda bulunmalı ve aksi halde zor kullanılacağını bildirmelidir. Güvenlik kuvvetlerine karşı fiili mukavemet veya güvenlik kuvvetlerince korunan bölgelere fiili saldırı hallerinde bu ihtarın yapılması gerekmemektedir. Belirtmek gerekir ki kanunda geçen 'fiili mukavemet' ifadesi açık bir ifade değildir. İhtar şartı aranmaksızın zor kullanılacak durumların daha açık bir şekilde ifade edilmesi öngörülebilirlik bakımından daha uygun olacaktır. Aynı madde gereğince, ihtarla rağmen topluluğun dağılmaması halinde çevik kuvvet "yeteri kadar zor kullanarak" öncelikle topluluğun bulunduğu yerde kalmasını temin etmelidir. Topluluğun diğer gruplarla birleşerek büyümesine engel olmalı; bu mümkün değilse zor kullanımının derecesi arttırılarak topluluğu dağıtma yoluna gitmelidir.

Yirmi beşinci madde zor kullanımının derecesinin, toplu hareketin ve dağıtma sırasında gösterilen direncin niteliğine ve ağırlığına göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu zor kullanımı kademeli şekilde artan ölçüde bedeni kuvvet, maddi güç veya silah kullanımı şeklinde gerçekleştirilebilecektir. PVSK'nın on dokuzuncu maddesine göre,

- Bedeni kuvvet, "polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü";

- Maddi güç, “polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını,” ifade etmektedir.

Aynı maddeye göre polis,

- Meşru müdafaa halinde,
- Bedeni kuvvet ve maddi gücün direnişi kırmaya yetmemesi durumunda, direnişi kırarak ölçüde silah kullanma yetkisine sahiptir.

TVGYK'nın yirmi dördüncü maddesi, topluluk içerisinde küçük bir grubun kanuna aykırı eylem ve tutumlarının bütün topluluğa mal edilmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Maddeye göre toplantı ve gösteri yürüyüşü içerisinde kanuna aykırı silah ve maddeler taşıyanlar veya slogan atanlar varsa güvenlik güçleri öncelikle bunların uzaklaştırılması ve toplantı veya gösterinin devam ettirilmesi yoluna başvurmalarıdır. Ancak, bu kişilerin sayı ve davranışları toplantının genel olarak kanuna aykırı bir hal almasına neden oluyorsa müdahale edilmesi gerekmektedir. PÇKY'nin yirmi yedinci maddesi topluluğun içerisindeki küçük bir gruba veya topluluğun geneline müdahale edildiği durumlarda kişilerin yakalanmasında gereği ölçüsünde zor kullanılması ve yakalanmış zanlılara karşı topluluğun tansiyonunu yükseltici hareketlerden kaçınılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Ancak malesef müdahale, yakalama ve nakil esnalarında ve de karakollarda polisler tarafından kişilerin tekme tokat dövüldüğü, kişilere hakaret edildiği, kadınlara cinsel tacizde bulunduğu, erkeklerin fiili livata ile tehdit edildiği ve az sayıda da olsa kişiler üzerinde sigara söndürme vb. ağır işkencelerin gerçekleştirildiği haberlere ve resmi raporlara konu olmaktadır.<sup>36</sup> Keza AİHM'de de toplanma hakkıyla ilgili olan ve Türkiye'nin mahkum edildiği kararların büyük çoğunluğu bildirim şartının yerine getirilmemiş olmasından dolayı barışçıl gösterilere kuvvet kullanılarak müdahale edilmesi ve müdahalelerin orantısız sertliği gerekçeleri ile temellendirilmiştir.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği, 2013, s. 12.

<sup>37</sup> Ziya Ç. Tanyar, s. 593.



Barışçıl toplanmalara zor kullanarak müdahale edilmesi veya barışçıl olmayan toplanmalara müdahale ederken orantısız güç kullanılması, sadece toplanma hakkıyla ilgili on birinci madde değil, sözleşmenin kişi güvenliği hakkını düzenleyen ikinci maddesi, her türlü kötü muameleyi yasaklayan üçüncü maddesi ve -kullanılan gücün kişinin yaşamını tehlikeye sokması halinde- yaşam hakkını düzenleyen beşinci maddesi bakımından da ihlallerin ortaya çıkmasına ve AİHM tarafından taraf devletler aleyhinde kararlar verilmesine neden olabilmektedir.<sup>38</sup> Toplanma hakkına müdahale ile ilgili Türkiye hakkında çok sayıda mahkûmiyet kararının verilmiş olmasının nedeni, mahkeme ve Türk idaresinin konuya bakışındaki farklılıktır. Kararlara bakıldığında Türk idaresi için, bir toplantı veya yürüyüş bakımından birincil önemde olan husus bildirim şartının yerine getirilip getirilmemiş olmasıdır. Bu doğrultuda idare, toplantı ve gösterileri kanuna uygun olanlar ve kanuna aykırı olanlar ayrımı çerçevesinde değerlendirmekte ve idari eylem ve işlemler bu değerlendirmeye göre şekillenmektedir. AİHM ise bir toplantı veya yürüyüşü değerlendirirken öncelikle şiddet veya şiddete çağrı içerip içermemesine ve de demokratik değerleri ortadan kaldırmaya yönelip yönelmemesine bakmakta ve bu doğrultuda barışçıl toplanmalar ve barışçıl olmayan toplanmalar ayrımına gitmektedir. Barışçıl olmayan gösteriler elbette AİHS'nin on birinci maddesinin korumasından yararlanamayacaktır. Ancak mahkemeye göre barışçıl toplantılara müdahale edilmesi demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gibi demokratik toplumun varlığı bakımından bir tehdit de teşkil edebilmektedir.<sup>39</sup> Türkiye lehine karara bağlanmış olan bir başvuruda AİHM, bildirim şartı gerçekleştirilmeden düzenlenen bir gösteride polisin dağılımı ih-tarı üzerine topluluğun saldırıya geçmesinin ve kamuya özel kişilere ait mallara zarar vermesinin toplanmanın barışçıl niteliğini ortadan kaldırdığını ve bunun üzerine toplananların zor kullanılarak dağıtıl-masının on birinci maddeye aykırılık teşkil etmediğini belirtmiştir.<sup>40</sup> Türkiye aleyhine verilen bir kararda ise bildirim şartının gerçekleştirilmemiş olmasının bir yürüyüşün derhal dağıtılmasını gerektirmediğini, gösterinin barışçıl bir biçimde gerçekleştirildiği durumlarda zor

<sup>38</sup> Ümit Kılınc, s. 293.

<sup>39</sup> ibid, s. 283.

<sup>40</sup> Ziya Ç. Tanyar, s. 607; Kamil Kartal/Türkiye, 29768/03, 16 Aralık 2008.



kullanarak müdahale etmenin meşru olmadığını belirtmiştir.<sup>41</sup> Mahkemenin bu tür durumlarda idari organlardan belirli bir hoşgörü göstermelerini ve toplantının veya gösterinin “kamusal tartışmaya katkısı ve önemi, verilen süre içerisinde mesajın veriliş verilişmediği, toplantının devamının başka kişilerin hak ve özgürlüklerine etkisi hususlarını” göz önünde tutarak eylemde bulunmalarını beklediğini söylemek mümkündür.<sup>42</sup> Bu noktada bir hususa açıklık getirmekte fayda görüyorum. Mahkeme, hiçbir kararında bildirim şartına uymamanın yasaya aykırı olup olmadığını tartışmamıştır. Bildirim şartı yerine getirilmemişse gerçekleştirilen toplanma elbette mahkeme nazarında da yasaya aykırı bir toplanmadır. Mahkeme yasaya aykırı toplanmanın zor kullanılarak dağıtılması için yasaya aykırılık şeklindeki hukuki sebebin yanında gösterinin barışçıl niteliğini ortadan kaldıran belirli fiili sebeplerin de ortaya çıkmış olması gerektiğini belirtmektedir.

Yurt çapında yüz binlerce kişinin dâhil olduğu, sekiz kişinin hayatını kaybettiği, on bine yakın kişinin yaralandığı ve 126 kişinin tutuklanmasıyla sonuçlanan Gezi Parkı protestolarının fitilini ateşleyen olayın “parkı diğer vatandaşların kullanımına açmak”<sup>43</sup> amacıyla 31 Mayıs 2013 gecesi saat 04:20’de az sayıda çevreciden oluşan protestocuların çadırlarının zabıtalarca ateşe verilmesi ve aynı günün sabahında şiddete başvurmeyen ve başvurma eğilimi de göstermeyen az sayıda kişiye gaz spreylere ile müdahale edilmesi olduğunu hatırlayalım. Bu olayı *hatırlamak*, AİHM’in talep ettiği değerlendirmeyi doğru yapmayı sağlayacak idari basiretin, bir devlet adamı ve kamu görevlisi olmak bakımından ne kadar önemli olduğunu idrak etmede yardımcı olacaktır.

#### e. Toplantı ve Gösterilere Katılanların Cezalandırılması

TVGYK’nın yirmi sekizinci ve Türk Ceza Kanununun iki yüz altmış beşinci maddeleri, kanuna aykırı toplantı ve gösterilere katılan kişiler bakımından söz konusu olabilecek cezaları düzenlemiştir. TVGYK’nın yirmi sekizinci maddesine göre kanuna aykırı toplantı veya gösterileri düzenleyenler, yönetenler ve bunlara katılanlar “fil

<sup>41</sup> ibid, s. 608; Protopapa/Türkiye, 16084/90, 24 Şubat 2009.

<sup>42</sup> Kerem Altıparmak, 2013.

<sup>43</sup> T. C. Kamu Denetçiliği Kurumu, 2013/90, par. 32.

daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası" ile karşı karşıya kalacaklardır. İhtar ve müdahaleye rağmen kolluk kuvvetlerine cebir veya tehdit kullanılarak direnilmesi halinde ise TCK'nın iki yüz altmış beşinci maddesinin birinci fıkrasında "altı aydan üç yıla kadar olduğu" belirtilen ceza üçüncü fıkradaki nitelikli halin gerçekleşmesi nedeniyle üçte biri oranında arttırılarak verilecektir. Bu iki cezanın birlikte verilmesi söz konusudur. Örnekeleyecek olursak, parkta gerçekleştirilen bir toplantıya katılan bir kişi, polisin ihtarına ve müdahalesine rağmen toplantıdan ayrılmamışsa ve kendisine müdahale eden polisleri de iteklemişse, TVGYK'nın yirmi sekizinci maddesi uyarınca bir yıl altı aydan üç yıla, TCK'nın belirtilen maddesi uyarınca da dokuz aydan dört buçuk yıla kadar olmak üzere toplamda iki yıl üç aydan yedi buçuk yıla kadar hapis cezası ile karşılaşabilecektir.

Yirmi sekizinci maddenin son fıkrasına göre, polisin kanunen gerekmediği halde müdahale etmesi durumunda, toplantıya katılan kişilere verilecek cezalar dörtte bire kadar indirilebilecek veya ceza verilmeyebilecektir.

Bu konu ve belirtilen kanun maddeleri ile ilgili olarak yapılan yargılamalara bakıldığında, kanuna yansıyan zihniyetin yargıda da karşılığını bulduğunu görmek mümkündür. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2004 yılında verdiği bir karar<sup>44</sup>, barışçıl toplanmalara gösterilmesi gereken hoşgörünün yargıda da gösterilmediğini ortaya koymaktadır. Söz konusu yargılama, SEKA Dalaman işletmesinin özelleştirilmesine karşı SEKA işçilerinin yaptığı bir eylemle ilgilidir. Polis tutanaklarına göre, olayda SEKA Müessesesi Müdürlüğü önünde; Selüloz-İş sendikasına üye bir grup işçi, 'bu işyerinde, işyerinden çıkmama eylemi yapılmaktadır.' pankartını giriş kapısının önüne asmış ve slogan atarak gösteri yapmaya başlamışlardır. Olay yerine intikal eden görevlilerce topluluğa dağılma ihtarında bulunulmuş ancak topluluk dağılmayıp, slogan atmaya devam etmiştir. Topluluk sendika yöneticileri ile birlikte SEKA önünden geçmekte olan devlet karayolunu saat 21.45 sıralarında ulaşıma kapatarak 25-30 dakika ka-

<sup>44</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2004/8-65 E., 2004/117 K.

dar trafiği engellemiş<sup>45</sup>, karayolunu saat 22.30 sıralarında terkemiş ve nihayet SEKA giriş kapısı önündeki eylemlerini de saat 01.00 sıralarında sonlandırmıştır. Olayda yönlendirici konumda oldukları tespit edilen sendika yöneticileri hakkında açılan dava Dalaman Asliye Ceza Mahkemesinde görülmüş. Mahkeme sanıkların 1 yıl 6 ay hapis ve 91.260.000 lira ağır para cezası ile cezalandırılmalarına ve cezalarının ertelenmesine karar vermiştir. Kararın sanıklarca temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 8. Ceza Dairesi “olayın adı geçen sendikayı doğrudan ilgilendiren bir konuda demokratik bir tepki niteliğinde kabul edilmesinin gerektiği gözetilmeden yazılı biçimde mahkûmiyet kararı verilmesini” isabetsiz bulmuş ve kararı bozmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, atılan sloganların ve açılan pankartların devlet aleyhine olduğunu<sup>46</sup>, karayolunun trafiğe kapatılmış olduğunu ve gösterinin altı saat sürmüş olmasını öne sürerek olayın aniden gelişip son bulan bir demokratik tepki olarak görülemeyeceğini belirtmiş ve karara itiraz etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu başsavcılığın itirazını haklı bulmuş ve kanuni bildirim yapılmamış olmasını vurgulayan bir gerekçeyle bozma kararını kaldırmıştır.<sup>47</sup>

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2009 tarihli bir kararında<sup>48</sup> ise toplantı ve gösterilere katılan kişilerle ilgili olarak yapılan yargılamalarda bu kişilere ceza verilmesi için polislerin tanıklığının tek başına yeterli görüldüğü, başka delil aranmasına yer olmadığı düşünülüyor görülmektedir. Hukuki mantık ve argümantasyon bakımından da son derece sorunlu olan bu karar ve ilgili yargısal sürecin incelenmesini -konunu dağılmasına neden olacağından ötürü- okuyucuya bırakmakta yarar görüyorum.

<sup>45</sup> AİHM’e göre karayolunu trafiğe kapatmak bir gösterinin şiddet içeren bir eylem değildir ve tek başına bir gösterinin barışçıl niteliğini bozmamaktadır. Bkz. G./Almanya, 13079/87, 6 Mart 1989. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-1054> (erişim tarihi: 28.01.2015)

<sup>46</sup> Gösteride “ABD’nin piçleri, satamazsınız kitleri”, “futbolcular kadar değerimiz yok”, “direne direne kazanacağız”, “yaşasın haklı direnişimiz”, “dünya yerinden oynasa meclisten adam çıkmaz”, “kitler peşkeş çekilemez” şeklinde slogan ve pankartların kullanıldığı polis tutanaklarına geçmiştir.

<sup>47</sup> Genel Kurul’un, kanuni indirim hükümlerinin her sanığa aynı uygulanmamış olması nedeniyle yerel mahkeme kararını da bozduğunu belirtmek gerekir. Ancak bu durum, bu çalışmada incelenen konu bakımından bir önem arz etmemektedir.

<sup>48</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2008/9-169 E., 2009/186 K.

Kanuna aykırı eylemlere katılan kişilerin cezalandırılması bakımından AİHM'in tutumu, müdahaleler ile ilgili verdiği kararlardaki yaklaşımı ile paralellik arz etmektedir. Cezalandırma bakımından da AİHM, barışçıl olan ve barışçıl olmayan toplanmaların ayrı tutulması gerektiği görüşündedir. Mahkemeye göre barışçıl toplantı ve yürüyüşlere katılan şahıslar hakkında adli soruşturma ve kovuşturma yapılması ve bu kişilerin hapis cezaları ile karşı karşıya bırakılması orantılı bir tedbir değildir ve bu nedenle AİHS'in on birinci maddesinin ihlali niteliğindedir. Ancak iç hukuk düzenlemelerinin anlamsızlaşmasının önlenmesi adına bu kişilere para cezası uygulanması kabul edilebilir. <sup>49</sup> AİHM'in bu yaklaşımı ışığında, bildirim yapılmamış bir toplantı veya yürüyüşe sadece katılmış olmayı dahi bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile müeyyideye bağlayan TVGYK'nın yirmi sekizinci maddesinin AİHS'nin on birinci maddesi ile bağdaşmadığını söylemek mümkündür.

#### **f. Kolluk Personeli Hakkında Etkili Soruşturma ve Kovuşturmanın Yapılmaması**

Barışçıl gösterilere zor kullanılarak müdahale edilmesi veya barışçıl olmayan gösterilere yapılan müdahalelerde orantısız güç kullanılması nedeniyle bireylerin zarar görmesi durumunda bu müdahaleleri yapan kolluk görevlilerinin bu zarardan sorumlu tutulması gerekmektedir. AGİT'in toplanma hakkı ile ilgili kılavuzunda da hukuka aykırı veya orantısız güç kullanan kamu görevlilerinin mutlaka hukuki, cezai ve disipline ilişkin müeyyidelere tabi tutulması gerektiği vurgulanmıştır. <sup>50</sup> Aynı doğrultuda zor kullanma yetkisinin hukuki sınırlarının aşılmadığına ilişkin etkili soruşturma ve kovuşturmanın yapılması AİHS'in on birinci maddesinin bir gereğidir. AİHM kararlarına bakıldığında, kolluk personeli hakkında yapılan soruşturma ve kovuşturmaların etkili olup olmadığının denetlenmesinin beş ilke çerçevesinde yapıldığı görülmektedir. Bu ilkelerin "(a) bağımsızlık (b) yeterlik (c) çabukluk (d) kamu tetkiki (e) mağdurun sürece dâhil edilmesi olduğu" şeklinde olduğu ifade edilmektedir. <sup>51</sup> Bağımsızlık

<sup>49</sup> Ümit Kılınc, s. 299.

<sup>50</sup> OSCE\Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2010, s. 20.

<sup>51</sup> T. C. Kamu Denetçiliği Kurumu, 2013/90, par. 151/16.

ilkesi, soruşturmayı yürütecek olan savcılarının ve kovuşturma aşamasına geçildiğinde mahkeme ve yargıçların vakaları tarafsız ve bağımsız olarak değerlendirmelerini gerektirmektedir. Bireylerin uğradığı zararın sebebinin ve failinin belirlenmesi aşamasında tüm delillerin ortaya çıkarılmasının sağlanması, sorumluların cezalandırılması ve mağdurlara tatmin edici bir tazminat verilmesi ise yeterlik ilkesi ile ilgilidir. Bu bakımdan mahkeme, meydana gelen zararla ilgili, "kim, nerede, ne zaman, nasıl yaralandı; kim güç kullandı, güç kullanma emrini kim verdi" gibi soruların tümünün yanıtlanmasına yönelik bir soruşturma yapılması gerektiğini belirtmektedir.<sup>52</sup> Çabukluk ilkesi gereğince soruşturmanın derhal başlatılması gerekmektedir. Soruşturma makamları olaydan haberdar olur olmaz ve re'sen harekete geçmelidirler.<sup>53</sup> Yine aynı ilke gereği soruşturma ve kovuşturmalar aylarca uzatılmamalı ve makul sürelerde tamamlanmalıdır. Kamu tetkiki ve mağdurun sürece dâhil edilmesi ilkeleri, soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin kamu ve mağdur tarafından denetlenmesine açık olmasını öngörür. Bu bakımdan bu ilkelerin belirli bir şeffaflığın sağlanmasına yönelik olduğu söylenebilir. MOBESE kayıtları, fotoğraflar, tanık beyanları, polis tutanakları vs. birçok belge ve bilgi savcılarının dolayısıyla devletin elindedir. Bu belgelere mağdurların da ulaşmasının etkin bir şekilde sağlanması gerekmektedir.<sup>54</sup>

2014 yılı itibariyle etkili soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle AİHM'de Türkiye aleyhine verilmiş olan kararların sayısı seksen üçtür.<sup>55</sup> Bu kararlar yaşam hakkının ihlali, işkence ve kötü muamele ile ilgilidir. Bu sayı, yaşam hakkına saygı duymamanın, işkencenin ve kötü muamelenin Türkiye'de bir idari teamül haline gelip gelmediğini söylemek için yeterli değilse de bu fiilleri işleyenlerin adli ve idari makamlarca gereğinden fazla korunup kollandığını açıkça ortaya koymaktadır.

Türkiye'de kamu görevlileri ile ilgili soruşturma ve kovuşturmaların yapılması bakımından işin henüz başında, bu soruşturmaların izne

<sup>52</sup> Osman Doğru, "Soruşturma(ma)", Radikal Gazetesi, 14 Temmuz 2013. <http://www.radikal.com.tr/radikal2/sorusturmama-1141905> (erişim tarihi: 29.01.2015)

<sup>53</sup> Batı ve Diğerleri/Türkiye, 33097/96, 03.06.2004, par. 133. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61805> (erişim tarihi: 28.01.2015)

<sup>54</sup> Osman Doğru, 2013.

<sup>55</sup> Ümit Kılınc, s. 301.

bağlanmış olması nedeniyle, sorunlar yaşanmaktadır. Kolluk personelinin yargılanması, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a göre yapılacaktır. Bu kanuna göre konumuz bakımından, kolluk personelinin fiili, işkence suçu teşkil etmediği sürece savcılarının soruşturma yapabilmesi, mülki amirin iznine bağlı olmaktadır. İşkence vakalarında dahi savcılarının fiilleri "kamu görevini kötüye kullanma" veya "kasten yaralama" olarak nitelendirmeleri nedeniyle her türlü vakanın soruşturulması mülki amirlerin yani idarenin iznine tabi tutulmaktadır.<sup>56</sup> Savcılarının idari personeli soruşturmak için yine idareden izin almak zorunda kalmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığını kabul etmek gerekir. Toplantı ve gösterilerle ilgili olarak, savcılarının mağdurların şikâyetlerini toplantının kanuna uygun olup olmamasına göre değerlendirdikleri de belirtilmektedir.<sup>57</sup> Toplantının kanuna aykırı olması durumunda savcılarının orantısız güç kullanan görevlilerle ilgili şikâyetleri dinlememelerinin bir hukuksal dayanağı olamaz. Kişi şiddete başvurmuş olsa dahi polisin ve evleviyetle savcının hukuku uygulaması gerekir. Bu vesileyle hatırlatmak isterim ki, çevik kuvvet ve genel olarak kolluk tedbirleri, birer tedbirdirler, ceza değildirler. Polis etkinliğinin cezai amaçlarla veya toplumu tedip ve terbiye etme amaçlarıyla kullanıldığı bir devlet hukuk devleti değildir ve böyle bir devletin çağımızda bireyler üzerinde kuracağı iktidarın demokratik meşruiyeti söz konusu olamaz.

4483 sayılı kanundan kaynaklanan bir diğer sorun ise kanunun dördüncü maddesi ile ilgilidir. Bu maddenin üçüncü fıkrası ihbar veya şikâyet üzerine kamu görevlileri hakkında soruşturma açılabilmesi için "yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddî bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru adı, soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması" şartlarını getirmiştir. Bu hükmün toplantı ve yürüyüşlere yapılan orantısız müdahalelere ilişkin ihbar ve şikâyetler bakımından uygulanması birçok ihbar ve şikâyetin geri çevrilmesine neden olmaktadır. Bir toplantı veya gösteriye müdahale çoğu zaman

<sup>56</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği, 2013, s. 17.

<sup>57</sup> Kerem Altıparmak, 2013.; Pekaslan vd./Türkiye, 4572/06, 20 Mart 2012, par. 63; Cemalettin Canlı/Türkiye, 26235/04, 09 Şubat 2010, par. 31; Karatepe/Türkiye, 33112/04, 07 Nisan 2009, par. 32; Kop/Türkiye, 12728/05, 20 Ekim 2009, par. 38.

o toplantının büyüklüğü oranında bir keşmekeşe neden olmaktadır. Yoğun gaz, gürültü ve kaçışma esnasında yaralanan kişinin, şikâyetle ilgili bu şartları yerine getirmesi çoğunlukla mümkün olamamaktadır. Çevik kuvvete arkası dönük bir şekilde kaçarken kafasından gaz kapsülü ile vurulan kişinin olayla ilgili şikâyetinde kendisini vuran kişiyi belirtmesini veya iddialarını belgelendirmesini beklemek adil olmayacaktır. Bu tür durumlarda mağdurun olayı belirtmesi ile yentinilmesi, kişiye ve olayın diğer detaylarına ilişkin bilgilerin savcılık tarafından araştırılmasının öngörülmesi konunun doğasına bir nebze daha uygun olacaktır. Belirtilmesi gereken diğer bir sorunlu düzenleme ise 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanundur. Bu kanunun üçüncü maddesi hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülmekte olan kolluk görevlisinin duruşmalardan varestede tutulabileceğini ve hakkında açığa alma, işten el çektirme işlemlerinin uygulanamayacağını hükme bağlamaktadır. Bu hüküm, sanık veya şüpheli kolluk görevlileri bakımından aşırı bir koruma getirmekte, bunların tutuklanmasını ise imkânsız kılmaktadır.<sup>58</sup>

Zor kullanma yetkisinin sınırlarının aşılması nedeniyle bireylerin bir zarara uğraması durumunda başvurulacak yasa hükmü TCK'nın 'zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması' başlıklı iki yüz elli altıncı maddesidir. Bu maddeye göre "zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler" uygulanacaktır. Ancak işkence suçunu düzenleyen doksan dördüncü maddeye başvurulması da mümkündür. Zira iki yüz elli altıncı madde "zor kullanma yetkisine sahip" kamu görevlisinden bahsetmektedir. Zor kullanma yetkisinin varlığı her olay bakımından ayrı değerlendirilmelidir. Olayın unsurları, kamu görevlisini hukuken zor kullanmayla yetkili kılmıyorsa bu durumda gerçekleştirilen şiddet fiillerinin işkence olarak nitelendirilmesi de - diğer şartların da varlığı halinde- söz konusu olabilecektir.<sup>59</sup>

Toplanmalara yapılan müdahalelerde orantısız güç kullanımının idare tarafından önlenmemesi ve yargı tarafından da cezasız bırakılması AİHS'nin ikinci maddesi bakımından da ihlallerin meydana

<sup>58</sup> Osman Doğru, 2013.

<sup>59</sup> Kerem Altıparmak, 2013.



gelmesine sebep olmaktadır. AİHS'nin ikinci maddesi taraf devletlere yaşam hakkına saygı gösterme, bu hakkı koruma, yaşam hakkına müdahale durumlarında etkili soruşturma ve kovuşturma yaparak sorumluları cezalandırma ve de bu müdahaleleri engelleyecek caydırıcı bir mevzuata sahip olma sorumluluğu yüklemektedir.<sup>60</sup> Bu bakımdan TCK'nun yirmi yedinci maddesinin, hakkında soruşturma veya kovuşturma açılmış olan kamu görevlilerinin cezasız bırakılmasında bir araç olarak kullanılması AİHM'in dikkat çektiği sorunlardan bir diğeridir. Maddenin ikinci fıkrası meşru müdafaa durumlarında sınırın aşılmasının mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan ileri gelmiş olması durumlarında faile ceza verilmeyeceğine hükmetmektedir. Mahkemeye göre bu madde ile uygulamada güvenlik güçleri bakımından aynı kanunun iki yüz elli altıncı maddesinin caydırıcılığı ortadan kaldırılabilir. Bu durumda da "devlet görevlilerinin kendi kontrollerine tabi kişilerin haklarını çiğnemeleri ve neticesinde cezasız kalmaları" söz konusu olabilmektedir.<sup>61</sup>

## SONUÇ

Toplanma hakkı ve bu hakkın kullanımı ile ilgili AİHS ve AİHM içtihadı ile Türk mevzuatı ve uygulaması arasında temel algı ve anlayış farklılıkları yer almaktadır. AİHS ve AİHM'de toplantı ve yürüyüşler öncelikle barışçıl olup olmamalarına göre değerlendirilmektedir. Barışçıl olmayan gösteriler diğer bütün kanuni şartlar yerine getirilmiş olsa dahi hukuken korunmaya değer görülmezken, barışçıl gösteri ve yürüyüşlere sırf kanuni şartların yerine getirilmemesi nedeniyle zor kullanılarak müdahale edilmemesi gerektiği belirtilmektedir. Gerek AİHS hükümlerinde gerekse AİHM'in bu konuda verdiği sayısız kararda bu tutumun istikrarlı ve tutarlı bir şekilde sürdürüldüğü görülmektedir. Öte yandan Türkiye'nin de mevzuatı, idari uygulamaları ve yargı kararları ile kendi tutumunda direttiğini söyleyebiliriz. Bu tutum, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ile getirilen şartlara uymayan toplantı ve yürüyüşlerin güç ile dağıtılması ve toplanma hakkı ile ilgili kanuni sınırlamalara uymayanlara polis eliyle ceza verilmesi

<sup>60</sup> Ümit Kılınc, s. 297; İzci/Türkiye, 42606/05, 23.07.2013.

<sup>61</sup> Aydan/Türkiye, 16281/10, 12.03.2013, par. 101. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-125916> (erişim tarihi: 28.01. 2015)



tutumudur. Türkiye AİHM'in zorunlu yargı yetkisini tanıdığı 1990 yılından bu yana toplanma hakkı ile ilgili yüzü aşkın davada haksız bulunmuş, aynı konularla ilgili defalarca uyarılmış ve mahkûm edilmiştir. Öyle ki bu davaların bazılarında AİHM yargıçlarının hukuk dilinin sınırları dâhilinde azarlamaya varacak türde ifadeler kullandıkları görülmektedir.

Türkiye'nin üzerine düşen -eğer AİHM'in zorunlu yargı yetkisini tanımayı sürdüreceksen- toplanma hakkının kullanılması ile ilgili AİHM kararlarında ifadesini bulan anlayışı benimsemektir. Bu doğrultuda ilk adım yasal düzenlemeler alanında atılmalıdır. Toplanma hakkının kullanımıyla ilgili her ne kadar özel bir yasa getirilmiş olsa da toplantı ve gösterilerde gerçekleştirilecek kolluk faaliyetleri hakkında çok sayıda kanun ve kanun altı düzenleme vardır. Sırf bu çalışma çerçevesinde atıf yapılan düzenlemeleri şöyle sıralayabiliriz:

- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu
- Türk Ceza Kanunu
- Emniyet Teşkilatı Kanunu
- Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
- Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun
- Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun
- Yoklama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği
- Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği
- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik

Bu düzenlemelerin hepsinde toplanma hakkının kullanılması ve kullandırılması ile ilgili konularda hükümler bulunmaktadır. Bu düzenleme kalabalığının, gerek toplanma hakkını kullanacak kişiler bakımından gerekse topluluğa müdahale edecek genç çevik kuvvet görevlileri bakımından bir öngörülebilirlik sorunu yarattığının kabul edilmesi gerekmektedir. Polisin güç kullanması ile ilgili düzenlemelerin kolay ulaşılabilir olması, güç kullanma düzeyleri ve şartlarının

açık ve anlaşılabilir ifadelerle belirtilmiş olması bu öngörülebilirlik sorununun bir nebze aşılmasını sağlayabilir. Bunun yanı sıra ve belki de bundan daha acil olarak ulusal mevzuatımızın barışçıl olan - barışçıl olmayan toplanma ayrımı çerçevesinde yeniden gözden geçirilmesi ve toplanma hakkına yönelik yer, zaman ve usule ilişkin kısıtlamaların demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Kolluk uygulamalarında da barışçıl - barışçıl olmayan toplanma ayrımının gözetilmesi yönünde gerekli adımlar atılmalıdır. Toplanmalara müdahale esnasında orantısız güç kullanan görevliler hakkında gerekli idari ve disipline ilişkin soruşturmaların açılması ve ciddiyle sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu tedbirlerin etkili olabilmesi için kolluk personeli ile toplantı ve gösterilere katılan kişiler arasındaki düşmanca tavır besleyen kamusal ve sivil kaynaklı etkenlerin ortadan kaldırılması ve de toplanma hakkının olağan demokratik katılım biçimlerinden biri olarak siyasi kültürümüzde kabul edilmesi yönünde farkındalığı arttırıcı çalışmalar yapılmalıdır. Orantısız güç kullanımından sorumlu olan görevliler hakkında yargı alanında da etkin soruşturma ve kovuşturma yapılması gerekmektedir. Ancak bu halde toplanma hakkına yönelik ihlaller azalacak ve hukuk devleti ilkesinin uygulamaya hâkim olmasını sağlanabilecektir.

## Kaynakça

### Atıf Yapılan Eserler

- Alpkaya Gökçen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğüne Hak", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2001, C: 56, S: 3.
- Kararmaz Furkan, "Polisin Hukuka Uymak Konusundaki Gönülsüzlüğü Üzerine Bir Tartışma", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2014, C: 3, S: 2, s. 153-160.
- Kılınç Ümit, "Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve Devletin Yüklümlükleri", *TBB Dergisi*, Ankara 2014, S: 110, s. 281-304.
- OSCE\Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, OSCE\ODIHR, Varşova, 2010.
- Tanyar Ziya Ç., "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı", *AUHFD*, Ankara 2011, C. 60, S. 3, s. 593-634.
- Uysal Aysen, "Cop Gölgesinde Politika: Türkiye'de Toplumsal Olay Polisliği ve Sokak Eylemleri", *Mülkiye Dergisi*, Ankara 2006, C: 30, S: 253, s. 79-94.

### Gazete Haber ve Yazıları

- Altıparmak Kerem, "Gezinin Hatırlattığı Hak: Barışçıl Toplantı", Bianet, 03 Temmuz 2013. <http://bianet.org/bianet/toplum/148157-gezi-nin-hatirlattigi-hak-bariscil-toplantı> (erişim tarihi: 15.10.2014);
- Doğru Osman, "Soruşturma(ma)", Radikal Gazetesi, 14 Temmuz 2013. <http://www.radikal.com.tr/radikal2/sorusturmama-1141905> (erişim tarihi: 29.01.2015)
- İzci İpek, "Çevik Kuvvete Çanakkale Gazi", Radikal, 13.06.2013. [http://www.radikal.com.tr/turkiye/cevik\\_kuvvete\\_canakkale\\_gazi-1137517](http://www.radikal.com.tr/turkiye/cevik_kuvvete_canakkale_gazi-1137517) (erişim tarihi 23.01.2015)
- Tayman Enis, "Çevik Kuvvet'te Bir Eylem 300 Sürgünle Sonuçlandı", Radikal, 04.01.2013 [http://www.radikal.com.tr/turkiye/cevik\\_kuvvete\\_bir\\_eylem\\_\\_300\\_surgunle\\_sonuclandı-1115277](http://www.radikal.com.tr/turkiye/cevik_kuvvete_bir_eylem__300_surgunle_sonuclandı-1115277) (erişim tarihi: 23.01.2015)
- Tayman Enis, "Gaz Sıkarken Küflü Ekmek Yemişler", Radikal, 03.05.2013. [http://www.radikal.com.tr/turkiye/gaz\\_sikarken\\_kuflu\\_ekmek\\_yemisler-1132067](http://www.radikal.com.tr/turkiye/gaz_sikarken_kuflu_ekmek_yemisler-1132067) (erişim tarihi: 23.01.2015)
- Tayman Enis, "Polis Bugün Facebook'u Karartacak", Radikal, 10.04.2012. [http://www.radikal.com.tr/turkiye/polis\\_bugun\\_facebooku\\_karartacak-1084468](http://www.radikal.com.tr/turkiye/polis_bugun_facebooku_karartacak-1084468) (erişim tarihi: 23.01.2015)

### Raporlar

- Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks'in 1-5 Temmuz 2013 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, 26 Kasım 2013. T. C. Kamu Denetçiliği Kurumu, 2013/90 sayılı 'Gezi Parkı Protestoları' tavsiye kararı.

### Yargıtay Kararları

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2004/8-65 E., 2004/117 K.  
Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2008/9-169 E., 2009/186 K.

### AIHM Kararları

- Açık ve diğerleri/Türkiye, 31451/03, 13 Ocak 2009.  
Aydan/Türkiye, 16281/10, 12 Mart 2013.  
Balçık ve diğerleri/Türkiye, 25/02, 29 Kasım 2007.  
Barraco/Fransa, 31684/05, 5 Mart 2009.  
Batı ve Diğerleri/Türkiye, 33097/96, 03 Mart 2004.  
Bukta ve diğerleri/Macaristan, 25691/04, 17 Temmuz 2007.  
Cemalettin Canlı/Türkiye, 26235/04, 09 Şubat 2010.  
G./Almanya, 13079/87, 6 Mart 1989.  
İzci/Türkiye, 42606/05, 23 Temmuz 2013.  
Kamil Kartal/Türkiye, 29768/03, 16 Aralık 2008.  
Karatepe/Türkiye, 33112/04, 07 Nisan 2009.  
Kop/Türkiye, 12728/05, 20 Ekim 2009.  
Makhmudov/Rusya, 35082/04, 26 Temmuz 2007.

Oya Ataman/Türkiye, 74552/01, 5 Aralık 2006.

Pekaslan vd./Türkiye, 4572/06, 20 Mart 2012.

Prager et Oberschlick/Avusturya, 15974/90, 26 Nisan 1995.

Protopapa/Türkiye, 16084/90, 24 Şubat 2009.

Rassemblement Jurasien et Unité Jurasienne/İsviçre, 8191/78, 10 Ekim 1979.

Rune Andersson/İsveç, 12781/87, 13 Aralık 1998.

Sunday Times/İngiltere, 6538/74, 16 Nisan 1979.

# 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 ihlâlüne 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. maddesine<sup>1</sup> 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*<sup>2</sup> 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-*

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Bundan sonra "6216 sayılı Kanun" olarak kısaltılacaktır.

*rin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelere*<sup>3</sup> 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)].<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) de çeşitli kararlarında Taslak Maddelere atıflar yaptığı görülmektedir.<sup>6</sup>

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.<sup>7</sup> Bu çerçevede, yukarıda da ifade edil-

<sup>3</sup> 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.

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

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> Örneğin bkz. Case of Ilaşcu 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

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> 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

<sup>8</sup> 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."

<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> Bu bağlamda kamu gücü, devletin egemenlik yetkisi olarak da ifade edilebilir.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> Kamu gücünden anlaşılması gereken aslında kamu gücünün uygulayıcısıdır.<sup>13</sup> Dolayısıyla 6216 sayılı Kanun’da zikredilen kamu gücü kavramından, devletin egemenlik yetkisini kullanan, yani kamu gücünü kullanan<sup>14</sup> yasama, yürütme ve yargı organlarını anlamamız gerekir. Bununla

<sup>10</sup> Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 23

<sup>11</sup> 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

<sup>12</sup> 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

<sup>13</sup> 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

<sup>14</sup> 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'nun yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz* (mad. 43/3).<sup>15</sup>

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 düzenlemeye<sup>16</sup> uygun olarak *işlem, eylem* ve *ihmal* olarak ayırmaktadır.<sup>17</sup>

Bireysel başvuruya konu olan kamu gücü faaliyeti, işlem veya eylem olarak *icrai*<sup>18</sup> şekilde ya da *ihmalî* şekilde gerçekleştirilebilir.<sup>19</sup> Diğer bir ifade ile ihlâle sebep olan kamu gücü faaliyeti, bu gücü kullanan organların olumlu bir davranışı ile bir işlem<sup>20</sup> ya da eylem şeklinde gerçekleşebileceği gibi, olumsuz bir biçimde söz konusu organın ihmalî

<sup>15</sup> 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

<sup>16</sup> mad. 45/2, 46/1, 47/3

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

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

<sup>19</sup> 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)"

<sup>20</sup> İdare hukukunda idarenin tek taraflı tasarrufu ile hukukî bir sonuç doğuran, hukukî durumda değişiklik yapan icrai işlemlere idarî işlem denilmektedir. İcrai nitelikleri gereğince idarî 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 Yokus, 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, bilirkişî 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 gerçekleştirme<sup>21</sup> ya da yerine getirmekten kaçınma biçiminde olabilir.<sup>22</sup> Kamu gücünün ihmalî bir işlemine karşı bireysel başvuruya gidilebilmesi için, eylemde bulunmaya ilişkin bir yükümlülük bulunmalıdır.<sup>23</sup> Yükümlülük mevzuattan ya da bir yargı kararının yerine getirilmesi gerekliliğinden kaynaklanabilir.<sup>24</sup> 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 getirmese, gereği gibi yerine getirmese 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.<sup>25</sup> 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 ihlâlî iddiası ile bireysel başvuruda bulunulamaz.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Göztepe, s. 42

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

<sup>23</sup> Göztepe, s. 45

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

<sup>25</sup> Göztepe, s. 44

<sup>26</sup> Örneğin belediyeden özel hukuk hükümlerine göre kiralanın 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.<sup>27</sup> 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 ihmalin yani kamu gücü faaliyetinin, Türkiye Cumhuriyeti Devletine atfedilebilmesi (yüklenbilmesi, 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.<sup>28</sup>

Yabancı devletlerin,<sup>29</sup> uluslararası ya da uluslararası örgütlerin

---

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

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

<sup>28</sup> 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 bulunan kamu gücü faaliyeti, Türkiye Cumhuriyeti Devletine ait veya O'nun adına kullanılmış olmalıdır. ... (para. 17)"

<sup>29</sup> Yabancı bir devletin kamu gücü niteliğindeki müdahaleleri veya yabancı devlet

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

Anayasa ve 6216 sayılı Kanun’da, ihlâlê 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,<sup>32</sup> 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)”

<sup>30</sup> 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)”

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

<sup>32</sup> 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 Öğüt, 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 ihtimal dolayısıyla bireysel başvuru yoluna gidilebilecektir.

Yine başka bir örnek verilecek olursa, yabancı devletlerin Türkiye'de Türk vatandaşlarını fahri konsolos olarak atamaları mümkündür.<sup>33</sup> 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. maddede<sup>34</sup> 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 egemenliğinin ötesinde bir sorumluluk beklenemez.<sup>35</sup>

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.

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

<sup>34</sup> "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."

<sup>35</sup> 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 ihlâline yol açan kamu gücü faaliyetinin Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından gerçekleştirilmesinden anlaşılması 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.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup>

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

<sup>36</sup> 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", *AÜHFHD*, Yıl: 2003, Cilt: 52, Sayı: 4, s. 254

<sup>37</sup> 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 ihlâlâline yol açan faaliyetleri nedeniyle bireysel başvuru yoluna gidilebilir.<sup>38</sup> AİHM içtihatlarına göre de, hiçbir devlet organı AİHS ile bağdaşmayan bir işlem ya da eylemde bulunamaz. Gerek yerel, gerek merkezî 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.<sup>39</sup>

Hak ve özgürlüklerin ihlâlâline yol açan kamu gücü faaliyetinin doğrudan Türkiye Cumhuriyeti Devleti organları tarafından gerçekleştirilmiş kabul edilebilmesi için *ilk olarak* ihlâlî 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.<sup>40</sup> Zira hangi faaliyetlerin devlete atfedilerek sorumluluğunun doğacağını belirlenmesi için devletin ve idarenin tanımlanması gerekmektedir.

İkinci olarak, ayrıca söz konusu birimin, temel hak ve özgürlüklerin ihlâlâline 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

<sup>38</sup> 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 olursa olsun ve isterse merkezî 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

<sup>39</sup> Gölcüklü/Gözübüyük, s. 63

<sup>40</sup> 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, ihlâlâle 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 ihlâlâle 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*.”<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> Bu yüzden doğrudan doğruya aslî bir sorumluluk olup, kişisel olarak kamu görevlilerine bağlanamaz. Kin, garaz, husumet gibi insanî dürtülerle işlenen ya da ihmal, dikkatsizlik, tedbirsizlik gibi beşerî zaafılarla ortaya çıkan sübjektif mahiyette bir kusur değildir.<sup>43</sup>

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

<sup>42</sup> Örneğin idarece gerekli güvenlik önlemlerinin alınmaması sonucu kişilerin zarar görmesiyle hak ihlâlâle yol açılması.

<sup>43</sup> 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”<sup>44</sup> olarak tanımlanan *kusursuz sorumluluk* durumunda ise kanımızca her olayı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Örneğin şüpheli bir otomobili durdurmak amacıyla polis 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.<sup>45</sup> Bu durumda bireysel başvuru yoluna gidebilmek için devlet adına eylemde bulunabilecek

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

<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup>

Türk idare hukuku öğretisinde kamu görevlileri, *geniş anlamda kamu görevlisi* ve *dar anlamda kamu görevlisi* olarak iki ayrı şekilde tanımlanmaktadır.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

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-

<sup>46</sup> 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

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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", *Anme 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,<sup>49</sup> devlet örgütlenmesi içerisinde yer alması, diğer bir ifade ile kamuda bir örgüte bağlı olarak görev yapması<sup>50</sup> 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 koluk 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 çalışanlarının eylemlerinden doğan hak ihlâlleri dolayısıyla bireysel başvuru yoluna gidilebilmelidir. Bunların eylemlerinin olayın özelliğine göre devlete atfedilebilmesi mümkündür.

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

<sup>50</sup> 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 kusurdan* 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.”<sup>51</sup> 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 aşar<sup>52</sup> yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır.”<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> 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-

<sup>51</sup> Akyılmaz, s. 70

<sup>52</sup> Yetki aşımı durumu aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

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

<sup>54</sup> Akyılmaz, s. 74

reysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür.<sup>55</sup> Kamu görevlisi, yetki aşımında bulursa, hatta hukuk kurallarına açıkça aykırı hareket etse bile<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup> Bu konuda kabul edilen ölçütler, görünürdeki yetkinin aşımı ve devlet görevlisi olmanın sağladığı kamusal araç ve yetkilerin kullanımınıdır. Örneğin *Caire Davasında*<sup>58</sup> 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 konuları nedeniyle emirlerine verilen araçları kullanmalarınıdır.<sup>59</sup> 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,

<sup>55</sup> 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 çiğnese bile, organ, kişi ya da birim bu nitelikte hareket ediyorsa, uluslararası hukuka göre devletin eylemi olarak sayılacaktır (mad. 7).

<sup>56</sup> 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

<sup>57</sup> Uzun, s. 71

<sup>58</sup> Olayda iki Meksikalı asker, bir Fransız vatandaşından zorla para almak istemiş, ancak talepleri reddedilmiştir. Bunun üzerine Fransız vatandaşını kışlalarına götürüp öldürmüşlerdir.

<sup>59</sup> Uzun, s. 73



kusurlu bir davranışından doğan zarardan o kamu görevlisi Borçlar Kanunu hükümlerine göre şahsen sorumludur.<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup> 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 sorumlu 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. ..."<sup>62</sup>

### **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.<sup>63</sup>

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

<sup>61</sup> 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.

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

<sup>63</sup> 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. Fiili memur teorisi, *görünüşt 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 memurun* 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.<sup>64</sup> 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.

<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup>

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.

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

<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup>

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.<sup>69</sup> Bu durumda özel güvenlik görevlilerinin faaliyetlerinin devlete atfedilip atfedilemeyeceği, bunların faaliyetleri sebebiyle kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlâle 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

<sup>67</sup> Erkiner, s. 128-129

<sup>68</sup> 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

<sup>69</sup> 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 gidilmelidirler. 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 gidilmelidir. 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 gidilmelidir.

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.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup>

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.<sup>72</sup> 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

<sup>70</sup> Gölcüklü, s. 63

<sup>71</sup> Şirin, s. 267

<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup> 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)*,<sup>74</sup> 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 bulduklarını gösterecek seviyede bir ABD denetiminin olması gerektiğini belirtmiştir. Divan, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Konusundaki Sözleşmenin Uygulanmasına İlişkin Kararında*,<sup>75</sup> 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*<sup>76</sup> 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-

<sup>73</sup> Acer/Kaya, s. 408

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

<sup>75</sup> ICJ Reports 2007, s. 210, para. 406

<sup>76</sup> 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", *İÜHFMD*, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2, Yıl: 2011, s. 61-78.
- Arnwine Selin Esen, "İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu", *AÜHFMD*, 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 Uygulaması, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2014.
- Göztepe Ece, Anayasa Şikayeti, AÜHFMD 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", *AÜHFMD*, 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.
- Pazarıcı 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/Özarlan Bahadır Bumin, *Uluslararası Örgütler Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Uğurlubay Gülsün A. Aygörmez, "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.



# KADININ ÜREME HAKKI, KÜRTAJ, ÇOCUK DÜŞÜRME VE DÜŞÜRTME SUÇLARI

## WOMEN'S REPRODUCTIVE RIGHTS, ABORTION, THE CRIME OF SELF-INDUCED ABORTION AND CAUSING MISCARRIAGE

Recep DOĞAN\*

**Özet:** Bu makalede öncelikle, kadının üreme hakkının kavramsal ve teorik boyutu açıklanacak, bu hak kapsamında kürtaj, çocuk düşürme/düşürtme konularının İslam hukukunda düzenleniş biçimi ve fıkıh âlimlerinin konuya ilişkin görüşleri yansıtılacaktır. Ardından, üreme hakkı ve özgürlüğü üzerinde doğrudan ve dolaylı baskı aracı olarak kullanılan nüfus politikalarının genel görünümü ile Türkiye'de uygulanan nüfus politikaları tartışılacaktır. Nihayetinde nüfus politikaları doğrultusunda Türk Ceza Kanunu'nda çocuk düşürtme ve düşürme başlığı altında düzenlenen suçların içeriği açıklanacak, söz konusu hükümlerin yorumuna dair tartışmalar ile uygulamada karşılaşılan sorunlara değinilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kadının Üreme Hakkı, Nüfus Politikaları, Kürtaj, Çocuk Düşürme Suçu, Çocuk Düşürtme Suçu

**Abstract:** In the context of women's reproductive rights, this article discusses the crime of self-induced abortion and causing miscarriage with a reference to Turkish Penal Code 5237. In this article, Muslim juridical opinions concerning abortion, family planning and the crime of causing miscarriage will also be explained. Then, the population policies that have been used to control women's reproductive rights will be analysed with due reference to Turkish population policies. Finally, the different interpretations and applications of regulations in Turkish abortion law, which needs to be further explained, will be explored.

**Keywords:** Women's Reproductive Rights, Population Policies, Abortion, The Crime of Self-Induced Abortion, The Crime of Causing Miscarriage

---

\* Dr. LL.M., PhD, Keele University UK, Uppsala Üniversitesi Hugo Valentin Araştırma Merkezi Misafir Araştırmacı, recepdogan06@hotmail.com.

## GİRİŞ

Kadının insan neslinin devamını sağlayacak doğurganlık yeteneğine sahip olması, kadınların doğurganlıklarına ve üreme özgürlüklerine yönelik kontrol ve baskının oluşmasına neden olmuştur. Kadınların üreme özgürlüğüne yönelik kontrol ve baskının derecesi ise içinde yaşadıkları toplumda konumlandırılışlarına, topluma ve devlete karşı yerine getirmeleri gerektiği düşünülen yükümlülüklerle göre farklılıklar göstermektedir. Bu nedenle, kadının üreme hakkı ve biyolojik üretim kapasitesi bağlamında, kürtaj, gebelik, kısırlaştırma, çocuk düşürtme/düşürme, başlıkları altında, kadının insan hakları, tıp, tıp etiği, felsefe, hukuk gibi birçok bilim dalında süregelen canlı bir tartışma mevcuttur. Kadının üreme hakkı ve biyolojik üretim kapasitesiyle doğrudan ilgili bu hususların yanında, konu ile ilgili tartışmaların oldukça geniş kapsamlı ve çeşitlilik gösteren dolaylı boyutları da vardır. Bu bağlamda, anne rahmindeki ceninin hukuki statüsü ve hakları, hukuki ve felsefi anlamda “kişi” sayılıp sayılmayacağı hususları, kadının üreme hakkı ve özgürlüğünü dolaylı olarak, kasten öldürme, hukuki ve felsefi anlamda kişilik kavramları ile ilişkili hale de getirmiştir.

Bu makalede **öncelikle, kadının üreme hakkının kavramsal ve teorik boyutu açıklanacak, bu hak** kapsamında kürtaj, çocuk düşürme/düşürtme konularının İslam hukukunda düzenleniş biçimi ve fıkıh âlimlerinin konuya ilişkin görüşleri yansıtılacaktır. Ardından, *üreme hakkı ve özgürlüğü üzerinde doğrudan ve dolaylı baskı aracı olarak kullanılan nüfus politikalarının genel görünümü ile Türkiye’de uygulanan nüfus politikaları tartışılacaktır*. Nihayetinde nüfus politikaları doğrultusunda Türk Ceza Kanunu’nda çocuk düşürtme ve düşürme başlığı altında düzenlenen suçların içeriği açıklanacak, söz konusu hükümlerin yorumuna dair tartışmalar ile uygulamada karşılaşılan sorunlara değinilecektir.

## TERİM SORUNU

Cenin kelimesi Arap dilinde sözlükte “gizlemek, saklamak, gizli olmak” anlamına gelen “cenne” kökünden türemiştir. Çoğulu *ecinne* ve *ecünn*’dür. Bu yüzden Arapçada, *üstü kapalı ve örtülü her şeye cenin* denilir. Örneğin, akli kapalı olduğu için akıl hastasına *mecnûn*, insanların gözüne görünmediği için de cinlere *cânn* denilmektedir. Bir terim

olarak “cenin” kelimesi ise anne rahminde bulunan çocuk demektir.<sup>1</sup> Gerek Kur’an da, gerekse İslam hukukçuları arasında cenin kelimesi sözlükteki bu anlamı ile kullanılmaktadır. Ancak İslam hukukçuları, anne karnında bulunan biyolojik varlığa, döllenme anından doğum anına kadar ana rahminde geçirilen süre ve gelişim evrelerine bağlı olarak değişik isimler vermektedirler. Dolayısıyla, dini literatürde üzerinde insan fizyonomisi belirmeye başlayan biyolojik varlığa cenin denmekte, henüz bu evreye erişmemiş bulunan varlık ise geçirdiği biyolojik evrelere göre, döl suyu (*nutfe*), pıhtı (*alaka*) ve et parçası (*mudğa*) olarak adlandırılmaktadır.<sup>2</sup> Nitekim İmam Şafii’ ye göre, cenin “parmak, tırnak veya göz gibi organları belirmiş olup döllenmiş yumurta veya et arasındaki farkı gösterecek bir yaratılıştâ” olan biyolojik varlığa işaret eder.<sup>3</sup> Bu aşamada ruhun üflenmesi ile çocuğun gerçek hayatı başlar ve bu aşama döllenmeden yüz yirmi gün geçtikten sonra gerçekleşir.<sup>4</sup>

Kur’an’da ve İslami literatürde embriyonik dönemle ilgili bahsi geçen bu evreler, tıbbî literatürde zigot, implantasyon, bedensel kütle ve organların oluşması şeklinde adlandırılmaktadır. Zigot, döllenme sırasında bir yumurta ile bir spermin birleşmesi sonucu meydana gelen hücredir. İmplantasyon, ortalama süresi 6 gün olan aşılınmış yumurtanın rahim mukoza tabakası veya örtüsüne bağlanma ve gömülme sürecidir. İslami literatürde “*mudğa*” olarak belirtilen bedensel kütle (*somites*) evresi ise gebeliğin yirminci gününden itibaren oluşmaya başlar. Nihayetinde, organların oluşması evresi (*organogenesis*), kemiklerin, etin, duyma ve görme organlarının yaratılması aşaması olup gebeliğin dördüncü haftasından başlayıp sekizinci haftasına kadar devam eder.<sup>5</sup>

*İslam hukuku açısından “cenin” terimi, anne karnındaki biyolojik varlığın hayatına hangi evreye kadar son verilebileceğinin belirlenmesi açısından önem*

<sup>1</sup> Abdullah Kahraman, “İslam Hukukuna Göre Anne Rahminde Sakat Olan Çocukların Kürtaj Yoluyla Düşürülmesinin Hükmü, Dr. Müsfir b. Ali b. Muhammed El-Kahtâni (Çev. Abdullah Kahraman)” *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, XII/1, ss.441-485. s.444; İbrahim Tüfekçi, “İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt-Sayı 45, ss.111-154, s.112.

<sup>2</sup> Kahraman, s.445; Tüfekçi, s.113-120.

<sup>3</sup> Kahraman, s.445.

<sup>4</sup> Kahraman, s.445; Tüfekçi, s.114-120.

<sup>5</sup> Tüfekçi, s.115.

arz etmektedir. Ayrıntıları aşağıda açıklanacağı üzere, farklı mezheplerin cenin tanımlarına göre, anne karnındaki biyolojik varlığın hayatına kasten son verilebileceği süreler belirlenmektedir. Bu sürelerden sonra, gerek hamile kadın gerekse üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen ve anne karnındaki biyolojik varlığın hayatının sona ermesi ile sonuçlanan düşürme/düşürtme eylemleri haram kabul edilmekte, *gurre*<sup>6</sup> adı verilen diyetin veya tazminatın ödenmesini gerektirmektedir. Bu nedenle, bu makalede aksi belirtilmediği sürece “cenin” kelimesi anne karnında herhangi bir evrede bulunan biyolojik varlığı ifade etmek üzere kullanılacaktır.

Gebeliğin sonlanması veya sonlandırılması ise Arapça’da “*ichâd*”, “*ıskât*”, “*ımlâs*”, “*ıslâb*” ve “*tarh*” kelimeleri ile ifade edilir. Fıkıh bilginleri de gebeliği sonlandırmayı bu kelimeleri kullanarak ifade ederler.<sup>7</sup> *Kürtajın Arapça karşılığında ise*, genel olarak “*ichâz*” kelimesi kullanılmakta olup bu kelime İslam hukukunda da sözlük anlamının dışına taşmamak üzere kavramlaştırılmıştır. Kürtajı ifade etmek için İslam hukukçuları zaman zaman *ichaz’a* manâ olarak yakın olan *ilkâ*, *tarh*, *inzâl* ve *ımlâs* gibi kelimeleri birbirinin yerine kullanırlar.<sup>8</sup> *Sözgelimi Şafii bilginlerinden Gazzâlî, Hatîb eş-Şirbînî (ö.977/1570) ve Remlî (ö.1004/1596) “ichâd” kelimesini kullanırken, diğer Şafîi hukukçular ve başka mezheplere mensup bilginler “ıskât” kelimesini tercih ederler.*<sup>9</sup> Bu bağlamda, klasik İslam hukuku eserlerinde kürtaj yerine kullanılan “*ıskat*” gibi kelimeler o dönemin anlayışına uygun olarak, gebeliğin tıbbi yardım alınmadan annenin girişimiyle sonlandırılmasını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Yine aşağıda açıklanacağı üzere, fıkıh bilginleri, bu konuyu, anne karnındaki biyolojik varlığın organlarının belirmiş veya belirmemiş olma durumuna ve bir de ortada bir mazeret bulunup bulunmadığına göre ele alıp değerlendirirler.<sup>10</sup>

Tıbbi bir terim olarak kürtaj hakkında ise şu hususları ifade et-

<sup>6</sup> Tüfekçi, s.132; Kahraman, s.445. *Gurre*: Ceninin beden bütünlüğüne yönelik cinayet sebebiyle ölmesi durumunda ödenmesi gereken bir diyet olup, bir köle veya cariye âzad etmek ya da bunlar yerine geçerli bir şey ödemeyi gerektirir. Bkz. Fatma Şimşek, Haldun Eroğlu, Güven Dinç, “Osmanlı İmparatorluğunda İskat-ı Cenin (Çocuk Düşürme)”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2009, Volume 2 (6) Winter, s.593-609, s.595.

<sup>7</sup> Tüfekçi, s.133.

<sup>8</sup> Kahraman, s.457.

<sup>9</sup> Tüfekçi, s.133-134.

<sup>10</sup> Tüfekçi, s.135.

mek mümkündür. Evre gözetilmeksizin, uterus içindeki embriyo ya da fetüsün yaşamının sonlandırılması amacıyla vaktinden önce dışına çıkarılması ya da imha edilmesi tıp literatüründe “*abortus*”<sup>11</sup> ya da “*küretaj*”<sup>12</sup> olarak tanımlanmaktadır. Sıklıkla “*abortus*” yerine kullanılan “*kürtaj*” ise, bir vücut boşluğunda yer alan sağlıklı ya da fazla dokuların teşhis ya da tedavi amacıyla kazınmasıdır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir tıbbi işlem olarak kürtaj, gebeliğin söz konusu olmadığı bazı hastalık durumlarında da uygulanmaktadır. *Abortus* terimiyle sıkça karıştırılan bir başka kavram ise “*düşük*” (*miscarriage*) kavramıdır. “Embriyo ya da fetüsün gebeliğin ilk yarısında uterus dışına çıkması” olarak bilinen düşükte, embriyo veya fetüsün yaşamını sonlandırmayı amaçlamayan dış etkenlerle, anne ve/veya embriyo veya fetüsün ilgilendiren hastalıklar söz konusudur. Bir başka deyişle düşükte, embriyo ya da fetüsün yaşamının kasten sonlandırılması söz konusu değildir.<sup>13</sup> Dolayısıyla abortus veya küretaj gebeliğin istemli olarak sona erdirilmesi hali için kullanılan ve istemli düşüğe verilen ad olmaktadır. Bu makalede de “*kürtaj*” kelimesi gebeliğin istemli olarak sona erdirilmesi ve anne karnındaki ceninin/ biyolojik varlığın istemli olarak düşürülmesi halini ifade etmek için kullanılacaktır.

Tıbbi bir deyim olarak günlük dilde yaygın olarak “*kürtaj*” kelimesi kullanılmakla beraber, hamileliğin istemli olarak sona erdirilmesi hali için hukuki terim olarak 5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu’nun 99 ve 100’üncü maddelerinde “çocuk düşürtme” (TCK, m.99) ve “çocuk düşürme” (TCK, m.100) deyimleri kullanılmaktadır.* Söz konusu maddelerin yorumlanmasında göz önünde bulundurulması gereken ve madde gerekçelerinde de belirtilen, 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da ise “*gebeliğin sona erdirilmesi*” ve “*rahim tahliyesi*” (2827 sayılı Kanun, m.5) deyimleri kullanılırken, nihayetinde bu kanuna uygun olarak çıkarılan “*Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük*”<sup>14</sup> te ise “*rahim tahliyesi*” deyimini kullanılmaktadır.

<sup>11</sup> Saliha Altıparmak, Meltem Çiçeklioğlu, Gülay Yıldırım, “Abortus ve Etik”, *Cumhuriyet Tıp Dergisi*, 2009, 31, s.84-90, s.85.

<sup>12</sup> Yeşim Işıl Ülman, “Yaşamın Başlangıcı ile İlgili Tıp Etiği Sorunları”, *Güncel Hukuk*, 2008, sayı 50, s.32.

<sup>13</sup> Altıparmak/ Çiçeklioğlu/Yıldırım, s.85.

<sup>14</sup> 18.12.1983 tarih ve 18255 sayılı Resmi Gazete.

## KADININ ÜREME HAKKI

Üreme hakları, evrensel insan hakları bağlamında çiftlerin ve bireylerin yapacakları çocukların sayısı ve aralığına özgür ve sorumlu olarak karar verebilmeleri, bunun için gerekli bilgiye sahip olabilmeleri, sağlık hizmetlerine ulaşabilmeleri sırasında hiçbir şiddet baskı ve ayrımcılığa maruz kalmamaları olarak tanımlanmaktadır.<sup>15</sup> Tanımın içeriğinden de anlaşıldığı üzere, üreme haklarının pek çok boyutu vardır. Üreme haklarının bazı boyutları, yaşam hakkı, din ve vicdan özgürlüğü gibi bireyin bedensel varlığına ve fikir alanına ilişkin “bireysel hak ve özgürlükler” ile bağlantılıdır. Üreme haklarının bazı boyutları da eğitim, sağlık, örgütlenme hakkı gibi “sosyal haklar” ile bağlantılıdır. Üreme haklarının bazı boyutları, bireylerin, çocukların sayısı ve aralığına karar vermelerine devletin müdahale edememesi gibi- devlet tarafından güvence altına alınma (müdahaleci olmama) taleplerini içerir. Bu bağlamda, bu hakların korunması amacıyla devlete müdahale etmeme yönünde negatif bir sorumluluk yüklenmektedir. Üreme hakkının bazı boyutları ise -sağlık hakkı gibi- devletin müdahaleci olması taleplerini içermekte, bu anlamda da devlete hakkın korunması ve hayata geçirilmesi için hizmet ve olanak sağlama yönünde pozitif yükümlülükler getirilmektedir. Ancak her iki hakkın sağlanması için devletin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü vardır.<sup>16</sup>

**Üreme hakları**, bu bağlamda temel dayanağını İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinden almaktadır. Bu beyannamenin yaşam hakkının korunmasına ilişkin 3, özel hayatın ve aile yaşamının korunmasına ilişkin 12, evlenme hakkı ve özgürlüğüne ilişkin 16, düşünce, vicdan ve kanaat özgürlüğüne ilişkin 18, ifade özgürlüğüne ilişkin 19, tıbbi bakım ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına ilişkin 25 ve eğitim hakkına ilişkin 26’ncı maddeleri, üreme hakkının hayata geçirilmesinde göz önünde bulundurulması ve uygulanması gereken temel hakları belirlemektedir.

**Üreme hakları ilk olarak 1968’de Tahran’da toplanan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konferansı’nın nihai bildirisinde, insan hak-**

<sup>15</sup> İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, Vakalarla Türkiye’de Üreme Hakları, İstanbul, Turap Tanıtım Yayınları, 2012, s.4

<sup>16</sup> İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, s.4.

larının bir alt kümesi olarak belirlenmiştir.<sup>17</sup> Bu konferansın nihai bildirgesinin 16'ncı maddesinde, ailenin ve çocukların korunmasının uluslararası toplumda kaygı yaratmaya devam ettiği, ebeveynlerin dünyaya getirecekleri çocukların sayısına ve aralığına serbestçe karar verme haklarının bulunduğu, açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.<sup>18</sup> Ancak görüldüğü üzere, 1968 yılında yapılan bu tanım, bugünkü şekliyle üreme hakkının sadece aile planlaması boyutunu ortaya koymaktadır.

18 Aralık 1979' da Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen ve kadın haklarının uluslararası anayasası olarak kabul edilen, 'Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde (*The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW) ise, üreme hakkı yine aile planlaması vurgusu ile ele alınmıştır. Sözleşmenin sadece giriş kısmında "üreme hakkı (*reproductive rights*)" kavramına yer verilmiş, sözleşmenin bu hakka oldukça önem verdiği zikredilmiştir. CEDAW Sözleşmesi'ni diğer uluslararası metinlerden ayıran husus, **eşitlikten çok ayrımcılığın yok edilmesi prensibine dayanmasıdır. Temel olarak ayrımcılığın önlenmesi** fikrine dayanan Sözleşme'de, bu nedenle şiddet tanımı yapılmadığı gibi, kadınların üreme hakkının kapsamı konusunda da bir tanım yapılmamıştır. Dolayısıyla, Sözleşme kapsamında, evlenme ve evlilikte eşlerin hakları bağlamında, kadınların aile planlaması hizmetlerinden erkeklerle eşit bir şekilde yararlanması, sahip olunacak çocuk sayısına ve sıklığına kadınların eşleriyle birlikte özgürce karar vermeleri (m. 16/1-e), kırsal kesimde yaşayan kadınlar ile şehirlerde yaşayan kadınlar arasında aile planlaması hizmetlerine ulaşım açısından farklılıkların giderilmesi (m. 14/2-b), aile planlaması dâhil sağlık bakım hizmetlerinden kadın ve erkeğin eşit olarak yararlanması ve tıbbi bakım hizmetlerinde kadınlara karşı uygulanan ayrımanın ortadan kaldırılması için taraf devletlerce **bütün önlemlerin alınması (m.12)** hususlarına yer verilmiştir. 18 Aralık 1979' da kabul edilen sözleşme, 20 ülkenin onayını müteakip 1981 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye CEDAW Sözleşmesi'ni bazı maddelerine çekince koyarak 1985 yılında onaylamıştır.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, s.6.

<sup>18</sup> Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, 22 April to 13 May 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 at 3 (1968). Article 16. <https://www1.umn.edu/humanrts/instree/l2ptichr.htm>

<sup>19</sup> Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin onaylanma-



5-13 Eylül 1994 tarihinde Kahire’de düzenlenen Birleşmiş Milletler Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı’nda (ICPD, 1994) ise “üreme sağlığı” kavramı üzerinde özellikle durulmuştur. Konferansın sonunda kabul edilen tavsiyelerin, konferansa katılan devletlerde uygulanabilmesi için 15 temel ilke kabul edilmiştir. Bu ilkelerden 8’incisinde, daha önceden Tahran’da belirlenen ebeveynlerin dünyaya getirecekleri çocukların sayısına ve aralığına serbestçe karar verme haklarının bulunduğu hususu tekrar edilmiş, ayrıca ebeveynlerin bu amaçla gerekli eğitime, bilgiye ve kaynağa ulaşma hakları olduğu belirtilmiştir.<sup>20</sup> Bununla beraber, alınan kararların 7.2. maddesinde, “üreme sağlığı” tanımı yapılmış, 7.3. maddesinde ise “üreme hakkı” deyimine açık bir şekilde yer verilmiştir.

Söz konusu kararların 7.2. maddesine göre, “üreme sağlığı”, sadece üreme sisteminin işlemesi ile ilgili hastalık ve sakatlıklara sahip olmamayı değil, üreme sisteminin işlemesi, çalışması ve görevlerini yerine getirmesi ile ilgili olarak ruhen, bedenen ve sosyal yönden tam bir iyilik haline sahip olmayı ifade eder. Bu bağlamda, üreme sağlığı, tatmin edici ve güvenli bir cinsel hayata sahip olmanın yanında, dilenilen zamanda ve sıklıkta üremeye ilişkin özgürlüğü ve yeteneği de içerir. Dolayısıyla üreme hakları, her bireyin çocuk sahibi olmaya odaklanmamış cinsel sağlığa ve üreme sağlığına en yüksek düzeyde sahip olmasını sağlamak üzere, yerine getirilmesi gereken yükümlülük, sorumluluk, hizmet ve olanaklara ilişkin hakları ifade etmektedir.

Kahire’de düzenlenen Birleşmiş Milletler Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı’nda alınan kararların 7.3. maddesinde “üreme hakları” tanımlanmış olup buna göre “üreme hakları”, evrensel insan hakları bağlamında, çiftlerin ve bireylerin yapacakları çocukların sayısı ve aralığına özgür ve sorumlu olarak karar verebilmeleri, bunun için gerekli bilgi ve kaynağa sahip olabilmeleri ve bu konuda karar verirken hiçbir şiddet baskı ve ayrımcılığa tabi tutulmamaları, şeklinde tanımlanmıştır.

sı 11.6.1985 tarih ve 3232 sayılı Kanun’la uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulu’nca 24.7.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanmış ve 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>20</sup> Programme of Action Adopted at the International Conference on Population and Development Cairo, (ICPD), 5-13 September 1994. [https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/PoA\\_en.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/PoA_en.pdf)

**Üreme hakları ardından 1995 yılında Pekin’de toplanan** ve bir “taahhütler konferansı”<sup>21</sup> olarak nitelendirilen Pekin Dördüncü Kadın Konferansı’nda ele alınmış, bu Konferansın sonunda kabul edilen Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu’nda yer almıştır.<sup>22</sup> Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu Bildirgesi’nin 223’ üncü maddesinde yer alan tanımın da 1994 yılında Kahire’de yapılan tanımla örtüştüğü görülmektedir. Buna göre, üreme hakkı, en yüksek düzeyde cinsel ve üreme sağlığına sahip olmayı, ayrıca çiftlerin ve bireylerin yapacakları çocukların sayısı ve aralığına özgür ve sorumlu olarak karar verebilmesi, bunun için gerekli bilgi ve kaynağa sahip olabilmesi, bu konulara ilişkin olarak karar verirken hiçbir şiddet baskı ve ayrımcılığa tabi tutulmamasını ifade etmektedir.

Buraya kadar açıklanan uluslararası düzenlemeler incelendiğinde, kadının üreme hakkı bağlamında temel amacın kürtajın azaltılması ile düşüklerin önlenmesi olduğu görülmektedir. Günümüze gelindiğinde ise kamuoyunda kısaca “İstanbul Sözleşmesi” olarak bilinen, ‘Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’<sup>23</sup>nde “**üreme hakkı**”, bu makalenin de konusunu oluşturan kürtaj ve kısırlaştırma konuları açısından ele alınmıştır. Sözleşmenin 39’uncu maddesine göre, kadının **tıbbi müdahaleden önce, müdahalenin kapsamını tam olarak anlamaya elverişli bilgilerin sunulmasını ve anlaşılmasını müteakip verilmiş rızası olmadan, gerçekleştirilen kürtaj ve kadının doğal üretim kapasitesini sona erdirmeye amacı ve etkisi taşıyan kısırlaştırma gibi cerrahi operasyonların**, suç sayılması ve cezalandırılması için taraf devletler gerekli önlemleri alacaklardır. Bununla beraber, İstanbul Sözleşmesi’nin 3/d maddesinde, kadına kadın olmasından dolayı uygulanan *veya* kadınları orantısız biçimde etkileyen şiddet, “kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet” olarak tanımlanmıştır. Yine İstanbul Sözleşmesinin 60’ncü maddesiyle, **sırf kadın olduğu için**

<sup>21</sup> Yakın Ertürk, Sınır tanımayan şiddet. Paradigma, politika ve pratikteki yönleriyle kadına şiddet olgusu, Metis Yayınları, İstanbul, 2015, s.80.

<sup>22</sup> Fourth World Conference on Women Beijing, China - September 1995. Action for Equality, Development and Peace Platform for Action. <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>.

<sup>23</sup> Ülkemizce 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalanmıştır. 24.11.2011 tarihli ve 6251 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan sözleşme, 8 Mart 2012 tarihinde ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanarak, yürürlüğe girmiştir.

toplumsal cinsiyete dayalı olarak zulme maruz kalan veya zulme uğramaktan korkan kadının, vatandaşı olduğu devlet dışında bir başka devletin hukuki korumasından yararlanma amacıyla “sığınma (iltica)” başvurusu yapabileceği belirtilmiştir. Bu makalenin kapsam ve sınırları açısından konu değerlendirildiğinde, kadının üreme hakkını kısıtlayan ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet hali olarak kabul edilmesi gereken zorunlu kürtaj ve kısırlaştırma uygulamalarına ilişkin olarak, “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme”<sup>24</sup> ve “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Protokol”<sup>25</sup> kapsamında, zorunlu kürtaj ve kısırlaştırma uygulamalarının zulüm sayılabileceğine ve bu tür muameleye tabi tutulan kadınlara mülteci statüsü verilmesi gerektiğine dair, değişik ülkelerde farklı uygulamaların bulunduğu görülmektedir.<sup>26</sup>

**İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin “üreme hakkı” kavramına yaklaşımı** konusunda ise şunları söylemek mümkündür. Gerek mahkemenin üreme hakkına ilişkin olarak yayınladığı bilgi notundan (*factsheet*)<sup>27</sup> gerekse mahkemenin içtihatlarından, mahkemenin üreme hakkının kapsamını ve içeriğini her olayın somut özelliklerine göre (*case by case*) değerlendirdiği, her olaya uygulanabilecek ge-

<sup>24</sup> 05.09.1961 tarihli ve 10898 sayılı Resmi Gazete.

<sup>25</sup> 1.7.1968 tarih ve 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmış olup, 5.8.1968 tarih ve 12968 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır.

<sup>26</sup> Nitekim Çin Halk Cumhuriyeti’nde mevcut tek çocuk uygulaması ile buna bağlı kürtaj ve kısırlaştırma uygulamalarının, mülteci statüsünün verilmesinde belirleyici unsur olan “zulüm” türlerinden biri sayılabileceğine dair, değişik ülkelerde farklı uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin Avustralya’da A v MIEA kararında, Çin’den Avustralya’ya gelen bir çift, Çin Halk Cumhuriyeti’nde mevcut olan tek çocuk politikasına uymadıklarını, bu nedenle Çin’e gönderilmeleri halinde kısırlaştırılacaklarını gerekçe göstererek iltica talebinde bulunmuş, 3’e karşı 2 oyla Avustralya Yüksek Mahkemesi (The High Court of Australia) talebi ret etmiştir. Mahkeme kararında, tek çocuk uygulamasının Çin’de genel bir uygulama olduğunu, spesifik olarak başvuranlara uygulanmadığını, bu ailenin zulme uğrama tehlikesinin var olduğunu, ancak bu ailenin zulüm tehlikesinden bağımsız olarak bir toplumsal gruba mensup olmadığını belirtmiştir (A. v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another (1997) 142 A.L.R. 331, s.358). Ancak, Kanada Federal Temyiz Mahkemesi ise bir erkek çocuk doğurduktan sonra, bir kız çocuğu daha gizlice doğuran, 5 kez kürtaj yaptırmak zorunda kalıp, Çin’e geri gönderilmesi halinde zorunlu kısırlaştırmaya tabi tutulacağını iddia eden, Ting Ting Cheung adlı kadının yaptığı başvuruyu, 1951 sözleşmesine uygun olarak yapılmış bir başvuru olarak kabul etmiştir. (Cheung v Canada (Minister of Employment and Immigration) [1993] 102 D.L.R. (4 th) 214. ( Fed.Ct.App.) (Can.))

<sup>27</sup> European Court of Human Rights, Press Unit, Factsheet-Reproductive rights, December 2015, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Reproductive\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_ENG.pdf)

nel bir tanım yapmaktan kaçındığı görülmektedir. **Üreme hakkının çok boyutlu** bir kavram olması nedeniyle mahkemenin bu yaklaşımının makul karşılanması gerekmektedir. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin** içtihatları incelendiğinde, mahkemenin üreme hakkı kapsamında, kürtaja yasal yollardan erişimin engellenmesi veya yersiz kısıtlanması nedeniyle oluşan hak ihlalleri,<sup>28</sup> laboratuvar ortamında üretilen ve hamilelik sürecinde kullanılmayan embriyoların, bilimsel araştırmalar için kullanılmayıp bağışçı ölünceye kadar saklanması ve sonradan yok edilmesi sebebiyle oluşan hak ihlalleri,<sup>29</sup> evde doğum yapmaya izin verilmemesi ve evde doğumun engellenmesi nedeniyle oluşan hak ihlalleri,<sup>30</sup> **tüp bebek yapımına devletin orantısız müdahalesinden ya da devlet desteğinin yetersizliğinden kaynaklanan hak ihlalleri,**<sup>31</sup> doğum öncesi tarama testlerine erişimin engellenmesi veya kısıtlanması üzerine engelli veya hasta çocuk doğurulması nedeniyle oluşan hak ihlalleri,<sup>32</sup> **rıza gösterilen sezaryen ve diğer tıbbi müdahalenin** kapsamının dışına çıkılarak kadınların tıbbi müdahale sırasında kısırlaştırılması<sup>33</sup> veya Romanların (*Gypsies*) zorunlu kısırlaştırma uygulamasına tabi tutulması nedeniyle oluşan hak ihlalleri,<sup>34</sup> taşıyıcı anne yönteminin yasal olduğu ülkelerde gerçekleşen hamilelikten doğan çocukların biyolojik aileleri ile velayet ve nesep ilişkisinin daha sonradan hukuksal olarak kurulamamasından kaynaklanan hak ihlalleri<sup>35</sup> üzerinde yoğunlaştığı söylenebilir. Bununla beraber, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde görülmekte olan davaların oldukça önemli bir kısmının, Polonya, Kuzey İrlanda, İtalya gibi nüfusunun büyük çoğunluğu Katolik Hristiyan olan, gebeliğin sonlandırılması

<sup>28</sup> Tysiąc v. Poland, 20 March 2007; A., B. and C. v. Ireland, (application no. 25579/05) 16 December 2010 (Grand Chamber); R.R. v. Poland, (no. 27617/04) 26 May 2011; P. and S. v. Poland, (no. 57375/08), 30 October 2012.

<sup>29</sup> Parrillo v. Italy, 27 August 2015, (Grand Chamber).

<sup>30</sup> Ternovsky v. Hungary, 14 December 2010.

<sup>31</sup> Evans v. United Kingdom, 10 April 2007 (Grand Chamber); Dickson v. United Kingdom, 4 December 2007 (Grand Chamber); S.H. and Others v. Austria, (no. 57813/00) 3 November 2011, (Grand Chamber); Costa and Pavan v. Italy, 28 August 2012.

<sup>32</sup> A.K. v. Latvia, (no. 33011/08), 24 June 2014.

<sup>33</sup> G.B. and R.B. v. the Republic of Moldova, (no. 16761/09), 18 December 2012; Csooma v. Romania 15 January 2013; N.B. v. Slovakia, (no. 29518/10), 12 June 2012.

<sup>34</sup> K.H. and Others v. Slovakia, (no. 32881/04), 28 April 2009; V.C. v. Slovakia, (no. 18968/07), 8 November 2011; I.G., M.K. and R.H. v. Slovakia, (no. 15966/04), 13 November 2012.

<sup>35</sup> Mennesson and Others v. France; Labassee v. France, 26 June 2014.

uygulamalarının katı kurallara tabi tutulduğu ülkelerin vatandaşlarına ait olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, mahkemenin kararları incelendiğinde, zorunlu kısırlaştırma vakalarında veya aydınlatılmış bilinçli rızaya dayanmayan kısırlaştırma vakalarında, mahkemenin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde yer alan "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz" hükmünün ihlal edildiğine karar verdiği görülmektedir. Diğer hallerde ise, mahkeme genel olarak Sözleşmenin 8'inci maddesinde yer alan "Herkesin özel hayatına ve aile hayatına, saygı gösterilmesi" ilkesinin ihlal edildiğine dair kararlar vermektedir. Nihayetinde mahkeme, üreme hakkı kapsamında, tartışmalı konulara girmekten özellikle kaçınmaktadır. Nitekim mahkeme, sözleşmenin 2'nci maddesinde belirtilen hayat hakkı kapsamında, anne karnındaki ceninin kişi olarak nitelendirilmesinin doğru ve gerekli olmadığına,<sup>36</sup> hukuki manada tam bir kişilik atfedilmeksizin de ceninin yaşam hakkının korunabileceğine ve üye devletlerin mevzuatında buna ilişkin hükümlerin yer aldığına karar vermiştir.

**Üreme hakkı kapsamında Türkiye'de özellikle kürtaja ilişkin olarak başta feministler olmak üzere, bazı yazarlar arasında, "kürtaj hakkı" yerine "ücretsiz ve güvenilir kürtaja erişim" teriminin kullanılmasının daha fazla kabul göreceği yönünde tartışmalar bulunmaktadır.<sup>37</sup> Bu bağlamda, kadın bedenini kontrol eden mekanizmaların farklı gruplardan kadınları farklı şekilde etkilediği, "kürtaj hakkı" deyiminin, "kürtajı" kadınlar ile devlet arasında bir hak mücadelesinden çok, kadın ile cenin arasında bir hak mücadelesiymiş gibi yansıttığı, neticede ücretsiz kürtaj hakkının sosyal bir hak olarak devletten talep edilmesinin kürtaj masraflarının toplum tarafından paylaşılması ve toplumsal uzlaşmanın sağlanması anlamına geleceği, kürtaj konusunda toplumsal bir uzlaşmanın nasıl sağlanacağı konusunda ise pek çok soru işaretinin bulunduğu belirtilerek, tartışmanın "ücretsiz ve güvenilir kürtaja erişim" üzerinden yürütülmesinin üreme hakkının hayata geçirilmesinde daha olumlu sonuçlar vereceği ifade edilmektedir.<sup>38</sup>**

<sup>36</sup> Vo v. France, No.53924/00, 8 July 2004, (Grand Chamber).

<sup>37</sup> İçten Keskin, "Kürtaj Tartışmaları ve Feminizm", *Fe Dergi*, 7 (1), 2015, s.86-95, s.89.

<sup>38</sup> Keskin, s.89-94.

Görüldüğü üzere kadının üreme hakkı kavramını, insan hakları kavramından ve kadının insan hakları kavramından ayrı bir boyutta ele almak mümkün değildir. Üreme hakkının kapsamının belirlenmesi dolayısıyla, üreme hakkı ile doğrudan ilgili olmayan insan haklarına ilişkin belgeler ile üreme hakkı ile doğrudan ilgili ve yukarıda kısmen aktarılan uluslararası belgelerin incelenmesi suretiyle mümkün olmaktadır. Bu bağlamda üreme hakkı, evlenip evlenmeme, çocuk sahibi olup olmama, olunacak ise kimden ve nasıl çocuk sahibi olunacağına karar verme, çocukların sayısına ve sıklığına karar verme, aile planlamasına ve sağlıklı cinsel ilişkiye dair bilgilere ulaşma ve bunları mahremiyet ilkelerine uygun olarak elde etme, çocuk sahibi olup olmama konusunda bilimsel gelişmelerden yararlanma, bu konuda görüşlerini serbestçe ifade etme ve toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenlemeye ilişkin hakları kapsamaktadır. Uygulamada ise, üreme haklarını tek bir metin altında toplamayı amaçlayan Uluslararası Aile Planlaması Federasyonu'nun (IPPF) 1995'te yayımladığı "Üreme Hakları ve Cinsel Haklar Bildirgesi" temel alınarak üreme hakları sıralanmaya ve açıklanmaya çalışılmaktadır.<sup>39</sup>

Kadının üreme hakkı uluslararası düzenlemeler ile doğrudan ve dolaylı olarak garanti altına alınmış olmasına rağmen, içinde yaşadıkları toplumda konumlandırılışlarına, topluma ve devlete karşı yerine getirmeleri gerektiği düşünülen yükümlülüklerle göre kadınların üreme özgürlüğü üzerinde eril iktidar söz söyleme hakkı olduğunu iddia edebilmektedir. Bu bağlamda, kadınları daha az ya da daha fazla çocuk doğurmaya veya belli nitelikte çocuk doğurmaya davet eden uygulamalar hep var olmuştur.

Ancak bu makalede, makalenin kapsam ve sınırlarına uygun olarak, konunun *kürtaj ve çocuk düşürtme/düşürme* boyutları ele alınacak, öncelikle İslam hukukunda hamilelik, doğum kontrolü ve gebeliğin sonlandırılması hususlarının nasıl düzenlendiği aktarılacak ve fıkıh âlimlerinin konuya ilişkin görüşleri yansıtılacaktır. Ardından, üreme hakkı üzerinde doğrudan ve dolaylı baskı aracı olarak kullanılan nüfus politikalarının genel görünümü ile Türkiye'de uygulanan nüfus politikaları açıklanacaktır. Nihayetinde, Türk Ceza Kanunu'nda

<sup>39</sup> International Planned Parenthood Foundation (IPPF), Charter on Sexual and Reproductive Rights, 1995.



çocuk düşürtme/düşürme suçunun ele alınış biçimine ilişkin tartışmalar ve uygulamada karşılaşılan sorunlara değinilecektir.

## İSLAM HUKUKUNDA HAMİLELİK, DOĞUM KONTROLÜ VE GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI

### I-İslam Hukukunda Hamilelik ve Doğum Kontrolü

Hamile kalma, doğum kontrolü ve kürtaj konularında Ortaçağ İslam'ında ortaya çıkan hukuki ve tıbbi görüşler B.F. Musallam'ın "*Sex and Society in Islam*"<sup>40</sup> adlı eserinde kapsamlı olarak araştırılmıştır. Bu bağlamda, hamile kalmaya ilişkin olarak İslam dünyasında mevcut olan görüşlerin Yunan teorilerinin mirasçısı olduğu görülmektedir. Yunan teorilerinden ve başta Aristoteles'ten esinlenen bu görüşe göre, hamileliğin oluşumunda üstünlük erkeğin sağladığı sperme ait olup özellikle ruh kaynağını spermenden almaktadır. Erkek tohumunun (spermin) üremedeki üstünlüğü ise sperm hücresinin hareketli olmasından kaynaklanmakta, kadının rahminde bulunan hareketsiz yumurta hareketli sperm hücresi tarafından döllenmekte, aksi takdirde hamileliğin gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir. Leila Ahmed tarafından da belirtildiği üzere, bu konuda bizim için şaşırtıcı bulunacak olan husus, bu görüşün Müslüman dünyasında oluşmasına Ortaçağ Müslüman fıkıh âlimlerinin değil, tıp âlimlerinin katkıda bulunmuş olmasıdır. Leila Ahmed, bu görüşün oluşmasına katkıda bulunanların konuyu Aristoteles'e ve İncil'e başvurarak açıklayan *İbni* Rüşd ve *İbni* Sina gibi tıp âlimleri olduğunu fıkıh âlimlerinin bu görüşü paylaşmadığını belirtir.<sup>41</sup>

*İslam dünyasında, hamileliğin gerçekleşmesine ilişkin temel düşünce bu şekilde gelişmekte iken, gebeliğin önlenmesine ilişkin tartışmalar ise farklı boyutlarda şekillenmektedir. Ortaçağ âlimlerine ve dönemin fıkıh mezheplerine bakıldığında, karşı görüşler olmasına rağmen, fıkıh mezheplerinin başta geri çekme (azl-coitus interruptus) yöntemi kullanılarak gebeliği önlemeye belli şartlarda izin verdiği,*

<sup>40</sup> Basim F. Musallam, *Sex and society in Islam: birth control before the nineteenth century*, Cambridge University Press, London, 1983.

<sup>41</sup> Leila Ahmed, "Arap Kültürü ve Kadınların Bedenlerinin Yazılışı", *Müslüman Toplumlarında Kadın ve Cinsellik içinde* (Derl. Pınar İlkaracan, Çev. Ebru Salman), 5. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, ss.55-74, s.62-66.



kadının gebeliği önlemek için çeşitli yöntemler kullanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Burada tartışmalar, kocanın karısının iznini almadan hamileliği önleyici bir yöntemle başvurup başvuramayacağı hususu ile kendisi ile ilişkiye girilen kadının statüsünde yoğunlaşmaktadır.<sup>42</sup> *İmam Gazali* (1050-1111) *İhyau Ulûmi'd-Din* adlı eserinde, özellikle geri çekme (*azl*) yönteminden hareketle, farklı mezheplere göre doğum kontrolünü uygulanmasının mümkün olup olmadığına dair şu görüşlere yer vermiştir. Geri çekme yöntemini uygulamak Şafi mezhebinde tamamıyla serbest, Zahirî mezhebinde ise tamamıyla yasaktır. Maliki mezhebinde ise kadının rızasının bulunması halinde geri çekme yöntemi serbest, kadının rızasının bulunmaması halinde yasaktır. Hanbelî mezhebinde ise özgür olmayan köle kadınla ve cariyeler ile ilişkilerde geri çekme serbest, ancak özgür kadınlarla olan ilişkilerde ise kadının rızasına bağlıdır.<sup>43</sup>

Burada aslında tartışma, hamileliğe ilişkin kutsal metinlerin yorumundan çok, farklı mezheplere mensup fıkıh âlimlerinin evliliğin amacı ve evlilikte eşlerin cinsel hakları, döl verme hakkı gibi konularda farklı düşüncelere sahip olmalarından kaynaklanmaktadır. Bazı fıkıh âlimleri, erkeklerin eşlerinin izni olmadan özellikle geri çekme gibi yöntemlere başvurarak hamileliği önlemelerinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Bu âlimlere göre, kadının da evlilikte tam olarak cinsel doyuma ulaşma hakkı bulunmakta olup geri çekme vb. diğer yöntemler, kadının tam olarak cinsel doyuma ulaşmasına engel olduğundan İslam'a uygun değildir. Yine erkeğin sağlayacağı döl üzerinde kadının da hakkı bulunduğunu savunan bu âlimler, geri çekmenin, kadını üzerinde hakkı bulunan dölden mahrum bıraktığını, bu durumun da İslam'a uygun olmadığını savunmaktadır. Nihayetinde bu âlimler, her kadının çocuk sahibi olmayı arzulayacağını, erkeğin bu tür yöntemler kullanmasının kadının çocuk sahibi olma isteğine esaslı bir şekilde zarar verdiğini düşünmektedirler.<sup>44</sup> Diğer bazı âlimler ise, kadının tam olarak cinsel doyuma ulaşma hakkının olduğunu, ama döl üzerinde hakkının bulunmadığını, geri çekmenin de kadının tam

<sup>42</sup> Donna Lee Bowen, "Muslim Juridical Opinions Concerning the Status of Women as Demonstrated by the Case of 'azl". *Journal of Near Eastern Studies*, 1981, 40 (4), ss.323-328.

<sup>43</sup> Bowen, s.324.

<sup>44</sup> Bowen, s.323.

olarak cinsel doyuma ulaşmasına engel olmadığını, bu nedenle erkeklerin eşlerinin iznini almadan bu yöntemlere başvurabileceklerini ileri sürmektedir.<sup>45</sup> Dolayısıyla İslamiyet'in ilk yıllarında Kuran'da yer almayan, tıbbi metinlerde ve fıkıh literatüründe yer bulan, başta geri çekme ve diğer doğum kontrol yöntemlerinin günah veya haram sayılmadığı ve fakat mekruh olduğunun kabul edildiği, görülmektedir. Fıkıh âlimlerine göre, neticede, insanlar buna ne kadar engel olmaya kalksa da hamileliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, Allah'ın iradesine bağlıdır. Dolayısıyla, belli hallerde başta geri çekme vb. doğum kontrol yöntemlerine başvurulması genel olarak mümkündür.

## II-İslam Hukukunda Gebeliğin Sonlandırılması, Kürtaj ve Iskat-ı Cenin

*İslam* hukukunda, geri çekme vb. doğum kontrol yöntemlerinin kullanılması ile karşılaştırıldığında, kürtaj konusundaki görüş ayrılıkları daha fazladır. Daha önce belirtildiği üzere, klasik İslam hukuku eserlerinde kürtaj, dönemin uygulamasına uygun olarak annenin girişimiyle tıbbî bir yardım almadan yapılan bir müdahale olarak tasavvur edilir. İslam dininin kürtaj veya gebeliğin sonlandırılması konularına nasıl yaklaştığının anlaşılabilmesi için, öncelikle anne rahmindeki biyolojik varlığın geçirdiği aşamaların Kuran ve hadis hükümlerine göre nasıl değerlendirildiğini bilmek gerekir.

Bu konuda fıkıh âlimleri öncelikle Hac, (22/5) ve Mü'minûn, (23/12-14) Suresine değinmekte ardından, görüşlerini esas itibariyle *İbn Mes'ud*'dan nakledilen bir hadise dayandırmaktadırlar.<sup>46</sup> Dolayısıyla, Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamber'in sünnetine göre, anne rahmindeki biyolojik varlığın geçirdiği aşamaların: *döl suyu* (nutfe), *pıhtı* (*alaka*) ve *et parçası* (*mudğa*) olmak üzere 3 aşamadan ibaret olduğu kabul edilmektedir. Daha sonra ruhun üflenmesi ile çocuğun gerçek hayatı başlamaktadır ki, bunun da yüz yirmi gün geçtikten sonra gerçekleştiği belirtilmektedir.<sup>47</sup>

Bu bağlamda, ilk İslam hukukçuları, çocuk düşürmenin hükmünü

<sup>45</sup> Musallam, s.28-38.

<sup>46</sup> Tüfekçi, s.119; Kahraman, s.447.

<sup>47</sup> Söz konusu hadisin güvenilirliği ve farklı yorumlarına dair tartışma ve görüşler için bkz. Tüfekçi, s.118-119.

genel olarak ele almış ve anne rahmine düşmesinin üzerinden dört ay geçen yani kendisine ruh üflenmiş çocuğun kürtaj edilmesinin haram olduğu hükmünde görüş birliği etmişlerdir. Ancak, çocuğun anne karında kalmasının annenin ölümüne neden olacağı bu nedenle çocuğun alınmasının zorunlu olduğu hallerde, anneyi kurtarmak amacıyla çocuğun düşürülmesine cevaz vermişlerdir. Ruhun üflenmesinden önce çocuğun kürtaj yoluyla düşürülmesi konusunda ise farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.<sup>48</sup>

Birinci görüşe göre, ruh üflenmeden önce kürtaj mutlak olarak câizdir. Bazı Hanefilerin, Malikilerden *İbn Rüşd*'ün ve Hanbelilerden bazılarının görüşü bu şekildedir. Bunlara göre ruh üflenmeden önce kürtaj haram değildir. Gerekçe olarak da ruhun üflenmeden önce ceninin canlı insan haline gelmemiş olmasını göstermişlerdir. Ceninin henüz organları oluşmadan, pıhtı veya et parçası halinde iken dolayısıyla düşürülmesi ve hamileliğin sona erdirilmesi câizdir. Fakihler bu süreyi yukarıda belirtilen Hadise dayanarak yüz yirmi gün olarak takdir etmiş ve bu durumda ceninin, henüz canlı insan haline gelmesini hükme gerekçe göstermişlerdir.<sup>49</sup>

Malikilerden el-Lahmî, Şafiilerden Ebû İshak el-Mervezî ve Hanbelilerin savunduğu ikinci görüşe göre, kürtaj sadece hamilelikten itibaren ilk kırk gün içinde yapılması halinde câizdir, diğer hallerde değildir.<sup>50</sup>

**Üçüncü görüşe** göre, kürtaj ancak, ruh üflenmeden önce yapılması ve haklı bir sebebin ya da bir özrün bulunması halinde caiz olup diğer hallerde caiz değildir. Hanefilerin çoğunluğu ve bazı Şafiiler bu görüşü savunmaktadır. Ancak bu görüşü savunanlar arasında, hangi hallerin haklı sebep ya da özür teşkil edeceği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Hanefiler bu duruma, annenin halen emzirdiği başka bir çocuğunun bulunmasını ve hamilelikten sonra annenin sütten kesilmesi ve ayrıca babanın sütanne tutacak malî gücünün bulunmamasını örnek göstermişlerdir. Şafiiler ise özür ya da haklı sebep olarak sadece kadının zinadan ötürü hâmile kalmış olmasını göstermişlerdir.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Kahraman, s.458-464, Tüfekçi, s.135-140; Ahmed, s.65-66.

<sup>49</sup> Kahraman, s.460.

<sup>50</sup> Kahraman, s.460.

<sup>51</sup> Kahraman, s.461.

Malikilerin kabul ettiği, Şafiilerin ve Zahirilerin ise çoğunluğunun kabul ettiği dördüncü görüşe ise, kürtaj her hâlükârda haramdır. İmam Gazzâlî, *İbn* Teymiyye, *İbn* Receb el-Hanbelî, *İbnü'l-Cevzî*' nin de bu görüşü savunduğu bildirilmektedir. Bu görüşü savunanlar görüşlerine gerekçe olarak, döl suyunun (*nutfe*) anne rahmine yerleştikten sonra şekillenmeye başlamasını ve ruhun üflenmesine hazır hale gelmesini göstermektedirler.<sup>52</sup>

Bu görüşler arasında yaygın kabul gören görüşün, *üçüncü görüş olduğu, ifade edilmektedir.*<sup>53</sup> Bu nedenle estetik ve güzellik kaygıları ile aile planlaması yöntemi olarak kürtaj yoluna başvurma caiz olmadığı, tedavisi son derece zor ve riskli bozukluklar taşıyan ceninin bile ancak ruh üflenmeden önce aldırılmasının caiz olduğu, ruh ülendikten sonra caiz olmadığı bildirilmektedir.<sup>54</sup>

Kadının üreme ve bedeni üzerindeki tasarruf hakkına ilişkin olarak İslam hukukunun ve fıkıh âlimlerinin görüşleri bu olmakla birlikte, devletlerin ve iktidarların bu konudaki tutumunu ise öncelikle takip ettikleri nüfus politikaları belirlemiştir. Dolayısıyla kadınları daha az ya da daha fazla çocuk doğurmaya davet eden nüfus politikaları kadının üreme hakkı üzerinde bir baskı aracına dönüşmüştür. Bu politikaların katı bir şekilde uygulandığı ve kürtajın tamamıyla yasaklandığı ya da üreme hakkının özünü esaslı bir şekilde etkileyecek şekilde sınırlandırıldığı durumlarda ise kürtaj ve nüfus politikaları doğrudan bir baskı aracına ve hatta zulüm ve işkenceye dönüşmüştür. Bu makalede, öncelikle kadınları daha az ya da daha fazla çocuk doğurmaya davet eden nüfus politikalarına esas teşkil eden söylemler açıklanacak, ardından Türkiye’de takip edilen nüfus politikalarının kadının üreme hakkı üzerinde yarattığı doğrudan ve dolaylı baskılar açıklanacaktır.

## ÜREME HAKKI VE NÜFUS POLİTİKALARI

### I-Genel Olarak Nüfus Politikaları

Her iktidarın oluşmasında ve uluslaşma sürecinde “milli bir üretim” hedeflenmekte ve bu milli üretimin kuşaktan kuşağa aktarılarak

<sup>52</sup> Kahraman, s.462.

<sup>53</sup> Kahraman, s.463. Aksi yönde, erkek üreme hücresi ile kadın üreme hücresinin birleştiği andan itibaren gebeliğe müdahalenin caiz olmadığını savunan görüş için bkz. Tüfekçi, 2013.

<sup>54</sup> Kahraman, s.463, 464, 472-476, 481-482.

yeniden üretilmesi amaçlanmaktadır. Oysa Yuval-Davis tarafından da ifade edildiği üzere, bir milletin biyolojik, kültürel ve sembolik olarak yeniden üretilmesi o milletin entelektüellerinden ve bürokrasisinden çok o ülkenin kadınlarından beklenmektedir.<sup>55</sup> Ulusun kimliğinin ve kültürünün biyolojik olarak üretilen yeni doğan çocuklara aktarılması sorumluluğu kadınlara düşerken, bu durum kadının bedeninin ve doğurganlık yeteneğinin baskı ve kontrol altına alınmasına neden olmaktadır. Bu kontrol nihayetinde eril iktidarın kendi ihtiyaçları ve beklentileri doğrultusunda şekillenmiştir. Doğurganlık yetenekleri sebebiyle bir yanda kendilerine “mütevazı anne” veya “iyi eş” sıfatıyla kutsiyet atfedilen kadınlar, diğer yandan ikincil bir statüye itilmiştir.

Milleti oluşturacak insan neslinin devamını sağlayacak çocukları üreten ve bu nedenle “milletin biyolojik yeniden üretenleri” olarak görülen kadınların doğurganlıklarına yönelik kontrol, çocuk sahibi olup olamayacaklarına yönelik tercihin yanı sıra, ne zaman ve hangi sayıda çocuk doğuracakları ve kimi zaman da hangi nitelikte çocuk doğurmaları gerektiğine dair kısıtlamaları içermektedir. *Ülkenin ihtiyaçları doğrultusunda yaratılması hedeflenen “yeni nesli” oluşturma düşüncesi ya da artan nüfus karşısında kıt kaynakların verimli kullanılması düşüncesiyle oluşturulan nüfus politikaları hep kadınları hedef almış, yeni neslin oluşumunda eril iktidarın beklentilerinin kadınlar tarafından karşılanması istenmiştir.*<sup>56</sup> Hatta kadın bedeni ve cinselliğinin kontrolü söz konusu olduğunda, birçok konuda uzlaşamayan Katolik ve Müslüman köktendinci akımlar arasında bu konuda tam bir işbirliği vardır demek yanlış olmaz. Her iki akım da neredeyse kadın cinselliğini kontrol etmeyi kendileri için varlık sebebi saymış, bu konudaki tutucu yaklaşımlarını ideolojilerinin merkezine oturtmuşlardır.<sup>57</sup>

Bu bağlamda, kadınları daha az ya da daha fazla çocuk doğurmayaya davet eden uygulamalar üç temel söylemden etkilenmiştir. Millî çıkarların korunması için nüfusun korunmasını ve arttırılmasını hayati olarak gören “*iktidar olarak halk*” söylemi, çocuk sayısının azaltılmasını gelecekte oluşabilecek milli felaketlerin önlenmesinin tek yolu olarak

<sup>55</sup> Nira Yuval-Davis, *Cinsiyet ve Millet*, (Çev. Aysin Bektaş), 4.Baskı. İstanbul, İletişim Yayınları, 2014, s.18-19.

<sup>56</sup> Yuval-Davis, s. 54-55.

<sup>57</sup> Yuval-Davis, s.77, 122, 124.

gören “*Malthusçu söylem*” ve nihayetinde köken ve sınıf açısından “uygun” olanların daha çok çocuk yapmaya, uygun olmayanların ise daha az çocuk yapmaya teşvik edildiği “milli stokların” kalitesini arttırmayı amaçlayan “*öjenist söylem*”.<sup>58</sup>

Milletin devamı için o milleti oluşturan nüfusun belli bir sayıda olması gerektiği düşüncesine dayalı “iktidar olarak halk” söyleminde, ülkede sivil veya askeri amaçlarla kullanılacak insan ihtiyacını karşılamak üzere nüfusun sürekli bir biçimde çoğalması gerektiği iddia edilmektedir. Sivil amaçlarla nüfusun arttırılması ihtiyacı İkinci Dünya Savaşı sonrası Almanya örneğinde olduğu gibi, ülkenin fiziki olarak yeniden inşası için gerekli olan iş gücünün karşılanması zorunluluğundan doğabilmektedir. Savaş veya çatışma sürecinde nüfusun arttırılması olgusu ise ordunun uzun vadede asker ihtiyacının karşılanması zorunluluğundan ya da iç savaş öncesi Lübnan, bölünmeden önce Kıbrıs, Yugoslavya ve çatışma halindeki İsrail ve Filistin devletlerinde olduğu gibi, tartışmalı topraklar için yapılan silahlı mücadelenin ardından yapılacak müzakerelerde avantaj sağlamak üzere girişilen “demografik yarışlardan” kaynaklanabilmektedir.<sup>59</sup> Bu söylemde, sivil amaçlarla nüfusun arttırılması ihtiyacının doğması halinde bu ihtiyacın göçmen nüfus ile veya göç politikalarının teşvik edilmesi suretiyle sağlanması mümkün iken, milliyetçi projelerde nüfusun genetik yapısının korunarak, ari (saf) nüfusun mutlaka yeni doğumlar yolu ile arttırılması gerektiğine inanılmaktadır. “Adi ırkın” tek bir damla kanının bile milletin “genetik havuz” yapısını kirletmeye yeteceği kaygısından da beslenen milliyetçi/ırkçı politikalarda, kadın bedeni daha fazla kısıtlama ve baskıya maruz kalmaktadır.<sup>60</sup>

Nüfusun büyüklüğünden çok kalitesi ile ilgilenen bu tür “*öjenist söylemler, ulusun göçmenler tarafından yutulacağı korkusuyla geliştirilmiş olup yeni tür ırkçılık politikalarının da önemli örneklerini oluşturmaktadır.*”<sup>61</sup> Bu politikaların en etkili örneği Singapur’da Başbakan Lee Kuan Yew tarafından 90’lı yıllarda uygulanmıştır. Buna

<sup>58</sup> Yuval-Davis, s.55.

<sup>59</sup> Yuval-Davis, s. 68-69.

<sup>60</sup> Yuval-Davis, s.56; Germaine Tillion, Harem ve Kuzenler, (Çev. Şirin Tekeli ve Nükhet Sirman), 1. Baskı. Metis Yayınları, İstanbul, 2006, s.135-148. Havva Çaha, “Elemeci Kürtaj: Öjenizmin yeni yüzü”, İş Ahlakı Dergisi, 2014, 7 (2), 53-90, s.55-57.

<sup>61</sup> Yuval-Davis, s.70-71.

göre, yükseköğrenim görmüş kadınlardan vatanseverlik görevlerini yerine getirerek genetik açıdan üstün çocuklar doğurmaları istenmiş, yoksul ve eğitimsiz kadınların ise genetik özellikleri düşük çocuk doğurmayı bırakıp kısırlaştırmayı kabul etmeleri halinde kendilerine 10.000 Dolar nakit ödül verilmiştir.<sup>62</sup> *Günümüzde ise öjenik söylemlerin yaygın ve en belirgin uygulanma biçimi doğum öncesi yapılan tarama tekniklerine göre gerçekleştirilen kürtajlardır. Genel olarak engelli bebeklerin doğumunu önlemeye yönelik bu kürtajlar, doğum öncesi tarama testlerinin gelişmesi ve yayılması ile birlikte ideal olmadığı veya sorun yaratacağı düşünülen tüm bebeklerden kurtulmanın yolu olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bilimde, sanatta ve politikada engellilerin ve hastaların olmayacağı bir dünya yaratmak hayaliyle yürütülen bu uygulamalarda, nüfusun kalitesinin arttırılarak, engellilere harcanacak paranın yoksulluğu ve savaş önelemeye yönelik politikalara aktarılması ve böylece toplum refahına katkı sağlanacağı düşünülmektedir.*<sup>63</sup>

*Malthusçu söylem ise bir İngiliz din adamıyken ekonomist olan ve hızla artan nüfus sebebiyle dünyada mevcut gıda kaynaklarının yakında tükeneyeceği ve insan nüfusunu uzun süre besleyemeyeceği kehanetinde bulunan Thomas Robert Malthus'a (1766-1834) atfedilerek üretilen yaklaşımları içerir. Günümüzde bu söylem Çin ve Brezilya'da uygulanmakta olup cinsiyetçi etkileri açık olan bu politikalarda nüfusun azaltılması kadınlardan beklenmekte, bunun için de genel olarak kadınların kısırlaştırılması yoluna gidilmektedir.*<sup>64</sup>

Ekonomik ve siyasi gelişmeler, küreselleşme, rekabetçi iş ortamı, kariyer kaygısı, doğum kontrol yöntemlerine ulaşımın kolaylaşması gibi nedenlerle, kadınlar çocuk sahibi olma konusunda çekingen davranabilirken, etnik ve dinsel kimliğe dayalı olarak politika geliştiren iktidarların kadınların çocuk sahibi olması yönünde baskı ve teşvik uygulamaları da devam etmektedir. Kürtajın yasaklanması gibi uygulamalar ile kadınların üreme konusunda serbestçe seçim yapma hak-

<sup>62</sup> Geraldine Heng, & Janadas Devan "State fatherhood: the politics of nationalism, sexuality and race in Singapore", *Nationalism and Sexualities* içinde (Ed. Andrew Parker, Mary Russo, Doris Somner & Patricia Yaeger), New York, Routledge, 1992, s.343-364; Yuval-Davis, s.71-72.

<sup>63</sup> Çaha, s.58, 63, 69.

<sup>64</sup> Yuval-Davis, s. 72-76.



ları ellerinden alınmakta, kadınlar “üreme hakkı” ve politikası söz konusu olduğunda adeta “devlet malı”<sup>65</sup> muamelesi görmektedir. Kadın bedeni, bir yanda liberal ekonominin yarattığı özgürlük ortamında estetik ve güzellik kaygıları ön plana çıkarılarak üretilen malların tüketilmesini sağlayan bir “pazar” gibi metalaştırılmakta,<sup>66</sup> diğer yandan da muhafazakâr kesim tarafından kadınlar ailenin/ulusun/toplumun kimliğinin taşıyıcısı, iffet ve namusun göstereni, özün ve saflığa dönüşün işareti, “sadık eşler ve mütevazı, fedakâr anneler” olarak aseksüel bir varlığa dönüştürülmeye çalışılmaktadır.<sup>67</sup>

Kadınların aseksüel varlıklara dönüştürülmesi, bedenlerinin ve toplumsal hayata katılımının kontrol altına alınması konusunda daha önce belirtildiği üzere, Katolikler ve köktendinci Müslümanlar arasında bir uzlaşmanın söz konusu olduğu, aşırılığı temsil eden her iki görüşün de Alman faşistlerinin kadınlar için uygun buldukları işleri tanımlamak üzere kullandıkları “*Kinder, Küche, Kirche (Çocuk, Kili-se, Mutfak)*” sloganından çok farklı bir tutum sergilemedikleri görülmektedir.<sup>68</sup> Bu kısıtlama ve baskı dolayısıyla kadınların hane içi konumu artmakta, kadınlar, eş, annelik gibi anaç rollere hapsedilmektedirler.

## II-Türkiye’de Kadının Üreme Hakkı ve Nüfus Politikaları

*Ülkenin ihtiyaçları doğrultusunda yaratılması hedeflenen “yeni nesli” oluşturma düşüncesinden hareketle, Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşundan 1950’lerin sonuna kadar belirgin olarak nüfusu arttırmaya yönelik bir nüfus politikası izlenmiştir.*<sup>69</sup> Aynı politikanın

<sup>65</sup> Yuval-Davis, s. 81.

<sup>66</sup> Sandra, L. Bartky, “Narcissism, Femininity and Alienation”, *Social Theory and Practice*, 8 (2), (Summer 1982) , s. 127-143, s.137; Stevi Jackson & Sue Scott, *Cinselliği Kuramlaştırmak*, (Çev. Selen Serezli), Nota Bene Yayınları, Ankara, 2012.

<sup>67</sup> Yeşim Arat, “Feminizm ve İslam: Kadın ve Aile Dergisinin Düşündürdükleri”. 1980’ler Türkiye’de Kadın Bakış Açısından Kadınlar içinde (Derl. Şirin Tekeli), 6.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s.91-102. s.96-98; Ayşe Saktanber, “Türkiye’de Medyada Kadın: Serbest, Müsait Kadın veya İyi Eş, Fedakâr Anne”. 1980’ler Türkiye’de Kadın Bakış Açısından Kadınlar içinde (Derl. Şirin Tekeli), 6.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s.187- 206.

<sup>68</sup> Serpil Sancar, *Türk Modernleşmesinin Cinsiyeti Erkekler Devlet Kadınlar Aile Kurar*, 3.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s.41.

<sup>69</sup> Alanur Çavlin Bozbeyoğlu, “Doğurganlık kontrolünde rasyonelliğin sınırları: Türkiye kürtaj ve gebeliği önleyici yöntem kullanımı”, *Fe Dergi*, 2011, Cilt, 3, no.1, s.24-37, s.27. Erdener Yurtcan, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması*, Beta Ya-

birbiri ardına gelen savaşlar nedeniyle Müslüman nüfusunun daha da azalacağı kaygısı ve özellikle on dokuzuncu yüzyılın ayrılıkçı rüzgârlarına kapılıp teker teker imparatorluktan kopma/koparılmaya çabasındaki gayrimüslimlerin nüfusundaki artış sebebiyle Osmanlı İmparatorluğu tarafından da izlendiği söylenebilir.<sup>70</sup>

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan 1950'lerin sonuna kadar devam eden bu politika nedeniyle, gebeliği önleyici yöntemlerin üretilmesini, ithalini, uygulanmasını yasaklayan<sup>71</sup> ve gebeliğin isteyerek düşükle (kürtaj) sonlandırılmasını suç sayan<sup>72</sup> yasal düzenlemele- re gidilmiştir. Bunun yanında, çok sayıda çocuk sahibi olmayı doğrudan ya da dolaylı olarak teşvik etmek üzere, ücretsiz doğumevleri kurulmuş,<sup>73</sup> altı çocuk sahibi olan kadınlara para yardımı yapılması ve madalya verilmesi uygun görülmüştür.<sup>74</sup>

60'lı yıllardan itibaren, Türkiye'de planlı kalkınma hamleleri- nin başlaması, 60'lı yılların sosyal ve ekonomik sıkıntıları nedeniyle %6,5'a varan doğurganlık oranının düşürülmesi zorunluluğu,<sup>75</sup> 5 ve 10 yıllık kalkınma planlarının yürürlüğe konması, dünyada ise ikinci dalga feminist hareketin başlattığı cinsel özgürlük akımı, nüfus ha- reketlerinin kontrol altına alınmasını gündeme getirmiş, 1965 yılın- da çıkarılan 557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile gebeliği

yinevi, İstanbul, 1985.

<sup>70</sup> Şimşek/Eroğlu/ Dinc, s.606.

<sup>71</sup> 24.4.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, Madde.152- İlkahâ mâni veya çocuk düşürmeğe vasıta olup Sıhhat ve İçtimâi Muavenet Vekâletince tayin olunacak alât ve levazımın ithal ve satışı memnudur.

<sup>72</sup> 1 Mart 1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m.468-472. Madde. 468-Alet ve ilaç kullanarak veya başkası tarafından kullanılmasına razı olarak çocuk düşüren kadın, altı aydan üç seneye kadar haps olunur. Madde 469 - Bir kadının rızasıyla vasıta temin ederek çocuğunu düşürten kimse bir seneden üç seneye kadar hapse mahkum olur.

<sup>73</sup> 24.4.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, madde. 153-Devletin resmî müesseselerinde doğum yardımı meccanidir. Sıhhi ahvali daha fazla kalma- yı istilzam etmeyen vakayide lohusaların doğumdan sonra müesseselerde bir haf- ta alıkonulması mecburidir. Madde 154-Hükümet ve belediye tabipleri ve ebeleri fakir kadınların doğurmasında meccanen yardıma mecburdurlar.

<sup>74</sup> 24.4.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, madde.156-Bu kanu- nun neşrinden sonra berhayat çocuğu altı veya altıdan fazlaya baliğ olan kadınlara Devletçe mükâfatı nakdiye verilmesi için her sene Sıhhat ve İçtimâi Muavenet Vekâleti bütçesinde bir faslı mahsus açılır. Arzu edenlere nakdi mükâfat yerine ihdas edilecek bir madalya verilir. Bu kanunun neşri tarihinde berhayat altı veya daha ziyade çocuğu olan kadınlara dahi bu madalya verilir.

<sup>75</sup> Çaha, s.66; Yurtcan, s.22.

önleyici yöntemlerin satışı, ithal ve uygulanması yasal hale gelmiştir.<sup>76</sup> *Kürtaj ve sterilizasyon yöntemlerinin yasal hale gelmesi ise 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile mümkün olmuştur.*

557 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 1'inci maddesine göre "Nüfus plânlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları" demektir. Bu amaçla, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı gerekli teşkilatı kuracak, gebeliği önleyici ilaç ve araçları muhtaç olanlara parasız veya maliyetinden ucuz fiyatla vermeye veya verdirmeye ya da sattırmaya yönelik tedbirleri alacaktır. Kürtaj, sterilizasyon ve kastrasyon uygulamaları ise tıbbi zorunluluklar dışında yasaktır. Bu kanunun 3'üncü maddesine göre gebelik, gebeliğin ana hayatını tehdit ettiği veya edeceği, ya da rü *'şeymin* veya ceninin normal gelişmesini imkânsız kılan veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet sebebi teşkil edecek hallerde sonlandırılacaktır.

Devletin nüfusun kontrollü olarak artırılmasını teşvik etmek amacıyla gerçekleştirdiği bu yasal düzenlemeye rağmen, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü tarafından yapılan Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması verilerine göre, geri çekme yöntemi halen Türkiye'de kullanılan en yaygın gebeliği önleyici yöntemdir (%26).<sup>77</sup> Bu yöntemi kullananların yüzde on yedisinin ise yöntem başarısızlığı yaşadığı ve istenmeyen gebeliklerin meydana geldiği bildirilmektedir.<sup>78</sup>

1983 yılına gelindiğinde ise 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile onuncu haftaya kadar gebeliklerin isteğe bağlı olarak sonlandırılması ve kadın ve erkeklerin tüplerinin bağlanması yasalaşmıştır. 5237 sayılı *Türk Ceza Kanunu'nun 99 ve 100'üncü maddelerinde de esas alınan bu kanunun 5' inci maddesine göre:*

*"Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbî sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.*

<sup>76</sup> 01.04.1965 tarih ve 557 sayılı Nüfus Plânlaması hakkında Kanun, 10 Nisan 1965 tarih ve 11976 sayılı Resmi Gazete.

<sup>77</sup> Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü (HÜNEE), Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması, 2008, s. 79. <http://www.hips.hacettepe.edu.tr/TNSA2008-AnaRapor.pdf>

<sup>78</sup> Bozbeyoğlu, s.29,

*Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.*

*Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icap ettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorunludur.*

*Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir."*

Dolayısıyla kadının üreme hakkı ve özgürlüğünün tanınmasına ilişkin ilk kısmi düzenlemelerin doğum kontrol yönteminin kullanılmasına izin veren 557 sayılı Kanun'la yapıldığı, daha geniş özgürlüklerin ise 2827 sayılı Kanun'la tanındığı söylenebilir. Ancak, gerek 557 sayılı Kanun ile doğum kontrolü uygulamalarının devlet kontrolünde serbest hale getirilmesi, gerekse kürtajın ve sterilizasyon yasal hale getirilmesine ilişkin 2827 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemeler, Bozbeyoğlu (2011) tarafından da ifade edildiği üzere, Batı Avrupa ve Kuzey Amerika ülkelerindeki deneyimlerden farklı olarak tabandan/kadınlardan gelen baskı ve istekle değil, her ikisi de askeri cunta dönemlerinin ardından tepeden gerçekleşmiştir. Bu haliyle kadın özgürlük hareketinin bir parçası olmaktan çok devletin *üreme üzerindeki kontrolünün bir parçası olarak biçimlenmiştir*.<sup>79</sup> Yine kürtajın ve sterilizasyonun yasal hale getirilmesine ilişkin düzenlemelerin askeri yönetim dönemlerine rastlanmış olması, batılı ülkelerden farklı olarak kanunun yürürlüğe girmeden önce kamuoyunda tartışılmasını önlemiştir.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Bozbeyoğlu, s.28.

<sup>80</sup> Sulhi Dönmezer, "Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü", İstanbul

Günümüzde ise iktidarın her platformda dile getirdiği “en az 3 çocuk yapılması” yönünde bir teşvik politikası bulunmaktadır. 3 çocuk yapılmasını teşvik etmek üzere, 6637 sayılı Kanun’un<sup>81</sup> 16’ncı maddesi ile 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ye EK-4’üncü madde eklenmiştir. “Doğum Yardımı” başlıklı söz konusu maddeye göre, “Türk vatandaşlarına, canlı doğan birinci çocuğu için 300 TL, ikinci çocuğu için 400 TL, üçüncü ve sonraki çocukları için 600 TL doğum yardımı” yapılacaktır. 6637 sayılı Kanun’un gerekçesine bakıldığında, her bir ailede gerçekleşecek doğumların 3 çocuğa kadar artan oranlarda teşvik edilerek doğum yardımı ödenmesinin arkasında yatan bilimsel ve siyasi gerekçeleri tespit etmek mümkün değildir. İktidarın hangi nüfus projeksiyonlarına göre nüfusun sürekli bir şekilde genç tutulmasına ihtiyaç duyduğu ya da üçüncü çocuktan sonra teşvik miktarının artırılmamasının gerekçeleri belli değildir.<sup>82</sup> Kanun teklifinin söz konusu maddesinin TBMM’de görüşüldüğü 25 Mart 2015 tarihli 83’üncü Birleşim’ in 8’ inci oturumuna ilişkin tutanaklardan da, sağlıklı bir sonuca varmak mümkün değildir.<sup>83</sup>

## GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI, ÇOCUK DÜŞÜRTME VE DÜŞÜRME SUÇU

5237 sayılı TCK, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK), Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük (bundan böyle Tüzük olarak

<sup>81</sup> *Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1984, Cilt 50, Sayı 1-4, ss.3-11, s.1.  
27.3.2015 tarihli ve 6637 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. 7 Nisan 2015 tarih ve 29319 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>82</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2736.pdf>

<sup>83</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil5/ham/b08301h.htm>. Ancak TBMM Tutanak Dergisinin incelenmesinden anlaşıldığı kadarıyla, söz konusu oturumda Bingöl Milletvekili İdris Baluken ve arkadaşlarının bir önerge vererek, “Artan şekilde doğum yardımı yapmak çok çocuk doğurmaya yönelik bir teşviktir. Bu teşvikin doğrudan kamu eliyle yapılması etik olmadığı gibi ideolojik bir boyut içermektedir. Ayrıca böyle bir düzenlemenin kadınlar açısından baskıcı ve dayatmacı bir yönü olduğu açıktır. Kadına annelik dışında kariyer ve meslek şansı tanımayan siyasal aklın tezahürü olan bu düzenleme ile kadının toplum içerisinde ayrımcı toplumsal cinsiyet rollerine daha fazla maruz kalacağı açıktır.” eleştirisinde buldukları ve kanun teklifinin ilgili maddesinin değiştirilmesini istedikleri, ancak önerenin kabul edilmediği görülmektedir.

anılacaktır) hükümlerine göre, gebeliğin sonlandırılması ve bununla ilgili hususların düzenlenmesi 4 ihtimale bağlı olarak belirlenmektedir. Daha önce belirtildiği üzere, Tüzükte gebeliğin sonlandırılması “kürtaj” değil “rahim tahliyesi” adıyla anılmaktadır. Buna göre, Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılması hususu, on haftayı geçmeyen gebeliklerde gebeliğin sonlandırılması, on haftayı geçen gebelikte gebeliğin sonlandırılması, acil hallerde gebeliğin sonlandırılması, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde gebeliğin sonlandırılması olmak üzere dört ayrı başlık altında düzenlenmiştir. Tüm bu başlıklara ilişkin olarak, 2827 sayılı NPHK ve Tüzükle getirilen düzenlemeler aynı zamanda TCK’nın 99 ve 100’üncü maddesinde belirtilen çocuk düşürme ve düşürme suçlarının maddi unsurlarının belirlenmesine esas teşkil ettiğinden, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bu hükümler TCK’nın 99 ve 100’üncü maddesiyle bir arada ele alınacak ve tartışılacaktır. Konunun daha kolay anlaşılmasını sağlamak üzere Türk Ceza Kanunu’ndaki sıralamanın aksine, önce çocuk düşürme, ardından çocuk düşürme suçunun kapsamı ve unsurları açıklanacaktır.

### I-ÇOCUK DÜŞÜRME SUÇU

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 100’ üncü maddesine göre “Gebelik süresi on haftadan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir.” Yine 2827 sayılı Kanun’un 5’ inci maddesine göre, “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.” Dolayısıyla çocuk düşürme suçunun konusunu teşkil eden gebelikler, süresi on haftayı geçmiş olan gebeliklerdir. Gebelik süresi on haftadan az olan gebeliklerin tıbbi yardım alınarak veya tıbbi yardım alınmaksızın istemli olarak sonlandırılması, gebe kadın açısından suç teşkil etmemektedir. Ancak gebeliğe son verecek kişilerin TCK’nın 99/5 ve Tüzüğün 3 ve 4 üncü maddeleri gereğince yetkili sayılan kişiler olması gerekir. Aksi takdirde, bu kişiler açısından TCK’nın 99/5 maddesinde belirtilen çocuk düşürme suçu oluşur ve gebe kadının rızası işlenen fiili bu kişiler açısından suç olmaktan çıkarmaz.

Tüzüğün 3’ üncü maddesine göre, süresi 10 haftayı geçmeyen gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve



doğum uzmanlarınca yapılır. Kadın hastalıkları ve doğum uzmanları mesleklerini uyguladıkları yerlerde gebeliği sonlandırabilirler (Tüzük m. 4/1-a). Gebeliği sonlandırma yetkisi bakımından Tüzük pratisyen hekimlere de sınırlı bir yetki vermiştir. Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde, menstrüel regülasyon yöntemi olarak adlandırılan, vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi bir müdahaleyle resmi tedavi kurumlarında gebeliği sonlandırabilirler (Tüzük m.3/3). Bununla birlikte, Tüzüğün 4'üncü maddesinde gebeliğin sonlandırılması işleminin uygulanacağı yerlerin fiziki koşullarına ve bu yerlerde bulunması gereken araç ve gereçlere ilişkin olarak da şartlar getirilmiştir. Örneğin anestezi gerektiren rahim tahliyeleri, anestezi uygulanabilen resmi tedavi kurumları ile özel hastanelerde gerçekleştirilebilir (Tüzük m.4/2). Dolayısıyla, gebeliği sonlandıracak hekimin gerekli vasıfları taşımaması veya işlemin gerçekleştirileceği fiziksel mekânın araç gereç açısından gerekli vasıflara sahip olmaması halinde, gebelik müsaade edilen şartlarda sonlandırılmadığı için gebeliği sonlandıran kişiler TCK'nın 99/5 maddesi kapsamında cezalandırılacaktır.

### 1-Korunan Hukuksal Yarar Ve Suçun Konusu

Çocuk düşürme suçu TCK'da kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olup bu bağlamda çocuk düşürme suçunda korunan hukuksal yarar, anne karnındaki biyolojik varlığın insana dönüşme potansiyelidir. Burada gelecekte oluşma ihtimali olan bir hayat korunma altına alınmaktadır. Dönmezer'in deyimiyle, anne karnındaki biyolojik varlığın müstakil bir hayata sahip olma imkânı korunma altına alınmakta, kanun nüve halindeki insan hayatını korumaktadır.<sup>84</sup> Bununla birlikte hem çocuk düşürme hem de düşürtme suçunda korunan hukuksal yarar aynı zamanda devletin nüfus politikasıdır.<sup>85</sup> Doktrinde ayrıca, "ulusun, ırkın, ya da toplumun varlığını sürdürme hakkı, aileye ait bir varlığın var olma hakkının da korunduğu" belirtilmektedir.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Dönmezer, s.7.

<sup>85</sup> Dönmezer, s.7; Yurtcan, s. 45.

<sup>86</sup> Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s.246; Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Cilt 2, Özel Hükümler,



Ancak bu yorumlar, çocuk düşürme ve aldırma suçlarının Türk Ceza Kanunu'nda "İrkin tümlüğü ve sağlığı aleyhinde cürümler" başlığı altında düzenlendiği dönemde geçerli olabilecek türden yorumlar olup, günümüz şartlarında insan hak ve hürriyetlerini devletin çıkarlarına üstün kılan bir sistematik ile yazılmış 5237 sayılı TCK açısından, bu tür yorumların geçerli olması mümkün gözükmemektedir. Gebelik süresi on haftayı geçmiş anne karnındaki biyolojik varlığın korunmasını hedefleyen bu düzenleme, kadının bedeni üzerindeki tasarruf hakkının belli ölçülerde tanınmasını sağladığı gibi, hukukta lâikleşmenin en dikkati çekici örneklerinden birini de oluşturmaktadır.<sup>87</sup> Çünkü mevcut düzenlemenin, yukarda ayrıntıları ile açıklanan ve İslam Hukukunda gebeliğin istemli olarak sona erdirilmesi için genel kabul gören kurallara tam olarak uymadığı açıktır.

Suçun konusunu, gebelik süresi on haftayı geçmiş bir kadının rahminde bulunan ceninin hayatının kasten sona erdirilmesi oluşturur. Dolayısıyla anne karnında ölmüş veya hayatı sona ermiş cenine karşı bu suç işlenemez. Suçun maddi konusunu, döllenme anından doğum anına kadar anne karnında bulunan biyolojik varlık oluşturduğu halde, gerek TCK'nın 99 gerekse 100'üncü maddesinin başlığında "çocuk düşürme" ve "çocuk düşürtme" deyimleri kullanılmaktadır. Oysa TCK'nın 6/1-b, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3/1-a maddesine göre, çocuk on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi; ifade etmekte olup daha doğmamış ve kişilik kazanmamış anne rahmindeki varlığın çocuk olarak nitelendirilmesi hukuki açıdan isabetli değildir. Bu durumda madde başlığının "gebeliğin hamile kadın tarafından kasten hukuka aykırı şekilde sonlandırılması" şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Burada gerçekleştirilen fiil, ceninin anne rahminde gelişimine son verilmesidir.<sup>88</sup>

Suçun faili, hamileliği on haftadan fazla olan gebe kadındır. Ancak gebe kadının taşıyıcı anne olması durumunda, sorumluluğun daha ağır olması gerektiği ve suç tipinin değiştiği kanaatindeyiz. Çünkü kanun koyucu gebeliği on haftadan fazla sürmüş olan kadının kendi yumurtasından üremiş ceninin hayatına bizzat son vermesi

---

Ankara 2008, s.579.

<sup>87</sup> Dönmezer, s.10.

<sup>88</sup> Murat Aydın, "Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 19, Sayı 2, ss.69-100, s.74.

halini cezalandırarak, kadının kendi bedeni üzerinde on haftaya kadar tasarrufta bulunmasına izin vermiştir. Oysa taşıyıcı annelik (*surrogacy*) müessesesinde, taşıyıcı anne (*surrogate mother*) sadece döllenmiş yumurtanın muhafazasını sağlayan ve hamilelik süresince çocuğu rahminde taşımakla yükümlü olan kimsedir. Taşıyıcı anne ve biyolojik aile arasında bir sözleşme akdedilmekte, bu sözleşme uyarınca doğacak çocuğun doğum sonrası velayet haklarının biyolojik anne ve babaya, taşıyıcı anne tarafından devredildiği peşinen hüküm altına alınmaktadır. Bu durumda, gebe kadının taşıyıcı anne olması ve gebeliği kasten sona erdirmesi halinde, kanımızca gebeliğin süresi ve evresine bakılmaksızın TCK'nın 99/1 maddesinde belirtilen çocuk düşürtme suçunun işlendiğinin kabulü gerekir. Çünkü 10 haftalık süre, sadece rahminde döllenmiş kendi yumurtasını taşıyan hamile kadın için geçerli olup taşıyıcı anne bu madde kapsamına girmez.

Gebe kadın dışında, kadına çocuk düşürmesini sağlayacak veya bu hususa yarayacak vasıta tedarik eden veya çocuğunu düşürmesi hususunda onu teşvik veya tahrik eden kimse ise suça iştirakten dolayı cezalandırılacaktır.

## 2-İzni Gerekli Kılan Haller Ve Rızaya İlişkin Tartışmalı Hususlar

Gebeliğin sonlandırılmasında izini gerektiren haller 2827 sayılı NPHK'nın 6'ncı maddesi ile Tüzüğü'nün 13 ve 14'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Tüzüğü'nün 13'üncü maddesine göre, 10 haftayı geçmeyen gebeliğin sonlandırılması için gebe kadın reşit ve bekâr ise kendisinden, evli ise hem kendisinden hem de eşinden izin alınması gerekmektedir. Gebe kadın küçük ise kendi rızasının yanında velisinin izni, vesayet altında olan küçüklerin gebeliğine son verilmesi halinde ise hem küçüğü'nün, hem vasinin, hem de sulh hukuk hâkiminin izni gerekmektedir. Vesayet altında bulunan diğer kısıtlılar için de aynı usul uygulanır. Ancak akıl hastalığı sebebiyle algılama yeteneği ortadan kalkmış gebe kadınlarda kadının rızası aranmaz (Tüzük, m.14). *Yine veli ya da sulh mahkemesinden izin alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmemesinin hayatı ve hayati organlardan birini tehdit ettiği acil hallerde izin şartı aranmaz (Tüzük m.14).*

Gebeliğin sonlandırılmasında izin konusunu, en tartışmalı hale getiren husus evli kadının gebeliğinin sonlandırılması için kocasının

izninin aranması ile kendi görüşlerini serbestçe oluşturma olgunluğuna erişmiş çocuklarda çocuğun yanında velisinin ya da vasisinin izninin aranması halidir. Gerek Tüzüğün 13/1-d, gerekse 2827 sayılı NPHK'nın 6/2 maddesi evli kadının sağlık kuruluşlarında yaptıracığı rahim tahliyesinde kadının eşinin iznini aramaktadır. Söz konusu düzenlemelerin, 17/2/1926 tarihli ve 743 sayılı Mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 152'inci maddesinde yer alan "Koca birliğin reisi" hükmünün geçerli olduğu dönemde yürürlüğe konduğu, 743 sayılı Medeni Kanun yürürlükten kalkmasına rağmen bu hükümlerin güncelleştirilmediği ve uygulamada karışıklığa yol açtığı görülmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 186 ve 188'inci maddesi ile kocanın aile birliğinin reisi olması hükmünün yürürlükten kalkmış olması sebebiyle, gerek *Tüzüğün 13/1-d* gerekse 2827 sayılı NPHK'nın 6/2 maddesinin uygulama imkânı artık bulunmamaktadır. Kaldı ki, Türk Ceza Kanunu'nun 100' üncü maddesinde 10 haftalığa kadar olan gebeliğe, kadın tarafından istemli olarak son verilmesi halinde, kadına ceza verilmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Ancak bu konuda farklı sağlık kuruluşlarında farklı uygulamaların yapıldığı, bazı sağlık kuruluşlarının kocanın izni olmaksızın rahim tahliyesi veya kürtaj uygulaması yapmadıkları bildirilmektedir.<sup>89</sup>

Kanımızca, kocanın izni olmaksızın sadece evli gebe kadının rızasına dayanarak rahim tahliyesini gerçekleştiren ve on haftadan az olan bir gebeliği Tüzüğün aradığı koşullarda sonlandıran yetkili hekimlerin hiçbir hukuki sorumluluğu bulunmamaktadır. Öğretide, bu durumda, hekimin 2827 sayılı NPHK'nın 8/2 maddesi gereğince para cezası ile cezalandırılabilmesi belirtilmekte ise de,<sup>90</sup> bu yorum geçerli bir yorum değildir. *Çünkü 2827 sayılı* NPHK'nın 8/2 maddesi "Bu Kanun'un 3 üncü maddesinin beşinci fıkrası hükümlerine aykırı hareket edenlere, filleri suç oluşturmadığı takdirde mahallî mülkî amir tarafından iki yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir." hükmünü amir olup aynı Kanun'un 3/5 maddesinde ise "Hekim, hemşire ve ebeler özel kanunlardaki şartlara bağlı olmaksızın bu yönetmelikle belirti-

<sup>89</sup> Alanur Çavlin, Sabahat Tezcan, Banu Ergöçmen, "Kadınların Bakış Açısından Kürtaj", *Nüfusbilim Dergisi/Turkish Journal of Population Studies*, 2012, 34, s.51-67. s. 55.

<sup>90</sup> Burcu Dönmez, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk Ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, 9 (2), s.99-141, s.114.

len şartlara uygun olarak *gebeliği önleyici yöntemleri uygulayanlar*” hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla 2827 sayılı Kanun’un 8/2 maddesi, gebeliği önleyici rahim içi araç vb. yöntemleri ilgili yönetmelikte belirtilen usul ve şartlara uymaksızın uygulayan kişiler açısından geçerli olup rahim tahliyesi yapan hekimler açısından geçerli değildir.

Tüzüğün 15’inci maddesine göre izin belgesi rahim tahliyesi ve sterilizasyon için başvurulduğunda eşe, veliye veya vasiye imzalatılır. Eşin, ya da vasinin gelmemesi halinde, bunların sterilizasyon ya da rahim tahliyesine izin verdiklerine ilişkin yazılı ve imzalı belge yeterli sayılır. Belgeyi getiren, imzanın sahibine ait olduğunun hukuki sorumluluğunu kabul ettiğine ilişkin bir belgeyi de imzalamak zorundadır. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 22’inci maddesinin birinci fıkrası gereğince, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kadının rızasının aydınlatılmış olması gerekir. Bu bağlamda aydınlatılmış rıza kavramı, fiil ehliyetinden daha geniş bir algılama ve muhakeme yeteneğini gerektirmektedir. Yukarda açıklandığı üzere ‘Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin 39’uncu maddesinde de aynı yönde düzenlemeler bulunmaktadır.

Kendi görüşlerini serbestçe oluşturma olgunluğuna erişmiş çocuklarda gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak ise, velayet altında bulunan küçükler için çocuğun yanında velisinin, vesayet altında bulunan küçükler için vasisinin ve sulh hukuk mahkemesinin izninin aranması hususu uluslararası düzenlemeler açısından değerlendirildiğinde, adeta hukuksal bir çıkmaz ile karşılaşmaktadır. Çünkü her şeyden önce, Türk Ceza Kanunu’nun 103/1-a maddesi gereğince, on beş yaşını tamamlamış ve cinsel ilişki fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip çocuklar ile karşılıklı rızaya dayalı olarak kurulan cinsel ilişki “çocuğun cinsel istismarı” suçuna vücut vermemektedir. Yine Türk Ceza Kanunu’nun “reşit olmayan ile cinsel ilişki” başlıklı 104 üncü maddesinde, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükmü bulunmaktadır.

Şikâyet şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olup reşit olmayan ile rıza ile cinsel ilişki halinde, şikâyet hakkı karşı

görüşler olmasına rağmen mağdur çocuğa aittir.<sup>91</sup> Dolayısıyla cinsel ilişki fiilini suç olmaktan çıkararak ve hukuka uygun hale getiren rızayı gösterebilen 15 yaşını tamamlamış çocuğun bu cinsel ilişkiden hamile kalması halinde, çocuğun gebeliğine tıbbi koşullarda son verilmesi için veli veya vasinin izninin aranması bir çelişkidir. Dahası, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin<sup>92</sup> 12'nci maddesi "Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun, kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanır. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır." hükmünü amirdir.

Dolayısıyla kendi görüşlerini serbestçe oluşturma yeteneğine sahip çocuğun görüşleri kendi yüksek çıkarlarına aykırı olmadığı sürece, her hâlükârda anne ve babasının görüşlerine tercih edilmelidir. Nitekim İngiltere'de cinsel ilişkiye rıza yaşı 16 olup, 16 yaşından küçük bir kız çocuğuna doğum kontrol ilacı yazan doktor hakkında reşit olmayan ile cinsel ilişkiye yardım suçundan açılan davayı konu alan *Gillick* kararında, İngiltere'nin en yüksek yargı organı olan Lordlar Kamarası (*The House of Lord*), çocuğun kendisini ilgilendiren her hangi bir tıbbi uygulama veya müdahale ile ilgili olarak, uygulama ve müdahalenin niteliği, sonuçları ve muhtemel yan etkileri konusunda yeterli idrak ve algılama yeteneğine sahip olması halinde, bu tür müdahalelere tek başına rıza gösterebileceğine karar vermiştir. Söz konusu kararda, çocuğun kararı ile ailenin kararının çatışması durumunda, çocuğun menfaatleri göz önünde bulundurularak her olayın somut özelliklerine göre bir karar verilmesi gerektiği, çocuğun yüksek çıkarlarına aykırı olmadığı sürece çocuğun görüşü doğrultusunda işlem yapılabileceği ve bunun da suç teşkil etmediği belirtilmiştir.<sup>93</sup> Anayasa'nın 90'ncı maddesi hükmü gereğince, artık iç hukuk kuralı haline dönüşen Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12'nci maddesi, çocukları ilgilendiren her iş-

<sup>91</sup> Ersan Şen, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, Haber7, 26.02.2016, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1814568-resit-olmayanla-cinsel-iliski>

<sup>92</sup> 4058 sayılı Onay Kanunu 11 Aralık 1994 gün ve 22138 Sayılı Resmi Gazete' de yayınlanmıştır.

<sup>93</sup> *Gillick v W Norfolk AHA* [1985] 3All ER 402.

lemde uygulanmalı ve iç hukuk ile çatışma halinde sözleşmenin 12'nci maddesine üstünlük tanınmalıdır. Bu bağlamda, kanımızca, 15 yaşını bitirmiş olup cinsel ilişki, kürtaj ve hamileliğin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip çocuk, tek başına verdiği rıza ile cinsel ilişkiyi hukuka uygun hale getirebiliyorsa, bu cinsel ilişki sonucunda oluşan hamileliğin sonlandırılmasına da tek başına rıza gösterebilmelidir. Ancak bu husus, 15 yaşını bitirmiş her çocuğa otomatik olarak bu hakkın tanınması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır, her olayın somut özelliklerine göre değerlendirme yapılmalı, çocuğun gerekli algılama yeteneğine sahip olup olmadığı tespit edilmelidir.<sup>94</sup>

## II- ÇOCUK DÜŞÜRTME SUÇU

### 1-Suçun konusu

Suçun konusunu anne rahminde bulunan cenin oluşturur. Dolayısıyla yapay yollardan tüp bebek vb. yollardan üretilmiş olan döllenmiş yumurta veya embriyonun yok edilmesi, embriyo veya döllenmiş yumurta anne rahmine henüz yerleştirilmediği için çocuk düşürtme suçunu oluşturmaz. Tüpte döllenmiş yumurta anne rahmine yerleştirilmediği sürece cenin olarak kabul edilmez ve tüpe yönelik eylemler de çocuk düşürtme suçuna vücut vermez.<sup>95</sup> Anne rahminde bulunan ceninin doğal veya yapay yollardan elde edilmiş olması sonucu değiştirmez.<sup>96</sup> Ancak kanımızca, gebe kalmak için birçok zorluğa göğüs germiş ve çeşitli tedavilerden geçmiş ve nihayetinde suni yollardan gebe kalmış bir kadının gebeliğinin kasten sona erdirilmesi halinde, oluşacak çocuk düşürtme suçunun kanun koyucu tarafından daha ağır bir biçimde cezalandırılması daha isabetli olurdu. Çocuğunu kaybeden her anne elbette acı çeker ve bu acıların derecesi arasında ayırım yapılamaz. Ancak suni yollardan güçlüklerle hamile kalmış bir kadının yaşadığı ve katlandığı maddi ve manevi kayıpların, kanun koyucu tarafından dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>94</sup> Bu konuda bkz. Recep Doğan, 'Concept of Informed Consent in the Context of Research with Children and Child Rights', Ankara Bar Review, 2012, vol.5, issue.1, ss.11-24.

<sup>95</sup> Dönmez, s.105. Salih Oktar, Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

<sup>96</sup> Mustafa Artuç, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2008, s. 538; Dönmez, s.112.



Taşıyıcı annenin rahminde bulunan ceninin hayatına son verilmesi halinde de yine çocuk düşürtme suçunun oluştuğunun kabulü gerekir. Taşıyıcı anne döllenmiş yumurtayı rahminde taşıyan bir tıbbi cihaz olarak kabul edilemez. Dolayısıyla başkasına ait olsa da, ceninin kaybı taşıyıcı anne için de manevi yıkımlara ve fiziki tahribata sebep olacağından, bu fiilin de suç olarak cezalandırılması gerekir. Kadın hamile değilse veya cenin canlı değilse, bu durumda çocuk düşürtme suçu açısından işlenemez bir suç söz konusu olacak, fail kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır.<sup>97</sup> Bu durum, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 468'inci maddesinde daha açık bir şekilde düzenlenmiş idi. Bu hükme göre, gebe sanılan bir kadın üzerinde rızası olmaksızın çocuk düşürme amacıyla bazı fiillerde bulunan kimse kadının bedeni zararına sebep olmuşsa, 456'ncı madde hükmüne göre kasten yaralama suçundan cezalandırılmakta idi.

## 2- Maddi Unsur

Suçun maddi unsurunu, ceninin anne rahminde ölmesiyle sonuçlanan ve gebe kadın dışında üçüncü kişi/kişiler tarafından yerine getirilen hareketler oluşturur. TCK kapsamında çocuk düşürmeye yönelik hareketlerin ne olacağı kanunda tek tek sayılmamıştır. Bu nedenle çocuk düşürtme suçu serbest hareketli suç tanımına uygun bir suçtur. Gebeliğin sonlanmasına neden olan her hareket bu kapsamda değerlendirilmelidir.<sup>98</sup> Eylemin ana rahmine doğrudan müdahale edilerek gerçekleştirilmesi gerekmez. Kimyasal bir madde içerilerek veya enjekte edilerek de bu suç işlenebilir.<sup>99</sup> Suçun oluşması bakımından netice dikkate alındığı için, çocuk düşürtme suçu aynı zamanda netice suçudur.<sup>100</sup> Dolayısıyla failin gebeliği sonlandırmaya yönelik fiilinin, ceninin hayatının son bulması ile sonuçlanması gerekir. Failin müdahalesine rağmen ceninin hayatının son bulmaması halinde, değişik ihtimallere göre değerlendirme yapmak gerekir. Fail sadece çocuk düşürtme kastı ile hareket etmiş ve kadının yaralanması söz konusu olmamışsa, bu durumda hazırlık hareketlerin tamamlanıp ge-

<sup>97</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008, s.271; Dönmez, s.112, Yurtcan, s.76.

<sup>98</sup> Dönmez, s.111; Tezcan/Erdem/Önok, s.270.

<sup>99</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.271; Dönmez, s.113.

<sup>100</sup> Yurtcan, s.76.



beliği sonlandırmaya yönelik icra hareketlerine başlandığından çocuk düşürtmeye teşebbüs suçu oluşur. Çünkü TCK'nın 35/1 maddesi gereğince, fail işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış, ancak elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamıştır. Eğer fail kadına yönelik bir yaralama kastı ile hareket etmiş ve gebe kadının çocuğunun erken doğmasına ya da düşmesine sebebiyet vermiş ise bu durumda TCK'nın 87/1-e, 87/2-e maddelerinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralama suçu oluşur. Failin taksirle neden olduğu yaralanmanın gebe kadının çocuğunun erken doğmasına sebep olması halinde TCK'nın 89/2-f maddesi, düşmesine sebebiyet vermesi halinde ise TCK'nın 89/3-e maddesi uygulanır. Failin eylemine rağmen cenin sağ doğar, ancak sonradan gebeliğe son verilmesine yönelik eylem dolayısıyla hayatını kaybeder ise yine çocuk düşürtme suçu oluşur.

### 3- Manevi Unsur

*Çocuk düşürtme suçu*, hamile kadın dışında ikinci bir kişinin kasıtlı müdahalesini zorunlu kılar. Bu nedenle kasten işlenen bir suçtur. Suç olası kastla da işlenebilir.<sup>101</sup> Olası kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin fail tarafından öngörülmesine rağmen, fiilin işlenmesidir (TCK.m.21/2). Başka bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini somut olay bakımından öngörmekte ve kabullenmektedir. Ancak olası kast ile suçun işlenmesi hallerinde ceza indirilir.<sup>102</sup>

Bir suçun taksirle de işlenebileceğinin kabulü için kanunda açık bir düzenleme olması gerekir. Yoksa suç ve ceza içeren hükümlerin kıyas yolu ile genişletilmesi mümkün değildir (TCK.m.2/3). Çocuk düşürtme suçunun taksirli hali kanunda öngörülmemiştir. Bu nedenle, taksirle çocuğun düşürtülmesi söz konusu olduğunda fail çocuk düşürtme suçundan dolayı sorumlu tutulamaz. Fail ancak kadına yönelik taksirle yaralama suçundan (TCK.m.89) sorumlu tutulabilir.<sup>103</sup> Ancak gerek hekimlerce gerek diğer kimselerce çocuk düşürtme suçunun taksirle işlenmesi daha doğru bir deyişle bir kadının gebeliğinin taksirle işlenen bir eylem neticesinde sonlandırılması ve ceninin ha-

<sup>101</sup> Yurtcan, s.76.

<sup>102</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.273; Dönmez, s.115.

<sup>103</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s.273-274.

yatının son bulması mümkündür. Kanımızca da, bu yönde bir boşluk bulunmakta olup kanunda düzenleme yapılması gerekir.<sup>104</sup>

#### 4-Fail

Faillik hususu gebe kadının rızasının olup olmamasına, gebeliği sonlandıran kişinin rahim tahliyesi yetkisinin bulunup bulunmadığına ve son olarak gebeliğin 10 haftadan fazla sürüp sürmediğine göre farklılık göstermektedir.

99'uncu maddenin birinci fıkrası kadının rızası olmaksızın çocuğun düşürtülmesine ilişkin olup fail gebe kadın dışında herkes olabilir. Bu fıkra kapsamında belirleyici unsur kadının rızasının bulunmamasıdır, gebeliğin süresi veya failin hekim olup olmamasının önemi yoktur.

İkinci fıkra kapsamında suç açısından önemli olan husus, gebeliğin on haftadan fazla sürmüş olması, kadının rızasının bulunması, ancak gebeliğin sonlandırılması için tıbbi zorunluluğun bulunmamasıdır. Bu fıkra kapsamında faili belirleyebilmek için, 99'uncu maddenin birinci, ikinci ve beşinci fıkraları arasında birlikte değerlendirme yapmak gerekir. Gerekli değerlendirme yapıldığında, bu fıkra kapsamında fail, rahim tahliyesine yetkisi olan ve süresi 10 haftadan fazla olan gebeliği tıbbi zorunluluk olmadığı halde kadının rızası ile sonlandıran hekimdir. Bu fıkra kapsamında, gebeliğin sonlandırılmasına rıza gösteren kadın açısından da ayrı bir faillik durumu söz konusu olup gebe kadın rahim tahliyesine yetkisi olan hekimin fiiline iştirak eden olarak değil, ayrıca fail sıfatıyla cezalandırılmaktadır. Bu husus, TCK'nun iştirak hükümlerinden bağımsız olarak, TCK'nun 99'uncu maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde ayrıca ele alınmıştır. Süresi 10 haftadan fazla olan gebeliği, tıbbi zorunluluk olmadığı halde kadının rızası ile sonlandıran ve fakat rahim tahliyesine yetkisi olmayan kişiler ise bu fıkra kapsamında değil, 99 uncu maddenin beşinci fıkrasının ikinci cümlesi kapsamında ele alınmaktadır. Bu bağlamda rahim tahliyesine yetkisi olmayan fail daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaktadır.

99'uncu maddenin üçüncü fıkrası birinci fıkrada düzenlenen suçun ağırlaştırılmış halini, dördüncü fıkrası ise ikinci fıkrada düzenle-

<sup>104</sup> Dönmez, s.115.

nen suçun ağırlaştırılmış halini düzenlemektedir. 99'uncu maddenin beşinci fıkrasına göre ise fail, süresi 10 haftadan az olan bir gebeliği kadının rızası doğrultusunda sonlandıran ve fakat rahim tahliyesine yetkisi olmayan, yani hekim olmayan kişilerdir.

Daha önce belirtildiği üzere Tüzük ve 2827 sayılı NPHK'da rahim tahliyesine yetkili olan kişiler, bunların vasıfları ve rahim tahliyesinin hangi fiziksel koşullarda gerçekleştirileceği açıkça belirlenmiş olup bu özellikleri taşımayan kimselerce yapılan rahim tahliyelerinde, fail hekim olsa bile rahim tahliyesi kanununun ve tüzüğün aradığı koşullarda yapılmadığından, rahim yetkili kişilerce tahliye edilmiş sayılmayacaktır. Burada tartışma yaratabilecek husus, tıbbi zorunluluk bulunan ve 10 haftayı geçen bir gebeliğin kadının hayatını kurtarmak amacıyla, rahim tahliyesine yetkisi olmayan bir hekim, sözcelimi bir cerrah ya da sağlık personeli örneğin ebe, veyahut da üçüncü bir kişi tarafından sonlandırılması halidir. Kanımızca, bu durumda TCK'nın 25/2 maddesinde düzenlenen zorunluluk hali kapsamında değerlendirme yapmak gerekir. TCK'nın 25/2 maddesine göre, "Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez". Kanımızca, gebe kadının, rahim tahliyesinin yapılabileceği sağlık kuruluşuna nakli veya rahim tahliyesine yetkili hekimin, gebe kadının bulunduğu yere varması için geçecek süre zarfında, gebe kadının hayatı ağır ve muhakkak bir tehlike altına girecek ve kadının kurtarılması mümkün olmayacak ise, bir başka deyişle, kadının hayatının kurtarılması için rahim tahliyesi zorunlu ise, bu durumda gebeliği sonlandıran ve kadının hayatını kurtaran kişiye çocuk düşürtme suçundan dolayı ceza verilmemelidir. TCK'nın 99'uncu maddesinde belirtilen diğer tıbbi zorunluluk halleri ile kanunda belirtilen diğer acil haller ise aşağıda tartışılacaktır.

### **5- Acil Hallerde Gebeliğin Sonlandırılması Ve Tıbbi Zorunluluk Halleri**

On haftayı geçen gebeliklerde acil durumlarda rahmin tahliyesi, fiili suç olmaktan çıkararak ve çocuk düşürtme suçunun oluşmasını en-

gelleleyen durumlardan biridir. Acil durumlarda rahim tahliyesi 2827 sayılı NPHK'nın 5'inci maddesi ile Tüzüğün 7, 8 ve 9'uncu maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Derhal müdahale edilmediği takdirde, kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden durumlar acil haller olarak tanımlanmış olup (Tüzük m.7) bu haller Tüzüğün 8'inci maddesinde tek tek sayılmıştır. Buna göre a) Servikal internal os kapalı olsa bile, kadının yaşamını tehlikeye sokacak ölçüde vajinal kanamalar, b) Servikal internal osun açık olduğu haller, c) Uterustaki gebelik ürününün bir bölümünün düştüğü ve kanamanın devam ettiği haller ya da enfeksiyon tehlikesi, rahim tahliyesini gerektiren acil haller olarak belirlenmiştir. Bu durumda, rahim tahliyesi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca yapılacaktır. Acil hallerde rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır. Ancak, kadının buralara taşınması olanaksızsa, rahim tahliyesi, muayenehane, ev gibi hastanın bulunduğu yerlerde de yapılabilir. Hekim, müdahaleyi yapmadan önce, bunun mümkün olmaması halinde, müdahaleden itibaren en geç 24 saat içinde, kadının kimliğini, yapılan müdahaleyle müdahaleyi gerektiren nedenleri ve sonucunu, illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine yazılı olarak bildirmek zorundadır (Tüzük m.9). Hükme göre, acil müdahale edilmesi gereken bir durumu tespit eden hekim müdahaleden önce olanaksızsa herhangi bir rapor hazırlamaksızın gebeliği sonlandırabilecek, tıbbî müdahalelerde bulunabilecektir. Hekimin hayati tehlikeyi önlemek adına yaptığı bu tür gebeliğin sonlandırılması işleminin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.<sup>105</sup>

Acil haller dışında, TCK'nun 99'uncu maddesi gereğince, on haftayı geçen gebeliklerde, ancak tıbbi bir zorunluluk bulunması halinde rahim tahliye edilebilmektedir. Aksi takdirde çocuk düşürme suçu oluşmakta, kadının rızası, gebeliği sonlandıran kişiler açısından fiili suç olmaktan çıkarmamaktadır. NPHK'nun 5'inci maddesine göre, "Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, *annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde* doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir. Yine Tüzüğün 5 ve 6'ncı maddelerinde, tıbbi zorunluluk hallerinin ekli (2) sayılı listede belirtildiği, bu

<sup>105</sup> Yurtcan, s.56.

hallerde rahim tahliyesinin kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılacağı ve ek (3) sayılı listede yer alan araç gereç ve personelin bulunmasının zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere süresi 10 haftadan az olan gebeliğe oranla, süresi 10 haftadan fazla olan gebeliğin sonlandırılması sıkı kayıt ve kurallar altına alınmış, hem gebeliğin tahliyesini gerçekleştirecek hekimin niteliğinde, hem de fiziki koşullarda sınırlamalara gidilmiştir.

Ancak tıbbi zorunluluk hallerinin belirtildiği Tüzüğün (2) sayılı listesi, konuya açıklama getirmekten çok, konuyu daha karmaşık hale getiren bir şekilde kaleme alınmıştır. Tüzüğün ekinde yer alan (2) sayılı listenin başında "On haftanın üzerindeki gebeliklerde rahim tahliyesini gerektiren, *kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden ya da çocuk için tehlikeli olan hastalıklar ve durumlar*" başlığı yer almaktadır. Ancak liste içinde ek açıklamalara yer verilmediğinden, bazı hallerde, listede yer alan hastalık ve sakatlıkların, annenin hastalık ve sakatlıklarını mı, yoksa anne karnındaki fetüsün hastalık ve sakatlıklarını mı kapsadığı belli değildir.

Listenin annenin hastalık ve sakatlıklarını kapsadığını öne süren hekimlere göre, konjenital hastalıklar bölümünde bulunan ve 30 binde bir görülen mesane ekstrofisi hastalığı, mesane ekstrofisi ameliyatı geçirmiş kadını; Down sendromu, annenin Down sendromunu; hasta veya sakat çocuk doğurma ihtimali yüksek olan diğer kalıtsal hastalıklar bölümü, anne-babadan çocuğa geçebilecek hastalık ve sakatlıkları işaret etmektedir.<sup>106</sup> Listenin fetüsün hastalık ve sakatlıklarını kapsadığını öne süren hekimler ise, hasta veya sakat fetüslerin kadın, aile ve topluma sosyal-ekonomik yönden yük olacakları gerekçesiyle kürtaja olumlu yaklaşmaktadır.<sup>107</sup>

Ağır sakatlık halinin anneyi mi, fetüsü mü gösterdiği konusunda hukukçular da farklı görüşe sahiptir. Bazı hukukçular, bu maddeye dayanarak, engelli bir çocuk dünyaya getirmenin annenin ruhsal sağlığını olumsuz etkileyeceğini ve bu nedenle gebeliğin sonlandırılma-

<sup>106</sup> Aytül Esmir Çorbacıoğlu ve Atıl Yüksel (2012). "Prenatal tanı sonrası gebeliklerin sonlandırılması ve yasal durum" *Türkiye Halk Sağlığı Dergisi*, 2012, [Özel Sayı: Düşükler], 10 (1), 83-93, s. 88-89, aktaran Çaha, 2014, s.66.

<sup>107</sup> Çorbacıoğlu ve Yüksel, 2012, s. 90, aktaran Çaha, 2014, s.66.

sında bir sıkıntı olmayabileceğini ileri sürmektedir.<sup>108</sup> Hukukçuların bir kısmı ise TCK'nın 99/2 maddesinin hekime annenin sağlığını gerekçe göstererek rıza almadan kürtaj yapma hakkı tanıdığını, madde- nin yanlış yorumlanmasının anne engelli çocuğunu doğurmak istese dahi hekime gebeliği sonlandırma izni verdiğini, yasadaki karışıklık nedeniyle kürtajı gerçekleştirmenin hukuksuz olduğunu, maddenin açıklığa kavuşturulması gerektiğini öne sürmektedir.<sup>109</sup> Kanaatimizce, çocuğun ağır engelli olarak doğacağı belirlenen gebeliklerde, hekimin annenin aydınlatılmış rızasını alma zorunluluğu Tüzüğü'nün 13, 14 ve 15 inci maddeleri gereğince devam ettiğinden, bu durumun bir sorun teşkil etmemesi gerekir. Sorun, gebeliğin üzerinden 10 hafta geçtikten sonra çocuğun engelli olarak, örneğin Down sendromlu olarak, doğa- çağının tespit edilmesi üzerine, kadının bu gebeliğe son verilmesini istemesi halinde yaşanacaktır. Doktorların, Tüzüğü'nün (2) sayılı listesini- nin (N) bendinde belirtilen "Down Sendromu"nun annenin hastalığı- na işaret ettiği, fetüsün sağlığına işaret etmediğini gerekçe göstererek, gebeliği sonlandırmaktan kaçınması mümkün gözükmektedir. Dolayısıyla, bu tartışmalı hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Kanaatimizce 18.12. 1983 tarihli Tüzük bir an önce ele alınarak güncellenmelidir. Örneğin, annenin sıtma veya brusella gibi enfeksiyon hastalıklarına sahip olması, Tüzük'te gebeliğin sonlandırılması için kabul edilen tıbbi zorunluluk halleri arasında sayılmıştır. Oysa sıtma ve brusella gibi enfeksiyon hastalıklarının tedavisi artık çok kolay olup, bu tür enfeksiyon hastalıklarının tıbbi zorunluluk kabul edilerek 10 haftayı geçmiş gebeliklerin sonlandırılması mümkün olmamalıdır.

### 6-Suç Sonucu Oluşan Gebeliklerde Gebeliğin Sonlandırılması

5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'nın 472'nci maddesinden farklı olarak, süresi 10 hafta fazla olan gebeliğin namus saikiyle sonlandırılması hali, hafifletici bir neden olarak düzenlenmemiş, bunun yerine 99/6 maddesi ile kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, bu gebeliğin 20 haftaya kadar sonlandırılmasına izin verilmiştir.

<sup>108</sup> Dönmez, s. 120.

<sup>109</sup> Serap Keskin Kızıroğlu, (2013) Türk Ceza Kanununda çocuk düşürme, düşürme ve kısırlaştırma suçları. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, 19 (2), s.165-190, s.181.

TCK' nın 99/6 maddesine göre, "Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir." Kanımızca da, bu maddede çocuk düşürtme suçuna ilişkin olarak özel bir cezasızlık hali söz konusudur.<sup>110</sup> Cezasızlık hali sayılması gereken bu hükmün uygulanabilmesi için, kadının kendisine karşı işlenen bir suç sonucunda gebe kalması, gebeliğin 20 haftadan fazla sürmemesi, kadının rızasının olması ve gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane koşullarında sonlandırılması gerekmektedir. Maddede belirtilen ve gebe kalmaya neden olan suçların, reşit kadınlar için cinsel saldırı (TCK.m.102), reşit olmayan çocuklar için ise çocuğun cinsel istismarı (TCK.m.103) ile reşit olmayan ile cinsel ilişki (TCK.m.104) suçlarından ibaret olduğu düşünülmektedir.

Söz konusu hüküm 5237 sayılı TCK ile hukuk sistemine girdiğinden, suç sonucu oluşan gebeliklerde gebeliğin nasıl sonlandırılacağına dair özel hükümler, gerek Tüzük'te gerekse 2827 sayılı NPHK'da yer almamaktadır. Ancak söz konusu maddenin uygulanmasından kaynaklanan sorunların Tüzük değişikliği ve benzeri idari düzenleyici işlemler ile giderilmesi mümkün değildir. Öncelikle, kadının mağduru olduğu bir suç nedeniyle gebe kaldığının tespitinin kim tarafından nasıl yapılacağı belli değildir. Bu hususta mahkemenin hükmünün beklenmesi, yargılama süreleri göz önüne alındığında hükmün uygulanmasını imkânsız hale getirecektir.<sup>111</sup> Kanımızca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun iddianamede bulunması gereken hususlara ilişkin 170'nci maddesi göz önünde bulundurulduğunda, iddianamenin düzenlenmesi ile birlikte Cumhuriyet Savcısının rahmin tahliyesini tek başına talep etmesi mümkün olabilmelidir. Bununla beraber, Cumhuriyet Savcısının tahliye edilen rahimden elde edilen doku ve diğer tıbbi ürünlerin delil olarak saklanması ve gerekirse daha ayrıntılı inceleme yapılması için kesin hüküm verilinceye kadar muhafaza altına alınmasını istemesi de mümkündür. Çünkü 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170'nci maddesine göre, iddianamenin düzenlenmesi ile mağdurun kim olduğu, yüklenen suçun işlendiği yer, suç tarihi ve

<sup>110</sup> Dönmez, s.134.

<sup>111</sup> Benzer görüşler için Dönmez, s.134; Kızıroğlu, s.183.



suçun delilleri artık açık seçik belli olduğundan ve bu şartları taşıyan bir iddianamenin de CMK'nın 174'üncü maddesi gereğince iadesi mümkün olmadığından, yargı organları artık işlenen suçun niteliği, mağduru ve şüphelisi konusunda bir fikre varmış, yargısal bir tespit yapmış demektir.

Ancak Cumhuriyet Savcıları takdir yetkilerini kullanmaya ikna edilse bile, her olayın somut özelliklerinden kaynaklanan sorunların yaşanacağı açıktır. Örneğin 15 yaşını tamamlamış bir çocuğun, birbirini izleyen çok yakın tarihlerde bazı erkeklerle kendi rızasıyla maddi bir menfaat karşılığında, bazı erkeklerle de kendisine uygulanan cebir ve tehdit nedeniyle ilişkiye girdiğini, hamile kaldığını, hamileliğin üzerinden 10 haftadan fazla süre geçtiğini ve cinsel istismar suçundan soruşturma başlatıldığını varsayalım. Çocuk cinsel istismar suçunun mağduru olsa da gebeliğin rıza ile girilen ilişkiden mi, yoksa istismar sonucunda girilen ilişkiden mi kaynaklandığı belli değildir? Cumhuriyet Savcısı tarafından rahim tahliyesine karar verilir ve sonradan yapılan DNA incelemesinde gebeliğin çocuğun rızası ile meydana gelen bir cinsel ilişkinin ürünü olduğu kesin olarak tespit edilirse, Cumhuriyet Savcısının hukuki sorumluluğu ne olacaktır? Ya da 17 yaşında olan ve hamilelik ve cinsel ilişkinin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip bir çocuğun rızası ile cinsel ilişkiye girdiğini, bu ilişkiden hamile kaldığını ve fail hakkında şikâyetçi olmadığını ve çocuğu doğurmak istediğini, ailesinin ise şikâyetçi olduğunu ve çocuğu aldırma istediğini varsayalım. Bu durumda, TCK'nın 104'üncü maddesinde belirtilen şikâyet ve kürtaj için kimin iradesi geçerli sayılacaktır? Çocuğun iradesi geçersiz sayılır ise, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğun görüşlerine saygı gösterilmesi zorunluluğuna ilişkin yukarıda açıklanan 12'nci maddesine aykırı bir durum ortaya çıkacaktır. Eğer çocuğun iradesi geçerli sayılır ise, bu durumda da suç mağduru olduğu kuvvetle muhtemel olan bir çocuğun gebeliğinin sonlandırılması engellenmiş olacaktır. Kanaatimizce, bu tür durumlarda çocuğun menfaatine aykırı olmadığı sürece, kendi görüşlerini serbestçe oluşturma olgunluğuna erişmiş olan çocuklarda, çocuğun görüşü doğrultusunda işlem yapılmalı, çocuğun menfaatlerinin hangi doğrultuda olduğunun çekişmeli olması ya da çocuğun kendi görüşlerini serbestçe oluşturma olgunluğuna erişip erişmediği hususunun çekişmeli olması halinde ise 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının a-1 alt bendi uyarınca, çocuk, "ko-

runma ihtiyacı içinde olan çocuk” kabul edilerek, aynı Kanun’un 5/d maddesi gereğince Çocuk Mahkemesi hâkiminden, çocuğun yüksek çıkarlarına uygun ise “sağlık tedbiri” kararı alması ve rahim tahliyesine izin vermesi istenmelidir. Ancak hâkimler bu tür başvurularda, çocuğun da istemesine rağmen, sağlık tedbirini ve sağlık kavramını dar yorumlama yolunu tercih etmekte, suç mağduru çocuk istemediği halde doğum yapmaya mecbur bırakılmaktadır.

Öğretide, TCK’nın 99/6 maddesinin uygulanabilmesi için mağdur kadının reşit olması halinde, mağdur kadının isteği üzerine, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının, Sulh Ceza hâkiminden bir karar talebinde bulunması, ayrıca, kadının suç sonucu gebe kaldığının belirlenmesine ilişkin adli tıp raporu alınması gerektiği belirtilmektedir.<sup>112</sup> Ancak yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi kadının, birbirini izleyen çok yakın tarihlerde bazı erkeklerle kendi rızasıyla maddi bir menfaat karşılığında, bazı erkeklerle de kendisine uygulanan cebir ve tehdit nedeniyle ilişkiye girmesi ve hamile kalması halinde, kadının mağdur olduğu suç sonucu gebe kaldığı belli olmadığından, TCK’nın 99/6 maddesinin işletilmesi mümkün olmayabilecektir.

TCK’nın 99/6 maddesine benzer bir düzenleme içeren Alman Ceza Kanunu’nun 218a/(3) maddesinde, mağdura karşı bir suçun işlendiği hususunda kesin bir mahkeme hükmünün aranmadığı belirtilmektedir.<sup>113</sup> Bunun yerine mağdura karşı böyle bir suçun işlendiğinin ve gebeliğin bu eyleme dayandığının hekim tarafından kuvvetle muhtemel görülmesi, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin kabulü için yeterlidir. Hekimin böyle bir kanaate ulaşabilmesi için Alman Ceza Kanunu’nun yukarıda belirtilen maddesine göre, gebeliğin böyle bir suçta dayandığını gösteren kesin sebeplerin bulunması gerekmektedir.<sup>114</sup> Dolayısıyla TCK’nın 99/6 maddesinin bir an önce açık ve seçik bir şekilde düzenlenerek hukuki boşlukların giderilmesi zorunludur.

## SONUÇ

Kadının üreme hakkı kavramını, insan hakları kavramından ve kadının insan hakları kavramından ayrı bir boyutta ele almak müm-

<sup>112</sup> Sibel Can, “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, 73 (1), ss.81-104, s.98.

<sup>113</sup> Kızıroğlu, s.183.

<sup>114</sup> Kızıroğlu, s.183.

kün değildir. Kadının üreme hakkı ve özgürlüğüne ilişkin olarak devletlerin ve iktidarların tutumunu ise öncelikle takip ettikleri nüfus politikaları belirlemektedir. Dolayısıyla kadınları daha az ya da daha fazla çocuk doğurmaya davet eden nüfus politikaları kadının üreme hakkı ve özgürlüğü üzerinde bir baskı aracına dönüşmüştür.

Kürtajın yasaklanması gibi uygulamalar ile kadınların üreme konusunda serbestçe seçim yapma hakları ellerinden alınmakta, kadınlar “üreme hakkı” ve politikası söz konusu olduğunda adeta “devlet malı” muamelesi görmektedir. Bununla beraber nüfus politikalarına uygun olarak şekillenen çocuk düşürme ve düşürtme suçları kadının üreme hakkı üzerinde etkisini fazlasıyla hissettirmektedir. Nitekim Avrupa ülkelerindeki ortalama 12 haftalık yasal kürtaj süresi, Türkiye’de 10 hafta ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Evli kadının gebeliğinin sonlandırılması için kocasının izninin aranması ile kendi görüşlerini serbestçe oluşturma olgunluğuna erişmiş çocuklarda çocuğun yanında velisinin ya da vasisinin izninin aranması, ulusal ve uluslararası düzenlemelere aykırılık teşkil etmektedir. Gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin iş ve işlemler, 18.12. 1983 tarihli “Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük” hükümleri doğrultusunda yürütülmekte, belli konularda Tüzük ihtiyaca yanıt vermemektedir.

On haftayı geçen gebeliklerin yasal bir şekilde sonlandırılması için belirlenen tıbbi zorunluluk hallerine ilişkin hastalık ve sakatlıklar listesi, Tüzük’te muğlak bir şekilde düzenlenmiş bulunmakta, özellikle ağır engelli olarak doğacağı tespit edilen çocuklar yönünden on haftayı aşan gebeliğin sonlandırılıp sonlandırılmayacağına ilişkin belirsizlikler devam etmektedir. Özel bir cezasızlık hali olarak Türk Ceza Kanunu’nun 99/6 maddesinde düzenlenen suç sonucu oluşan gebeliklerde, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin olarak, kadının mağduru olduğu bir suç nedeniyle gebe kaldığının tespitinin kim tarafından nasıl yapılacağına belli olmaması, bu maddeyi işlevsiz hale getirmektedir.

Tüm bu nedenlerle, öncelikle Tüzük yeniden gözden geçirilerek güncellenmeli, kadınların ücretsiz ve yasal kürtaja erişmesinin önündeki engeller kaldırılmalı, Türk Ceza Kanunu’nun 99/6 maddesinin etkili bir biçimde uygulanması için gerekli düzenlemeler yapılmalı, kadının üreme hakkı üzerinde nüfus politikaları ile oluşturulan doğrudan ve dolaylı baskılar kaldırılmalıdır.

## Kaynakça

- Ahmed Leila, "Arap Kültürü ve Kadınların Bedenlerinin Yazılışı", Müslüman Toplumlarında Kadın ve Cinsellik içinde (Derl. Pınar İlkaracan, Çev. Ebru Salman), 5. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, ss.55-74.
- Altıparmak Salıha, Çiçeklioğlu Meltem, Yıldırım Gülay, "Abortus ve Etik", *Cumhuriyet Tıp Dergisi*, 2009, 31, s.84-90.
- Arat Yeşim, "Feminizm ve İslam: Kadın ve Aile Dergisinin Düşündürdükleri", 1980'ler Türkiye'si' nde Kadın Bakış Açısından Kadınlar içinde (Derl. Şirin Tekeli), 6.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s.91-102.
- Artuç Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2008.
- Aydın Murat, "Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 19, Sayı 2, ss.69-100.
- Bartky Sandra L. "Narcissism, Femininity and Alienation", *Social Theory and Practice*, 8 (2), (Summer, 1982) , s. 127-143.
- Bayraktar Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.
- Bowen Donna Lee, "Muslim Juridical Opinions Concerning the Status of Women as Demonstrated by the Case of 'azl'", *Journal of Near Eastern Studies*, 1981, 40 (4), s.323-328.
- Bozbeyoğlu Alanur Çavlin, "Doğurganlık kontrolünde rasyonelliğin sınırları: Türkiye kürtaj ve gebeliği önleyici yöntem kullanımı", *Fe Dergi*, 2011, Cilt, 3, no.1, s.24-37.
- Can Sibel, "Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, 73 (1), s.81-104.
- Çaha Havva, "Elemeci Kürtaj: Öjenizmin yeni yüzü", *İş Ahlakı Dergisi*, 2014, 7 (2), 53-90.
- Çavlin Alanur, Tezcan Sabahat, Ergöçmen Banu, "Kadınların Bakış Açısından Kürtaj", *Nüfusbilim Dergisi/ Turkish Journal of Population Studies*, 2012, 34, s.51-67.
- Çorbacioğlu Aytül Esmir ve Yüksel Atıl "Prenatal tanı sonrası gebeliklerin sonlandırılması ve yasal durum", *Türkiye Halk Sağlığı Dergisi*, 2012, [Özel Sayı: Düşükler], 10 (1), s.83-93.
- Doğan Recep, 'Concept of Informed Consent in the Context of Research with Children and Child Rights', *Ankara Bar Review*, 2012, vol.5, issue.1, ss.11-24.
- Dönmez Burcu, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk Ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, 9 (2), s.99-141.
- Dönmezer Sulhi, "Çocuk Düşürme Ve Düşürtmenin Dünü Ve Bugünü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1984, Cilt 50, Sayı 1-4, ss.3-11.
- Ertürk Yakın, Sınır tanımayan şiddet. Paradigma, politika ve pratikteki yönleriyle kadına şiddet olgusu, Metis Yayınları, İstanbul, 2015.
- European Court of Human Rights Press Unit, Factsheet-Reproductive rights, December 2015, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Reproductive\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_ENG.pdf) .
- Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü (HÜNEE), Türkiye Nüfus ve Sağlık

- Araştırması, 2008. <http://www.hips.hacettepe.edu.tr/TNSA2008-AnaRapor.pdf>
- Heng Geraldine & Devan Janadas, "State fatherhood: the politics of nationalism, sexuality and race in Singapore", *Nationalism and Sexualities* içinde (Ed. Andrew Parker, Mary Russo, Doris Somner & Patricia Yaeger), New York, Routledge, 1992, s.343-364.
- İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, Vakalarla Türkiye'de Üreme Hakları, Turap Tanıtım Yayınları, İstanbul, 2012.
- Jackson Stevi & Scott Sue, Cinselliği Kuramlaştırmak, (Çev. Selen Serezli), Nota Bene Yayınları, Ankara, 2012.
- Kahraman Abdullah, "İslam Hukukuna Göre Anne Rahminde Sakat Olan Çocukların Kürtaj Yoluyla Düşürülmesinin Hükmü", Dr. Müsfir b. Ali b. Muhammed EL-KAHTÂNÎ (Çev. Abdullah Kahraman), *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2008, XII/1, ss.441-485.
- Keskin İçten, "Kürtaj Tartışmaları ve Feminizm", *Fe Dergi*, 7 (1), 2015, s.86-95.
- Kızıroğlu Serap Keskin, "Türk Ceza Kanununda çocuk düşürtme, düşürme ve kısırlaştırma suçları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, 19 (2), 165-190.
- Musallam Basım F., *Sex and society in Islam: birth control before the nineteenth century*, Cambridge University Press, London, 1983.
- Oktar Salih, *Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Cilt 2, Özel Hükümler, Ankara, 2008.
- Saktanber Ayşe, "Türkiye'de Medyada Kadın: Serbest, Müsait Kadın veya İyi Eş, Fedakâr Anne", 1980'ler Türkiye'sinde Kadın Bakış Açısından Kadınlar içinde (Derl. Şirin Tekeli), 6.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s.187- 206.
- Sancar Serpil, *Türk Modernleşmesinin Cinsiyeti Erkekler Devlet Kadınlar Aile Kurar*, 3.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.
- Şen Ersan, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, Haber7, 26.02.2016, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1814568-resit-olmayanla-cinsel-iliski>
- Şimşek Fatma, Eroğlu Haldun, Dinç Güven, "Osmanlı İmparatorluğunda İskat-ı Cenin (Çocuk Düşürme)", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2009, Volume 2 (6), Winter, s.593-609.
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok, R. Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008.
- Tillion Germaine, *Harem ve Kuzenler*, (Çev. Şirin Tekeli ve Nühket Sirman), 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2006.
- Tüfekçi İbrahim, "İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt-Sayı 45, s.111-154.
- Ülman Yeşim Işıl, "Yaşamın Başlangıcı ile İlgili Tıp Etiği Sorunları", *Güncel Hukuk*, 2008, Sayı, 50, s.32.

Yurtcan Erdener, *Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1985.

Yuval-Davis Nira, *Cinsiyet ve Millet*. (Çev. Ayşin Bektaş), 4.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.

### **Yargı Kararları**

#### ***İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları***

A., B. and C. v. Ireland, (application no. 25579/05), 16 December 2010, (Grand Chamber).

A.K. v. Latvia, (application no. 33011/08), 24 June 2014.

Costa and Pavan v. Italy, (application no. 54270/10), 28 August 2012.

Csoma v. Romania, (application no. 8759/05), 15 January 2013.

Dickson v. United Kingdom, (application no. 44362/04), 4 December 2007, (Grand Chamber).

Evans v. United Kingdom, (application no. 6339/05), 10 April 2007, (Grand Chamber).

G.B. and R.B. v. the Republic of Moldova, (application no. 16761/09), 18 December 2012.

I.G., M.K. and R.H. v. Slovakia, (application no. 15966/04), 13 November 2012.

K.H. and Others v. Slovakia, (application no. 32881/04), 28 April 2009.

Labassee v. France, (application no. 65941/11), 26 June 2014.

Mennesson and Others v. France, (application no. 65192/11), 26 June 2014.

N.B. v. Slovakia, (application no. 29518/10), 12 June 2012.

P. and S. v. Poland, (application no. 57375/08), 30 October 2012.

Parrillo v. Italy, (application no. 46470/11), 27 August 2015, (Grand Chamber).

R.R. v. Poland, (application no. 27617/04), 26 May 2011.

S.H. and Others v. Austria, (application no. 57813/00), 3 November 2011, (Grand Chamber).

Ternovsky v. Hungary, (application no. 67545/09), 14 December 2010.

Tysi c v. Poland, (application no. 5410/03), 20 March 2007.

V.C. v. Slovakia, (application no. 18968/07), 8 November 2011.

Vo v. France, (application no.53924/00), 8 July 2004, (Grand Chamber).

### **Diğer Mahkeme Kararları**

A. v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another (1997) 142 A.L.R. 331.

Cheung v Canada (Minister of Employment and Immigration) [1993] 102 D.L.R. (4 th) 214.

(Fed.Ct.App.) (Can.)

Gillick v W Norfolk AHA [1985] 3All ER 402.

# AIHM VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA GİZLİ TANIKLARA SORU SORMA HAKKININ KULLANILMASI

## ENJOYING THE RIGHT TO EXAMINE ANONYMOUS WITNESSES IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF ECHR AND CONSTITUTIONAL COURT

Burcu DÖNMEZ\*

**Özet:** Ceza muhakemesi hukukunda tanık, önemli bir ispat aracıdır. Tanığın güvenilirliğinin sınanması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından çok önemlidir; zira adil bir yargılama yapılmasının da gereğidir. Bununla birlikte özellikle nitelikli suçlar bakımından tanığın ve yakınlarının korunması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada AIHM ve Anayasa Mahkemesi'nin gizli tanıkların beyanlarının delil olarak kullanılabilmesi için aradığı koşullar ve mevzuat değerlendirilmiştir.

**Anahtar Sözcükler:** Çapraz Sorgu, Tanık, Gizli Tanık, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi, AIHM

**Abstract:** Witness evidence is a vital evidence in criminal procedure law. Examination of witness' credibility is very important for detection of the truth and also a necessity for fair trial. Nonetheless, it brings out the necessity of protection of witness and his relatives, especially in the extent of indictable offences. In this article, an assesment on the statute and the conditions which the ECHR and Constitutional Court searching for on the anonymous witness statements as evidence has been made.

**Keywords:** Cross-Examination, Witness, Anonymous Witness, Right to Fair Trial, Constitutional Court, ECHR

## GİRİŞ

Tanık beyanı, ceza muhakemesi hukukunda halen oldukça önemli bir delildir. Ancak adil bir yargılanmanın yapılabilmesi için güvenilirliğinin sınanması gerekir. Tanıklık, ülkemizde genellikle bir külfet olarak görülmekte ve insanlar tanık oldukları olaylarda tanıklık yapmamak için her türlü yolu denemektedir. Özellikle ağır cezayı gerek-

\* Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



tiren suçlara ilişkin tanıklık, aynı zamanda cesaret isteyen bir iş haline gelmiştir. Bu nedenle, tanığın korunması için hemen hemen bütün Dünya ülkelerinde çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Nitekim 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesinde ve takiben 2008 yılında yürürlüğe giren 27.12.2007 tarih ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu kapsamında bir taraftan tanığın korunmasına ilişkin adli ve idari çeşitli düzenlemeler yapılmış diğer taraftan savunma haklarının korunması bakımından CMK m. 58 ve TKK m. 9'da tanığa soru sorma hakkına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Zira amaç bir taraftan maddi gerçeğe hukuka uygun yollardan ulaşmak ve bunun için tanıktan faydalanmak, tanığı korumak; diğer yandan ise savunma haklarını korumak ve adil bir yargılama yapmaktır.

Bu çalışmanın amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6/3-d kapsamında tanığa soru sorma hakkının gizli tanıklar bakımından uygulanması noktasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında belirtilen ölçütleri ifade edip, son zamanlarda Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin vermiş olduğu kararlar eşliğinde uygulamayı tartışmaktır.

## I- Mevcut Düzenleme

Tanık, ilgili olay hakkında beş duyusu aracılığıyla öğrendiklerini aktaran üçüncü kişidir<sup>1</sup> ve sanıktan farklı olarak; usulüne uygun olarak hakim, mahkeme veya savcı tarafından çağırıldığında gelip bildiklerini doğru olarak anlatmakla yükümlüdür. Diğer bir ifade ile CMK'nın 45, 46, 47 ve 48. maddelerinde yer alan sebeplerin varlığı dışında kişi, tanıklık yapmaktan çekinemez.

Tanık ifadesi, beyan delili kapsamında değerlendirilir ve mutlaka güvenilirliğinin sınanması gerekir. Çünkü güvenilirliği denetlenmeden elde edilen bilgiler maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından

<sup>1</sup> Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Akcan, Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.bası, Ankara 2015, s.298; Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015, s.242; Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 4. Bası, 2015, Ankara, s.31; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.bası, Ankara 2015, s.511; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.bası, Ankara 2015, s.675; Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku 2.cilt, Ankara 2013, s.122

sıkıntılara neden olabilir.<sup>2</sup> Günümüz uygulamasında tanık beyanı, halen önemli bir ispat vasıtasıdır.<sup>3</sup>

Delillerin esas itibarıyla tartışılacağı yer duruşma evresidir ve tanıkların duruşmada dinlenmesi gereği, duruşmanın doğrudan doğruyalığı ilkesinin doğal sonucudur.<sup>4</sup> İddia makamı ile eşit koşullar altında tanık gösterip, tanıklara soru sorabilmek çekişmeli muhakemenin, bu işlemi iddia makamı ile eşit koşullar altında gerçekleştirebilmek ise silahların eşitliği ilkesinin gereğidir.<sup>5</sup>

Bu noktada özellikle tanığın korunması ceza muhakemesinin işleyişi bakımından önemli sorunlardan bir tanesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bir tarafta tanığın veya yakınlarının korunması ihtiyacı diğer tarafta ise adil bir yargılamanın yapılabilmesi için sanık haklarının korunması ihtiyacı karşı karşıya gelmektedir.<sup>6</sup> Bu nedenle tanığın korunması için tanık veya yakınları bakımından gerçek bir tehlike bulunmalıdır. Hakimin tanığın kimliğini gizli tutma veya diğer tanık koruma tedbirlerine karar vermeden önce somut bir tehlikenin olup olmadığını incelemesi ve bulunduğu kanaat getirmesi halinde kararında bunu gerekçeli olarak açıklaması gerekir.<sup>7</sup>

Tanığın korunması ihtiyacı iki noktada önem taşır. Bunlardan ilki, tanıklık dolayısıyla, hayati tehlike içermeyen fakat tanığın bir takım ek mağduriyetlere ve travmalara maruz kaldığı durumlardır. Aslında bunlar teknik anlamda tanık da değildirler, olayın mağduru<sup>8</sup> olarak

<sup>2</sup> Mustafa T.Yücel, “Ceza Adaletinde Sapmalar”, *TBB Dergisi*, 2013 (105), s.26

<sup>3</sup> Caner Yenidünya, “Ceza Yargılamasında Gizli Tanık”, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 4 Aralık 2009, Ankara, s.80; Yusuf Yaşar, “Ceza Muhakemesinde Gizli Tanıklık”, e-akademi (Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi) Ekim 2013 , sayı 133, s.4; <http://www.e-akademi.org/makaleler/cezamuh.pdf> ; erişim tarihi 21.01.2016; Mustafa Pınarcı, Kürşat Çevik , “Tanık Koruma Mevzuatı ve Uygulamalarının Suç Soruşturması Bakımından Değerlendirilmesi”, *EÜHFD*, C. XVIII, S. 1–2 (2014), s. 120

<sup>4</sup> Ayrıca bkz. Hakan Karakuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye, İstanbul 2001, s.178

<sup>5</sup> Hakan Karakehya, “Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuku Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, yıl 2013 cilt 19, sayı 2, s. 717

<sup>6</sup> Candaş Gürol, “Sanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı”, *TBB Dergisi* sayı 60, 2005 s.49

<sup>7</sup> Yenisey / Nuhoğlu, s.529

<sup>8</sup> Mağdurun katılan olarak davaya katıldığı hallerde tanıklıktan çekinme hakkını kullanıp kullanamayacağı sorunu hakkında bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, “ Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45. maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde,

tanıklığa ilişkin hükümler uygulanarak bilgilerine başvuru olan kişilerdir ve CMK m. 236/2-3 ve 52/2 deki düzenlemelerle daha fazla mağdur edilmemek üzere koruma altına alınmışlardır.<sup>9</sup>

Konumuzu ilgilendiren esas korunma ihtiyacı ise, tanığın bildiklerini anlatmasının kendisi veya yakınları bakımından ciddi bir tehlike oluşturduğu durumlardır.<sup>10</sup>Nitekim bu gibi durumları dikkate alarak yeni CMK, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer almayan<sup>11</sup> yeni düzenlemeler getirmiştir. CMK m. 58/2'de, tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından *ağır bir tehlike* oluşturacaksa, kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağını hükme bağlanmış; kimliğinin saklı tutulması için tanığa ait kişisel bilgilerin Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkeme tarafından muhafaza edileceği düzenlemiştir. Hemen devamında 3. fıkrada, tanığın hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi tanık için ağır bir tehlike oluşturacak ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkimin hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanığı dinleyebilmesi mümkün hale getirilmiştir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Ve soru sorma hakkı saklı tutulmuştur. Soru sorma sırasında tanık duruşma salonunda bulunmayacak, başka bir salondan ses ve görüntüsü aktarılarak soruları yanıtlayacaktır. İlgili düzenlemede tanığın ses ve görüntüsünün tanınmayacak şekilde değiştirilmesinden bahsedilmemiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu, bir taraftan tanığa ilişkin menfaatlerin korunmasını gözetmekte, diğer taraftan da adil bir yargılanmanın yapılması için savunma haklarını korumakta ve tanığın güvenilirliğinin sınanabilmesi imkânı sağlamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, CMK m. 58'de iki tür tanık koruma tedbirine yer vermiş olduğuna görmekteyiz. Bunlardan ilki tanığın kimliğinin gizli tutulması, diğeri ise tanığın hakim tarafından

Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan 2013 c.19, sayı 2, s.191-210

<sup>9</sup> Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, s.49-52

<sup>10</sup> Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, s.49

<sup>11</sup> 2005 yılından önce tanıkların korunmasına ilişkin düzenlemeler, sınırlı olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu ile Terörle Mücadele Kanunu'nda bulunuyordu. Ancak bu tedbirler yetersizdi. Zira bu eksikliklerin tamamlanması amacıyla CMK m. 58 ve Tanık Koruma Kanunu ile detaylı düzenlemeler yapılmıştır.

hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesidir. Ancak her halde, gizli tanığın<sup>12</sup> kimliğinin hakim tarafından bilinmesi gerekir.<sup>13</sup> CMK m. 58/4'te tanıkların kimliklerinin saklı tutulması ve fiziki güvenliklerinin sağlanması yönündeki idari (kolluk) tedbirlerinin ise, çıkarılacak bir yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür.<sup>14</sup>

2008 tarihinde yürürlüğe giren 27.12.2007 tarih ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu (TTK), CMK'daki düzenlemeleri esas almak suretiyle, içeriğinde bir taraftan tanığın korunması için gerekli düzenlemeleri yapmış diğer taraftan ise tanığa soru sorma hakkını "haklarında koruma tedbiri alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller" başlığı altında 9. maddesinde açıkça düzenlemiştir.

Bu Kanun kapsamında tanığın korunmayı hak etmesi için cezanın ağırlığının belirli bir düzeyde olması aranmaktadır. TTK, CMK m. 58/5 (bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar)'deki kapsamdan daha geniş bir düzenleme yapmıştır. TTK m. 3'e göre TCK ve ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar; kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların tümünün tanıkları, tanık olarak dinlenen suç mağdurları ve yakınları korunma hakkı kapsamında tutulmuştur.

Aslında Tanık Koruma Kanunu ilk başta, sadece tanığın kimliğinin gizli tutulması ve güvenliğinin sağlanması amacıyla tasarlanmıştı; ancak tasarımı hazırlayanlar CMK m. 58'deki koruma tedbirlerini yetersiz görerek, tanığın ceza muhakemesi tedbirleriyle de korunmasına ilişkin tedbirlere yer vermiştir.<sup>15</sup> İlgili hükme göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında CMK

<sup>12</sup> Gizli tanığın ihbarcı olması halinde dinlenmesine ilişkin esaslar için bkz. Hüsamettin Uğur, "Suçların İhbarı ve İhbarcılarının Korunması", *TBB Dergisi* 2013(108), s.396-397

<sup>13</sup> Ersan Şen, Yasemin Yurttaş "Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokator", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2008, sayı 6 , s. 33

<sup>14</sup> Faruk Turhan, "Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi"; 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yararılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık , 2009, s.385

<sup>15</sup> Turhan , s.386

m. 58/2-3 uygulanacak (m. 9/1); tanığın CMK m. 58/3'ün uygulanmasına mahkemece karar verilmesi halinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilecek (m.9/2);<sup>16</sup> tanığın duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre dinlenmesine de karar verilebilecek (m. 9/3); duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan tanığın dinlenmesi halinde, tanık tarafından verilen beyanlar, hâkim tarafından CMK m. 58 de belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanacaktır (m. 9/4). Tanığın dinlenmesi halinde, CMK m. 201 uygulanacak ancak tanığa sorulacak soruların Tanık Koruma Kanunu kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez (m. 9/5). Bazı yazarlara göre, kimliği gizli tutularak korunan tanıklara soru sorulması söz konusu olduğunda, bu soruların eski sistemdeki gibi, önce hakime yöneltilmesi, hakimin de bu soruları gizli tanığa sorması uygulaması yapılacaktır.<sup>17</sup>

Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri CMK hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir (m. 9/7). Ancak hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı, tek başına hükme esas teşkil etmez (m. 9/8).

Özetlemek gerekirse Tanık Koruma Kanunu madde 9'da adil yargılanma ilkesi ve savunma hakkı ile bağlantılı olarak aşağıdaki şu temel hususlar düzenlenmiştir:

<sup>16</sup> Olgun Değirmenci, "Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması", *TBB Dergisi*, sayı 83, 2009 s.102 "Yazara göre, tanığın hem ses hem de görüntüsünün aynı anda değiştirilip değiştirilmeyeceği tartışmalı bir husustur. Tanık Koruma Kanunu "veya" bağlacını kullanmak suretiyle ikisinden birinin değiştirilmesi gerektiği gibi bir ifade kullanılmışken, Yönetmelik uyarınca her ikisinin de değiştirilmesi mümkün hale getirilmiştir. Kanun'da yer alan "veya" bağlacı, tanık koruma tedbirlerinin amacı dikkate alındığında uygun şekilde kullanılmamıştır. Söz konusu bağlacın, Yönetmelikte olduğu gibi hem görüntü hem de sesin değiştirilmesine imkân verecek şekilde "ve" olarak anlaşılması gereklidir." Ancak biz bu değerlendirmenin yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Zira burada amaç bir taraftan tanığın korunmasının sağlanması diğer taraftan ise beyanın sınırlanmasıdır. Hem görüntüsünün hem de sesinin birlikte değiştirilmesine gerek bulunmamaktadır. Ayrıca orantılılık ilkesi bakımından da sıkıntılıdır.

<sup>17</sup> Feridun Yenisey, "Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık", *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, 2010/1, c.1, s.415

- a- Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması
- b- Tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi
- c- Tanığın ses veya görüntüsünün değiştirilerek dinlenmesi
- d- Tanığa soru sorma hakkının kullanılabilmesi
- e- Tanığın beyanlarının tek başına hükme esas olmaması

Tanıkların korunmasına ilişkin düzenlemelerin yapıldığı diğer bir kanun da Terörle Mücadele Kanunudur (TMK). Aslında Terörle Mücadele Kanunu CMK ve Tanık Koruma Kanunundan önce konuya ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Ancak gerek CMK ve TTK kapsamında yapılan düzenlemeler gerekse Terörle Mücadele Kanunundaki değişiklikler sonucu adli kapsamdaki önemini kaybetmiştir. Mevcut düzenlemelere bakıldığında TMK kapsamında yer alan düzenlemelerin adli amaçtan (tanık olarak dinlenmeden) ziyade idari amaçlı koruma tedbirleri niteliğinde olduğunu ifade edebiliriz. Zira TMK'da yer alan "tanık olarak dinlenme"ye ilişkin hükümler, aşağıda da belirteceğimiz üzere kaldırılmıştır. Bununla birlikte, konuya ilişkin olduğu gerekçeyle ilgili hükümler hakkında kısaca bilgi vermeye çalışacağız.

TMK m. 20'de terörle mücadelede görev alan adli, istihbari, idari, askeri görevliler ile kolluk görevlileri ve yargı görevlileri ve kanunda sayılmış kamu görevlileri ile suçların aydınlatılmasına yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirlerinin Devlet tarafından alınması düzenlenmiştir. Bu kapsamda, estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünüm değiştirilmesi dâhil nüfus kaydı, ehliyet ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, malvarlıkları ile ilgili haklar ve sosyal güvenlik hakları ve diğer haklarının korunması gibi hususlarda düzenleme yapma yetkisi verilmiş (m. 20/3), ilgili tedbirlerin uygulanmasında İçişleri Bakanlığı ile ilgili diğer kurum ve kuruluşlar gizlilik kurallarına uygun olarak (m. 20/4) hareket etmekle yükümlü kılınmışlardır. Bu madde kapsamında sayılan kamu görevlilerine, görevlerinden ayrılmış olsalar dahi terör suçluları tarafından kendilerine, eş veya çocuklarının canına vuku bulan bir taarruzu savmak için silah kullanma yetkisi de verilmiştir (m. 20/6). İlgili koruma tedbirleriyle ilgili esas ve usullerin Başbakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelik ile belirlenmesi de 20. maddenin 5. fıkrasıyla düzenlenmiştir.



Terör suçlarının soruşturulması sırasında tanık ifadesi alan kolluk memurlarının zaruret görülmesi halinde duruşmada tanık olarak gizli celsede dinlenmelerine izin veren TMK 12. maddenin ikinci cümlesi 1992 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Madde nin geri kalanı da 29.6.2006 tarih ve 5532 sayılı Kanun'la m.17 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

## II- AİHM'nin Yaklaşımı

Kural olarak AİHM, delillerin kabul edilebilirliğinin ulusal hukuk kuralları kapsamında ulusal mahkemelerin takdir yetkisinde olduğunu kabul eder.<sup>18</sup> Bu kapsamda Mahkeme, Sözleşme kapsamında yaptığı değerlendirmede, bir delilin nasıl değerlendirileceğinden ziyade delillerin elde edilmesi ve kullanılması da dahil olmak üzere yürütülen muhakemenin bir bütün olarak adil olup olmadığını denetlemektedir.<sup>19</sup>

AİHM, gizli tanık dinleme ve bu yolla elde edilen delillerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasını çeşitli kararlarında irdelemiştir.<sup>20</sup> Belli ölçütler esas alınmak ve güvenceler oluşturmak suretiyle gizli tanık dinlemenin ve bu tanık beyanlarının delil olma özelliklerini kabul etmiştir. Kural olarak, bir delilin hükme esas teşkil edebilmesi için açık duruşmada ve sanık önünde ortaya konulmuş ve değerlendirilmiş olması gerekir;<sup>21</sup> ancak bu kurala bazı istisnalar getirilmesi

<sup>18</sup> Detaylı bilgi için bkz. Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10.bası, Ankara 2013, s.306

<sup>19</sup> Doorson/Hollanda kararı, Başvuru no. 20524/92, tarih 26.3.1996, §67; Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı, Başvuru no. 21363/93; tarih. 23.4.1997,§50; Trofimov/Rusya kararı, Başvuru no.1111/02, karar tarihi 04.12.2008, §32; ; Balta ve Demir /Türkiye kararı, Başvuru No.48628/12, tarih 23.06.2015, §36

<sup>20</sup> Kotovski/Hollanda kararı, Başvuru No.11454/85, tarih 20.11.1989; Windish/Avusturya kararı Başvuru No.12489/86, tarih 28.06.1993; Doorson/Hollanda kararı, Başvuru no. 20524/92, tarih 26.3.1996; Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı, Başvuru no. 21363/93; tarih. 23.4.1997; Visser/Hollanda kararı, Başvuru No.26668/95, tarih.14.02.2002; Krasniki/Çek Cumhuriyeti kararı, Başvuru No.51277/99, tarih 28.02.2006; Pello/Estonya kararı, Başvuru no. 11423/03, tarih 12.04.2007; Trofimov/Rusya kararı, Başvuru no.1111/02, tarih. 04.12.2008; Tseber/Çek Cumhuriyeti kararı, Başvuru No.46203/08, tarih. 22.11.2012; Ellis ve Simms ve Martin/Birleşik Krallık Başvuru No.46099/06 ve 46699/06, tarih.10.04.2012; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararı, Başvuru no.27100/03, tarih. 25.04.2013; Prajina/Romanya kararı, Başvuru no.5592/05, tarih. 07.01.2014; Balta ve Demir/Türkiye kararı, Başvuru No.48628/12, tarih 23.06.2015

<sup>21</sup> Yargıtay 6. Ceza Dairesi E.2015/6838, K.2016/765, tarih 11.02.2016 tarihinde vermiş olduğu kararında “ 5271 sayılı CMK'nın 210. maddesinde, “Olayın delili, bir tanığın açık-



Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Ancak bunun için sanığa muhakemenin başında veya sonrasında tanığın güvenilirliğini sorgulayabileceği yeterli ve belirli imkânların tanınması gerekir.<sup>22</sup>

Sözleşme sadece sanık bakımından değil, tanıklık yapacak kişiler bakımından da güvenceler getirmektedir. AİHM, sanığın savunma hakkı ile tanığın yaşama, vücut dokunulmazlığı ve kişi hürriyeti hakları arasında dengeli bir yaklaşım sergilemektedir.

Bu dengeyi sağlamak amacıyla AİHM, gizli tanık ifadelerinin delil olarak kullanılmasının AİHS m. 6/1-3(d) (adil yargılanma hakkı ve iddia tanıklarına soru sorma hakkı) kapsamında ihlal oluşturmaması için aşağıdaki koşulları aramaktadır:<sup>23</sup>

1- Tanığın kimliğinin gizlenebilmesi için, mahkeme öncelikle gereklilik incelemesi yapmalıdır. Bu amaçla tanığın veya yakınının hayat, vücut bütünlüğü veya kişi özgürlüğüne yönelik ciddi bir tehlike olduğuna ilişkin yeterli somut deliller tespit etmeli ve bu nedenleri gerekçeli olarak hükümde açıklamalıdır.<sup>24</sup> Ayrıca mahkeme, ilgili tehlikenin tanık üzerinde yarattığı korkuyu da değerlendirmeli, objektif verilere dayalı olarak tespit etmeli ve gerekçelendirmelidir. Ancak bu işlemden sonra tanığı hazır bulunmaktan muaf edebilir.<sup>25</sup>

2- Hükmü verecek olan mahkeme tanığın kimliğinin gizlenmesini gerektiren haklı sebepleri tespit edip gerekçelendirdikten sonra huzurda bulunması gerekenler olmadan tanığı bizzat kendisi dinlemeli ve güvenilirliğini sınamalıdır. Nitekim *Balta ve Demir /Türkiye ka-*

---

lamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçmez.” hükmü yer almaktadır. Bu açıklama ışığında somut olayda izlenen güvenlik kamera görüntülerine göre tanık ... ..’nun, müştekinin işyerine girdiğinde, yağma olayını gerçekleştiren kişinin dışarıya doğru çıktığı sırada karşılaşması ve olayın tek tanığı konumunda olması nedeniyle, olayla ilgili görgüsü, bilgisi ve hazırlıkta anlatımı bulunan adı geçen mahkemeye çağrılarak dinlenilmesi; tutuklu sanığın da cezaevinden getirilerek fiziki yapısı ve ses tonu itibarıyla teşhisi amacıyla tanık ile yüzleştirilmesi ve kamera kayıtları ile karşılaştırılarak sanık ... ..’un eyleminin duraksamaya yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesinden sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği düşünülmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasını” bozma nedeni olarak kabul etmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim tarihi 14.10.2016

<sup>22</sup> Trofimov/Rusya kararı, §33

<sup>23</sup> Turhan , s.398

<sup>24</sup> Balta ve Demir/Türkiye kararı §39-41 vd.

<sup>25</sup> Balta ve Demir /Türkiye kararı §44; Visser /Hollanda kararı, §47-48; Krasniki/Çek Cumhuriyeti kararı, §80-83

rarında<sup>26</sup> AİHM, tanığın huzurda bulunması gerekli olanlar olmadan istinabe suretiyle ifadesinin dinlenmesini, gizli tanığın ifadesinin güvenilirliğinin sınanması bakımından yeterli görmemiş; yerel mahkemenin yeterli özeni göstermediğine karar vermiştir.

3- Tanığa soru sorma hakkı, mevcut olduğu ileri sürülen tehlike ile orantılı sınırlandırılmalıdır. Diğer bir ifade ile tanığın menfaatleri korunmakla birlikte savunma haklarına daha az zarar verecek başka bir yöntem kullanma imkânı varsa öncelikle bu yol tercih edilmelidir.<sup>27</sup> *Balta ve Demir /Türkiye* kararında (§ 58) AİHM, tanığın duruşma salonundan başka bir salonda dinlenmesi ve sanıkların görüntülü ve sesli aktarma sistemi aracılığıyla soru sorma haklarını kullanabilmesi imkânı yasal olarak bulunduğu halde, Ağır Ceza Mahkemesinin iç hukukta öngörülen bu yöntemi gerekçesiz olarak uygulamamış olmasını, ihlal nedeni olarak kabul etmiştir. Ayrıca yine aynı kararda<sup>28</sup> AİHM, ulusal mahkeme tarafından verilen karar gerekçesinde, tanığın haklarını daha az kısıtlayacak tedbirlerin tanığı koruma amacına yeterli olup olmadığının tartışılmadığını ifade etmiştir. Kısaca AİHM, yapılan kısıtlamanın gerekli ve yeterli olduğunun gerekçeli kararda mutlaka tartışılması gerektiğini ifade etmektedir.

4- Tanığa soru sorma hakkının muhakemenin herhangi bir aşamasında en az bir kez kullanılmış olması ve güvenilirliğinin sorulanabilmesi için savunma makamına yeterli imkânların sağlanmış olması gereklidir.<sup>29</sup> Ancak AİHM, bu kurala istisna kabul etmektedir. *Al-Khawaja et Tahery* kararında<sup>30</sup> Büyük Daire, tanığın duyduğu korku sebebiyle duruşmada hazır bulunmamasını incelemiştir. Mahkeme iki tür korkunun söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Bunlardan ilki,

<sup>26</sup> Balta ve Demir /Türkiye kararı §57

<sup>27</sup> Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı §58; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararında §49, tanığa soru sorma hakkının tanık bulunmadığı için kullanılamamış olmasının alınacak diğer tedbirler ile dengelenmesi gerektiğinin özellikle altı çizilmiştir.

<sup>28</sup> Balta ve Demir /Türkiye kararı §59

<sup>29</sup> Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı §51; Kotovski/Hollanda kararı §42-43; Taal/Estonya kararı §35; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararı §47; Trampevski/Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti kararı, başvuru no 4570/07, tarih 10.07.2012 §44-45 “Üye Devletler adil yargılama ilkesinin gereklerini yerine getirmek amacıyla açık duruşmada sanık aleyhine olan tanıkları bulundurmak ve sanığın aleyhe olan tanığın güvenilirliğini sına haklarını kullanılmakla yükümlüdür, bunun yapılamaması halinde durum gerekçeli olarak açıklanmalı ve bu delil tek başına hükme esas teşkil etmemelidir.”

<sup>30</sup> Al-Khawaja et Tahery/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No. 26766/05 ve 22228/06, tarih.15.12.2011

sanığın ya da sanık hesabına çalışan kişilerin tehditlerine veya diğer hilelerine bağlı olarak duyulan korkudur; diğeri ise duruşmada sorgulama olayının meydana getirebileceği sonuçlara dayalı olarak gelişen genel bir korkudur. Tanığın hissettiği korku sanıktan ya da sanık hesabına çalışan kişilerden kaynaklandığında, hâkimin sanığa ya da temsilcilerine, tanığa karşı çapraz sorgu uygulama imkânı vermeksizin, tanığı şahsen huzura çıkmaya zorlamaksızın ve söz konusu ifadenin sanık aleyhine yegâne ve belirleyici delil teşkil etme ihtimali olsa bile duruşma sırasında tanığın ifadesinin okunmasına izin verilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca tanığın hazır bulunmaktan muaf tutulması için korkusunun doğrudan sanığın tehditlerinden kaynaklanması da gerekli görülmemiştir. Burada önemli olan hakimin, öncelikle tanığın hissettiği korkunun objektif gerekçelere dayanıp dayanmadığını; ikinci olarak da bu objektif gerekçelerin somut unsurlara dayanıp dayanmadığını tespit etmek amacıyla uygun araştırmaları yürütmesidir. Zira tanık tarafından duyulan her türlü korku tanığın duruşmada hazır bulunmaktan muaf tutulması için yeterli değildir.<sup>31</sup>

5- Mahkûmiyet hükmü tek başına veya belirleyici<sup>32</sup> ölçüde gizli tanık ifadesine dayanmamalıdır.<sup>33</sup> Delilin önemini değerlendirmek için mahkemeler tarafından incelenen delillerin tamamının dikkate alınması yeterli değildir, mahkûmiyet kararının fiilen hangi delillere dayandırıldığını ve dolayısıyla sanığın mahkum edildiği suç ve sanığın cezai sorumluluğunu oluşturan farklı unsurların neler olduğunu da araştırmak gerekir.<sup>34</sup> Gizli tanık ifadesi, ancak diğer delillerle doğrulanması halinde hükümde kullanılabilir hale gelebilir ve diğer deliller de başka bir gizli tanık ifadesi olamaz. Diğer bir ifade ile diğer

<sup>31</sup> Al-Khawaja et Tahery kararı, §122-124; Balta ve Demir /Türkiye kararı §44

<sup>32</sup> AİHM, Al-Khawaja et Tahery kararında, “belirleyici delil” kavramının ispatlayıcı delil ifadesinden daha güçlü bir anlam taşıdığını ifade etmiştir. Buna göre, ilgili delil olmaksızın mahkum edilme ihtimalinin beraat edilme ihtimalinden daha düşük olmasının süreklilik arz etmesi yeterli değildir. Gerçekte belirleyici kelimesi, dava hakkında karar verilmesini sağlayacak derecede önemli bulunan bir delile işaret ederek dar anlamda kullanılmaktadır. Şayet duruşmada hazır bulunmayan bir tanığın ifadesi diğer unsurlarla desteklenirse bu ifadenin belirleyici niteliğine ilişkin değerlendirme, söz konusu diğer unsurların ispat gücüne bağlı olacaktır (§131).

<sup>33</sup> Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı §63; Doorson/Hollanda kararı § 76; Taal/Estonya kararı Başvuru no. 13249/02, tarih 22.11.2005 §33; Pello/Estonya kararı, §25; “hüküm soru sorma imkânı tanınmayan tanığın ifadesine dayanmamalıdır” Yevgeniy Ivanov/Rusya kararı §48-50; Balta ve Demir/Türkiye kararı §39; Ayrıca bkz. Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.cilt 2012, s.651

<sup>34</sup> Tseber/Çek Cumhuriyeti kararı §54-55; Balta ve Demir /Türkiye kararı §50

delillerle<sup>35</sup> doğrulanan ve yukarıdaki güvenceler sağlanmak koşulu ile başvuru gizli tanık ifadesi, ancak mahkûmiyet kararını kuvvetlendirmek için kullanılan yan bir delil olabilir, tek başına delil olmayacağı gibi mahkûmiyet kararında ağırlığı olan bir delil de olamaz.<sup>36</sup> Bununla birlikte, savunma makamının sorgulama imkânı bulamadığı bir tanığın aleyhte tek veya belirleyici unsur teşkil eden ifadesinin delil olarak kabul edilmesi, kendiliğinden Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasını ihlal etmemektedir; bu tür bir delilin güvenilirliğine ilişkin doğru ve adil bir değerlendirme yapabilmek için söz konusu delilin kabul edilmesine bağlı sakıncaları giderebilecek yeterli unsurların bulunması halinde, dava bir bütün olarak, hakkaniyete uygun olarak değerlendirilebilmektedir.<sup>37</sup>

Yukarıdaki koşullara ek olarak AİHM, savunma makamı tarafından da bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme başvuruların sadece soru sorma hakkının kullanılılmamış olması nedeniyle m. 6/1-3 (d)'nin ihlal edildiğini ileri sürmelerinin yeterli olmadığını, tanığa soru sorma hakkının kullanılılmamış olmasının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından öneminin de savunma makamı tarafından hem ulusal mahkeme önünde hem de başvuruda tartışılması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>38</sup> Bu gerekçeler savunma makamı tarafından ortaya konulduğu halde, üye Devlet yargılama makamları, soru sorma hakkını kullanırmak (tanıkla yüzleşme hakkını sağlamak) için gerekli tedbirleri almaz ve koşulları sağlamaz ise, Sözleşme m. 6/1-3(d)'de düzenlenen hakları ihlal etmiş olur.<sup>39</sup>

### III- Anayasa Mahkemesinin Bakış Açısı

Anayasa Mahkemesi, "tanıklar soru sorma hakkının kullanılması"na ilişkin 9 ihlal iddiası başvurusunu değerlendirmiştir. Bu kararlardan sa-

<sup>35</sup> Ancak bu doğrulayıcı delillerin de ispat kuvveti olmalıdır, diğer delillerin ispat gücü yeterli değilse AİHM sadece gizli tanık ifadesinin esas alındığını kabul etmektedir. Balta ve Demir /Türkiye kararı §52

<sup>36</sup> Turhan , s.398

<sup>37</sup> Balta ve Demir /Türkiye kararı §39; ayrıca bkz. Tanyar Ziya Çağa, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Gizli Tanıklık ve Adil Yargılanma Hakkı", *LHD*, Cilt 10, Sayı 114, 2012 s.59; Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölçüklü, s.308-309-310

<sup>38</sup> Pello/Estonya kararı, §26; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararı §50

<sup>39</sup> Pello/Estonya kararı, §34-35

dece bir tanesi gizli tanık beyanına ilişkindir ancak biz bu başlık altında yol göstermesi amacıyla Anayasa Mahkemesinin tanıklara soru sorma hakkı bakımından inceleme yaptığı tüm kararları değerlendirmeyi uygun gördük. Gizli tanığa soru sorma hakkı kapsamındaki karar (Baran Karadağ başvurusu) ise en son değerlendirilecektir.

### 1- Tanıklara Soru Sorma Hakkı Bakımından Yaptığı Genel Değerlendirme

Konuya ilişkin ilk karar, *Erol Aydeğer*<sup>40</sup> başvurusudur. Başvurucu, yargılandığı ceza davasında savunma hakkının kısıtlanması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, ailevi sebeplerle asker kaçağı olarak yaşadığını bu nedenle duruşmalara katılmadığını, yalnızca iki kez duruşmaya katıldığını ve bir kez kendisini savunabildiğini; ayrıca özel avukat tutamadığını, kendisini Baro tarafından tayin edilen avukatın savunduğunu ve ilk derece mahkemesi kararını bu avukatın temyiz ettiğini belirtmiştir. Başvurucu, kendisini yeterince savunamamış olması nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığını ileri sürmüştür (§24).

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde, sanığın kendini savunma hakkından faydalanmasının ilk koşulunun sanığın savunmasını yapabilmesi için mahkeme önünde hazır bulunma olduğunu; her ne kadar AİHS'in 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da duruşmada hazır bulunma hakkının AİHS'in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil muhakeme hakkının bir parçası olduğunu; sanığın aleyhine açılan ceza davasında duruşmada hazır bulunmasının genel bir hak olduğunu ve AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan hakların bir parçası olduğunu *Sejdovic/İtalya*, B. No: 56581/00, 1/3/2006, § 81 kararlarına atıf yapmak suretiyle ifade etmiştir. Ayrıca, duruşmada hazır bulunma hakkının bir sonucu olarak, 5271 sayılı Kanun'un 193. maddesinin (1) numaralı fıkrasında istisnalar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı hükmüne bağlanmış olduğunu belirtmiştir (§41).

Somut olayda başvuru hakkının cezalandırılması için ceza davası açıldığı halde, duruşmalardan kaçması nedeniyle başvuru hakkında duruşma yapılamadığı ve ancak yakalandığı tarihte ilk kez duruş-

<sup>40</sup> Erol Aydeğer Başvurusu, başvuru numarası 2013/7582; karar tarihi 07.03.2014

maya çıkartılarak mahkeme önünde hazır bulunma hakkından faydalandırıldığı (§42) ; ayrıca somut olayda isnat edilen suçun kanunda öngörülen cezasının alt sınırının beş yıldan fazla olması ve başvuru-  
cunun kendisinin bir müdafii seçmemiş olması nedeniyle başvurucuya re'sen müdafii tayin edildiği; her ne kadar başvuru-  
cunun kendisinin bir müdafii seçmemiş olması nedeniyle savunma hakkını tam olarak kullanamadığı ileri sürmüş olsa bile, ilk derece mahkemesince re'sen tayin edilen müdafinin müdafilik görevlerini yerine getirmediğini ileri sürmediği ve müdafinin yardımından etkili bir biçimde yararlanamamasının sebeplerini bildirmediği belirtilmiştir (§43).

Somut olayda başvuru-  
cuya atanan ilk iki müdafinin duruşmalar-  
da hazır bulunmaması üzerine Barodan yeni müdafii talep edildiği ve başvuru-  
cunun son celse atanan müdafii ile savunma hakkını kullandığı ve son atanan müdafinin ilk derece mahkemesinin kararını temyiz ettiği; başvuru-  
cunun da, kendisine atanan müdafilerin görevini yerine getirmediği yönünde, derece mahkemeleri önünde bir şikâyetinin olmadığı ifade edilmiştir (§43).

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, somut olayda başvuru-  
cunun suçlamanın nedenleri ve niteliği hakkında bilgilendirildiği, duruşmada hazır bulunmasının sağlandığı, savunmasını hazırlaması için gerekli zaman ve kolaylıklardan faydalandırıldığı, kendisine ve müdafii-  
ne verilen süre dışında ilave süre istemediği, bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle savunma hakkını kullandığı ve başvuru-  
cunun adil yargılanma hakkını sınırlandırdığı iddiasıyla başka bir işlem hakkında da şikâyetçi olmadığı; ayrıca dava dosyası ve yargılama süreci bir bütün olarak incelendiğinde başvuru-  
cunun savunma haklarından yararlandırılmadığını gösteren bir bulguya da rastlanılmadığından, başvuru-  
cunun savunma hakkının kısıtlandığını ileri sürdüğü yargılama işlemlerinde açık ve görünür bir ihlal saptanmadığına, başvuru-  
cunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (§46,47).

Bu kararda Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı kapsamında savunma hakkının bir gereği olan tanıklara soru sorma hakkına ilişkin doğrudan bir değerlendirme içine girmemiş; genel bir değerlendirme içerisinde olayı değerlendirmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi başvuru-  
cuların ihlal iddiası kapsa-

mında ortaya koydukları konularda, derece mahkemesi önünde de bu ihlal iddialarının gündeme getirilmesi gereğini aramakta, bu hakları kullanmak için talepte bulunmamış olmaları halinde iddiaları kabul edilebilir bulmamaktadır.

Konuya ilişkin ikinci karar *Atilla Oğuz Boyalı*<sup>41</sup> kararıdır. Başvurucunun iddiası doğrudan tanık dinlenmediğine ilişkindir. Söz konusu davada başvuru, dava dosyası kapsamında verilen birleştirme kararından sonra tanıkların dinlenmediğini ve yargılamasının makul olmayan bir süre içerisinde tamamlandığını ileri sürerek Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir (§1).

“Somut olayda başvuru hakkındaki dava, başvuruçunun eşinin yargılandığı Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki dava ile birleştirilmiştir. Birleştirme sonrasında yapılan ikinci celsede, başvuruçunun yokluğunda yapılan muameleler ve tanık beyanları Mahkeme huzurunda ve başvuruçunun mevcutken okunmuştur. Başvuruçunun yokluğunda yapılan muameleler ve tanık beyanlarının okunmasının ardından başvuruçudan herhangi bir diyeceğinin olup olmadığı sorulmuş ve başvuruçunun aleyhe olan tanık anlatımlarını kabul etmediğini beyan etmiştir. Başvuruçunun vekili de bu beyanlara katıldığını ifade etmiştir (bkz § 49) ”.

Başvuru dosyası incelendiğinde Anayasa Mahkemesi, tanık ifadelerinin Mahkeme huzurunda alındığını, başvuruçunun duruşmalarda ve temyiz dilekçelerinde tanıklara soru sorma veya tanık sorgulama talebinde bulunmadığını tespit etmiştir. Ayrıca başvuruçunun, hakkında verilen hüküm, temyiz incelemesi aşamasında Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin ilgili kararı ile bozulduktan sonra bozma kararı üzerine Mahkemece yapılan duruşmaya katılmadığı, bunun üzerine başvuruçunun Mahkemeye zorla getirilmesine karar verildiği tespit edilmiştir (§52).

Anayasa Mahkemesi, tanıkların dinlenmek üzere çağırılmasının uygun olup olmadığının kural olarak derece mahkemelerinin takdir yetkisi dâhilinde olduğunu, dolayısıyla bir sanığın bazı tanıkları dinletemediğinden şikayet etmesinin yeterli olmayıp ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemesi gerektiği belirtmiştir. İlgili davada derece mahkemesi

<sup>41</sup> Atilla Oğuz Boyalı Başvurusu, başvuru numarası 2013/99, karar tarihi 20.3.2014



mahkûmiyet kararı verirken başvuru tarafından tekrar dinlenmesi talep edilmeyen tanıkların beyanlarına ve bilirkişi raporuna dayanmıştır. Ayrıca ne başvuru ne de avukatı tanık beyanlarının gerçeği yansıtmadığını göstermek için Mahkemeden tanıkların dinlenmesini talep etmiştir. Söz konusu yargılamada başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararı, sadece dinlenmeyen bir tanığın beyanlarına dayanılarak da verilmemiştir. Bu nedenlerle başvurucağının “birleştirme kararı sonrasında tanık dinleme taleplerinin kabul edilmediği” yönündeki iddiası açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur (§ 55).

Bu kararda Anayasa Mahkemesi iki hususu birlikte vurgulamıştır. Birincisi dinlenmeyen tanıkların dinlenmesinin neden önemli olduğu ve maddi gerçeğin ortaya çıkması bakımından değerinin savunma makamı tarafından belirtilmesi gereği (ki bu husus çeşitli AİHM kararlarında da sıkça gerekçe olarak ifade edilmektedir); ikinci olarak da bu tanıkların dinlenmesinin gerekçeli olarak ilk derece mahkemesi önünde talep edilmiş olmasıdır.

Üçüncü karar *Sencer Başat ve Diğerleri*<sup>42</sup> kararıdır. Bu karar Anayasa Mahkemesi Genel Kurul kararıdır ve özellikle tanıklara soru sorma hakkı bakımından dönüm noktası olmuştur. Bu karar basında Balyoz davası olarak adlandırılan davaya ilişkindir. Başvurucuların çeşitli noktalardan ihlal iddiaları söz konusudur; ancak biz burada sadece tanıklara soru sorma hakkı bakımından Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi üzerinde durmaya çalışacağız.

Olay, “20-21 Ocak 2010 tarihinde ulusal yayın yapan günlük bir gazetede “Fatih Camii Bombalanacaktı- İki Yüz Bin Kişiye Tututklama” başlıklı haberlerin yayınlanması haberinden sonra, haberi yapan gazeteci tarafından 21.01. 2010 tarihinde habere dayanak teşkil eden 3 adet DVD ve 1 adet CD, 29.01.2010 tarihinde de 19 adet CD, 10 adet ses kaseti ve 2229 sayfalık belgenin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslimi ile başlamıştır. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma kapsamında el konulan 11 nolu CD'de 1. Ordu, 2,3,5 ve 15. Kolardular, Donanma Harp Akademileri, Bursa ve İstanbul Jandarma Bölge Komutanlıklarınca hazırlanan hareket ve tedhiş planları, listeler ile 2003 yılı plan seminerine ait bir kısım yazışmalar 16 nolu CD'de Adalet ve Kalkınma Partisi Hükümetince yapılan bazı atamalar hakkında bilgiler, 17 nolu CD'de ise 11 nolu CD'de bulunan hareket ve tedhiş planlarının bulun-

<sup>42</sup> Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru no: 2013/7800, karar tarihi 18.06.2014

duğu değerlendirilmiştir. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2.7.2010 tarih ve 2010/420 sayılı iddianamesiyle 196 sanık hakkında 765 sayılı Kanun'un 147, 61.1.31.33.40.maddeleri kapsamında kamu davası açılmıştır. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 23.7.2010 tarihli iddianamenin kabulü ve tensip kararı sonrası 16.12.2010 tarihli duruşmayla yargılama başlamıştır. Yargılama sürecinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 16.6.2011 tarih ve 2011/288 sayılı iddianamesiyle 28 sanık hakkında, 11.11.2011 tarih ve 2011/554 sayılı iddianamesiyle 143 sanık hakkında Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs suçundan açılan davalar, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/283Esas sayılı dosyasında birleştirilmiştir. Üç ayrı iddianameyle açılan ve birleştirilen dava kapsamında 367 sanık hakkında yargılama yapılmıştır. 36 sanık hakkında beraat, başvuruoların da aralarında olduğu 325 sanık hakkında ise Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs suçundan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 147 ve 61. maddeleri gereğince mahkûmiyet kararı verilmiştir (§ 8.9.10.11.12)"

Başvuruolar çeşitli gerekçelerle Anayasanın ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bu iddialardan bir tanesi de " kendilerine isnat edilen suçun işlenmesine anılan tarihte görevde olan Genelkurmay Başkanı ve Kara Kuvvetleri Komutanı tarafından engel olunduğunun kabul edilmesi nedeniyle bu kişilerin tanıklık yapmak üzere davet edilmeleri taleplerinin reddedildiği ve delillerin ortaya konulması ve tartışılması safhasının usulünce yerine getirilmediği (§17)" dir. Anayasa Mahkemesi tutukluluğa ilişkin şikayetlerin, zaman bakımından kabul edilmez olduğuna karar vermiş; ancak tanık dinlenmesi talepleri ve dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikayetlerin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir (§26). Tanık dinlenmesi taleplerinin reddi nedeniyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiği yönündeki iddiayı yerinde bulmuş, dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Karar Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman'ın tanık olarak dinlenmesi taleplerinin reddi nedeniyle tanık dinletme hakkına ilişkin şikayetlerin kabul edilebilir olduğuna ve Anayasa'nın 36.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararını, AİHS m.6/3-d bendinde düzenlenen "sanığın iddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme hakkı" na atıf yaparak AİHM'nin kararlarını referans göstermek suretiyle gerekçelendirmiştir. Bu çerçevede mahkemelerin somut davadaki mad-

di gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmayacağını değerlendirdiği savunma tanıklarının dinlenmesi talebini reddedebileceğini (§76) (*Hüseyin ve diğerleri/Azərbaycan* B.No.35485/05,45553/05, 35680/05 ve 36085,26/7/2011 § 196); kural olarak tanıkların dinlenmesinin uygun olup olmadığını değerlendirmesini ilk derece mahkemesinin takdir yetkisi dâhilinde olacağı dolayısıyla bir sanığın bazı tanıkları dinlemediğinden şikayet etmesinin yeterli olmadığı ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemesi gerektiği (§77); adil yargılanma hakkının bireylere dava sonucu verilen kararın değil, yargılanma sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verdiğini ve bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikayetlerin incelenebilmesi için başvuruçunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, yargılama sürecinde iddia makamının sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfilige ilişkin bir iddianın dayanaklarıyla ileri sürülmüş olması gerekeceği belirtilmiştir (§79). Mevcut yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını denetlemenin Anayasa Mahkemesi'nin görevi kapsamında olmayıp, Mahkemenin görevinin başvuru konusu yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının değerlendirilmesi olduğu ifade edilmiştir. Taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında uygun imkânların tanınması gerektiği; delillere ilişkin denge-sizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi gerektiği (§80) belirtilmiştir.

Söz konusu başvuru kapsamında yapılan inceleme sonucunda Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen esaslardan hareket ederek aşağıdaki gerekçelerle ihlal kararı vermiştir:

1- İlk derece mahkemesinin isnat edilen darbe suçunun yapılanmanın lideri kabul edilen Çetin Doğan'ın sağlık durumu, bazı sanıkların tayin edilmeleri yanında Genelkurmay Karargâhı'nın öncelikle muhtemel darbeye karşı çıkması, sonrasında da da günün şartlarının

elverdiği ölçüde engellemek için çaba göstermesi nedeniyle işlenemediğinin belirtilmesine karşın, suçun niteliği gözönüne alınarak toplanan delillere göre Genelkurmay Başkanı ve Kara Kuvvetleri Komutanı'nın tanıklıklarının karara etkisi bulunmadığının belirtilmesi (§84);

2- Sanıklara isnat edilen suç fiillerinin esaslı biçimde bilgisayar programlarıyla oluşturulmuş belgelere dayandığı, bu belgelerin içeriklerinin maddi olay ve olguları yansıttığı ve gerçek olduklarının ilk derece mahkemesince kabul edildiği; ancak bilirkişi raporlarında/uzman görüşlerinde bu verilerin müdahale edilebilir nitelikte olduğu ve bu verilerin teknik bilgileri ile içeriklerinin uyumsuzluğu belirtildiği halde, tanık olarak dinlenmesi talep edilen ilgili kişilerin beyanlarının maddi gerçeğe ulaşma bakımından önemsiz kabul edilemeyeceğini (§85);

3- 1. Ordu Komutanlığı merkezli bir yapılanmanın darbe amacına yönelik faaliyetlerinin Genelkurmay Başkanlığı ve Kara Kuvvetleri Komutanlığı'nca öğrenildiği ve teşebbüs edilen suça engel olunduğu kabul edilirken, toplanan kanıtlara göre tanık olarak dinlenmesi talep edilen anılan görevdeki kişilerin beyanlarının karara etkisi bulunmadığı gerekçesinin makul olmadığı (§86);

4- Tanık dinletme taleplerinin kamuoyu nezdinde başkısı oluşturmak amacıyla yapıldığı ek gerekçesiyle reddedildiği, başka amaçla yapıldığı ve karara etkisi bulunmadığı kabul edilen bu taleplerin yalnızca objektif olarak yargılamaya etkisi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği (§87);

5- Dinlenmesi reddedilen tanık beyanlarının sadece sanıklar lehine sonuç doğuracak tanık beyanı olmasının ötesinde delil niteliği taşıdığı ve bu nitelikteki delilin yargılama bakımından belirleyici özelliği dikkate alındığında aleni bir duruşmada sanıkların huzurunda ortaya konulması gerektiği (§88);

6- Delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak derece mahkemesine ait olsa da, somut olayda yargılama konusu suç, sanıkların durumu, isnat edilen suçun işleniş biçimi, suç eylemleri, tanıkların konumu ve diğer delillerin niteliği dikkate alındığında, dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman'ın tanık olarak dinlenme taleplerinin reddi, yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte bulunmuştur (§89).

Mahkeme, ilgili tanıkların isnat edilen suçun sübutu bakımından objektif olarak esaslı olduğu gözetilmeden reddini, çelişmeli yargılama ilkesine vesavrunun tanıklarının davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanması hakkına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir (§90). Anayasa Mahkemesi yukarıda incelediğimiz kararlarda belirtilen hususlardan yine yola çıkmış; ilk derece mahkemesine yapılan itirazların red gerekçelerini yerinde bulmamış ve ihlal kararı vermiştir. Diğer bir ifade ile, söz konusu başvuruda, başvuranlar ilk derece mahkemesi önünde haklarını kullanmak için yasal tüm gayreti göstermiş ancak mahkeme bu talepleri yerinde olmayan gerekçeler ile reddetmiştir.

Dördüncü karar Selim Berna Altay<sup>43</sup> başvurusudur. Söz konusu olayda başvuru, delillerin eksik ve hatalı değerlendirilmesi sonucu mahkûmiyetine karar verilmesi, tanık dinletme taleplerinin kabul edilmemesi ve mahkeme kararının gerekçesiz olması nedenleriyle Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

Başvuru, ilk derece mahkemesi tarafından, özel yetkili mahkeme uygulamaları ile ilgili olarak anlatımda bulunmak üzere, o dönemde görevli teknik personel ile yetkili Cumhuriyet Başsavcısı ve vekillerinin tanıklıklarına ilişkin talebinin değerlendirilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§ 33).

Söz konusu olay bakımından yapılan inceleme kapsamında Anayasa Mahkemesi, tanıkların dinlenmek üzere çağırılmasının uygun olup olmadığına karar vermenin kural olarak derece mahkemelerinin takdir yetkisine dahil olduğunu; bir sanığın bazı tanıkları dinlemediğinden şikâyet etmesinin yeterli olmayıp, ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemesi gerektiğini; 5271 sayılı Kanun'un 178. maddesine göre, mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın (başvurucunun) gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanığın o kişileri mahkemeye getirebileceğini ve bu kişilerin duruşmada dinlenebileceğini ifade etmiştir (§43). AİHM'nin kararlarına

<sup>43</sup> Selim Berna Altay Başvurusu, Başvuru No. 2013/8397, 16.10.2014

atıf yaparak<sup>44</sup> mahkemelerin, somut davadaki maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmayacağını değerlendirdiği savunma tanıklarının dinlenmesi talebini reddedebileceğini; derece mahkemesi sıfatıyla davaya bakan Yargıtay 5. Ceza Dairesinin, mahkûmiyet kararı verirken olayla ilgili doğrudan bilgi sahibi olan tanıkların beyanlarına ve yukarıda bahsi geçen delillere dayandığını; başvuru, savunmasına itibar edilmemesi halinde dilekçesinde belirttiği tanıkların dinlenmelerini talep ettiği, mahkemenin, davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirerek, gösterilen tanıkların davayla ilgisini takdir ettiğini; ancak taleple ilgili olarak açık bir karar vermemiş olduğunu, bu tanıkları dinlemeyerek talebi örtülü olarak reddettiğini ; başvurunun bu örtülü ret kararına rağmen gösterdiği tanıkları mahkemede hazır etmediğini belirtmiştir(§45).

Anayasa Mahkemesi başvuru formu ve eklerini incelediğinde, başvurunun ayrıca tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebinde bulunmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararının, sanık savunmalarına, diğer tanık beyanlarına ve maddi delillere dayanarak verildiği gözetilerek, yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığına ilişkin bir bulguya rastlanmadığını ifade etmiş ve açıklanan nedenlerle, başvurunun yargılandığı davada tanık dinletme talebinin kabul edilmediği yönündeki iddialarının “açıkça dayanaktan yoksun” olduğuna karar vermiştir(§46-47). Bu olayda da benzer sebeplerden dolayı red kararı verilmiştir. Zira başvuran ilk derece yargılamasında kendisine tanınan yasal hakları tam anlamıyla kullanmamıştır.

Beşinci değerlendirme, İsmet Özkorul<sup>45</sup> başvurusudur. Bu başvuru da açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle reddedilmiştir. Başvuru, Rize Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yaptığı döneme ilişkin şikâyetler üzerine hakkında başlatılan idari soruşturmada özel hayatı ihlal edilerek deliller toplandığını, görevi kötüye kullanma suçundan yargılandığı davada ise, tanık beyanlarındaki çelişkiler giderilmeden, tanıklarla yüzleştirilmeden ve savunma hakkı kısıtlanarak mahkûmiyetine karar verildiğini belirterek, Anayasa'nın 20. ve 36.

<sup>44</sup> Huseyin ve diğerleri/Azərbaycan, B. No:35485/05, 45553/05, 35680/05 ve 36085/05, 26/7/2011, § 196.

<sup>45</sup> İsmet Özkorul Başvurusu, Başvuru No.2013/7582, Karar tarihi: 11/12/2014



maddelerinde belirtilen özel hayatın gizliliği ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

İlk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay, konutları yargı çevresi dışında bulunan ve olayla ilgili bilgileri bulunduğunu değerlendirdiği tanıkların, olayla ilgili bilgi ve görgülerinin istinabe yoluyla alınmasına tensiben karar vermiştir (§15). Yargıtay Ceza Dairesi, başvurucuyu 5 ay hapis cezasına mahkum etmiş ve verilen hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar vermiştir. Mahkeme; sanığın kovuşturma evresindeki savunmasına, tanık beyanlarına, soruşturma raporuna, Rize İcra Dairesinden temin edilen belgelere, tutuklama ve tahliye kararlarına ilişkin belge örneklerine, HSYK İkinci Dairesinin kovuşturma izni verilmesine dair kararına dayanarak söz konusu kararı vermiştir (§16).

Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında olduğu gibi, konuyu AİHS'nin 6/3-d bendi kapsamında yargılamanın tümünü gözeterek değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin kararlarına atıf yaparak yargılamanın herhangi bir aşamasında sanık veya müdafii tarafından sorgulanmamış olan iddia tanığının ifadelerine dayanılarak mahkûmiyet hükmünün verilebilmesi için iki koşulun birlikte bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bu koşullar, tanığın bulunmaması nedeniyle yüzleştirmenin yapılamadığı hallerde yetkili makamların yüzleştirme yapabilmek için aktif olarak çaba sarf etmiş olduklarını kanıtlanmış olması ve söz konusu tanık anlatımının mahkûmiyetin dayanacağı tek delil olmamasıdır. (§43)

Başvurucu asıl yargılamayı yapan mahkemenin bütün oturumlarına katılmış, aleyhindeki bilgi, belge ve beyanlara itiraz etme imkânlarından yararlanmış. Yargılamanın birinci celsesinde, Rize Ağır Mahkemesi'nce istinabe suretiyle dinlenen tanık beyanları, hükme dayanak oluşturabilecek tüm kayıt ve belgeler başvuru Mahkeme huzurundayken okunmuştur. Başvurucu, okunan kayıt ve belgelerin aleyhe olan kısımlarını kabul etmediğini bildirmiştir. Diğer taraftan başvuru, yargılamanın ikinci celsesinde, esas hakkındaki savunmalarını sunmak ve soruşturmanın genişletilmesi taleplerini bildirmek üzere Mahkemeden süre talebinde bulunmuştur (§48).

Başvurucu, yargılamanın üçüncü celsesinde esas hakkındaki savunma dilekçesi ibraz etmiştir. Mahkeme, bu dilekçeyi ayrıntılı şekilde incelemiş, başvuru, savunma hakkının kısıtlandığı, usul



kurallarının ihlal edildiği, istinabe mahkemesince kendisine davetiye gönderilmediği, eksik inceleme yapıldığı yönündeki talepleri 29.5.2013 tarihli oturumda verilen ara kararıyla ve her bir talep gerekçesiyle karşılanacak biçimde, toplanan delillerin yeterli olduğu, tam bir vicdani kanaat oluştuğu, taleplerin işin esasına etki etmeyeceği, dava ve usul ekonomisine aykırı biçimde gereksiz zaman ve masraf kaybına yol açacağı gerekçesiyle reddedilmiştir (§49).

Anayasa Mahkemesi, başvuru formu ve ekli belgelerden edindiği kanaat kapsamında; başvuruçunun, suçlamanın nedenleri ve niteliği hakkında bilgilendirildiği, duruşmada hazır bulunmasının sağlandığı, savunmasını hazırlaması için gerekli zaman ve kolaylıklardan faydalandırıldığı, savunma yapmak için süre talebinin kabul edildiği, kendisini mahkeme huzurunda bizzat savunduğu halde; katıldığı oturumlarda veya dilekçelerinde istinabe yoluyla dinlenen tanıklarla yüzleşmek istediği yönünde bir talebi olmadığını tespit etmiştir (§50). Ayrıca başvuruçunun huzurunda aleyhindeki tanık beyanlarının okunduğu, tanık beyanlarına sanığın (başvuruçunun) itiraz etmesi veya soracağı sorular varsa tanıkların yeniden dinlenilmesi yönünde taleplerde bulunması için yeterli ve düzgün fırsatlar verildiğini belirtmiştir. Başvuruçunun, eğer tanıklar esas mahkemece dinlenmiş olsaydı mahkeme önünde dile getiremediği hangi ilave tezleri ileri süreceğine veya tanıklara hangi soruları soracağına ilişkin olarak herhangi bir açıklamada bulunmamış olduğunu, tanık beyanlarından aleyhe olan kısımları kabul etmediğine ve bazı tanık beyanlarının hangi gerekçe ile hükme esas alınmayacağına dair açıklamalarda bulunduğu işaret etmiştir. Esas mahkeme huzurunda savunmasını yapan başvuruçunun, duruşmalarda ve dilekçelerinde tanıklara soru sorma veya tanık sorgulatma talebinde de bulunmadığını ifade etmiştir. Söz konusu yargılamada başvuruçunun hakkında verilen kararın, sadece tanık beyanlarına dayanılarak verilmediğini de tespit etmiştir (§53). Bu gerekçelerle başvuruçunun yargılandığı davada aleyhinde beyanda bulunan tanıkları sorguya çekme hakkının ihlal edildiği iddiasını “açıkça dayanaktan yoksun” olduğuna karar vermiştir.

Konuya ilişkin altıncı karar, Ali Rıza Telek<sup>46</sup> başvurusudur. Bu başvuruda Anayasa Mahkemesi ihlal kararı vermiştir. Başvuruçunun, “silahlı

<sup>46</sup> Ali Rıza Telek, Başvuru No.2013/2630, karar tarihi: 30.12.2014

*terör örgütü üyesi olmak*” suçu nedeniyle hakkında yürütülen yargılamada, başka suçlardan başka dosyalarda yargılanan kişilerin kolluk beyanlarına dayanılarak hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduğunu, bu kişilerle yüzleştirilmediğini, bu kişilere soru sormadığını, bu kişilerin beyanlarının yasak sorgu yöntemleriyle alınıp alınmadığının araştırılmadığını belirterek Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

Başvuruda başvuruçunun cezalandırılmasına dayanak yapılan tek delil tanık delilidir. Söz konusu beyanlar, başka davalarda yargılanan bazı sanıkların soruşturma aşamasında polis nezdinde sanık sıfatı ile verdiği beyanlardır. İlk Derece Mahkemesi, bu tanıkları duruşmaya çağırarak dinlemek yerine, bu kişilerin ifadelerinin dosya içerisine getirtilmesi ile yetinmiştir. Söz konusu tanıklar yargılandıkları mahkemelerde yaptıkları savunmalarda hazırlık beyanlarının baskı ve zorlama altında alındığını ileri sürerek kabul etmemişlerdir (§45).

Kural olarak Anayasa Mahkemesi, ihlale konu olan şikâyetlerin ilk derece yargılaması sırasında ileri sürülmesi gerektiğinin altını çizer. Bu olayda başvuruçucu, bireysel başvuruda ileri sürdüğü şikâyetlerinden hiçbirini İlk Derece Mahkemesinde ileri sürmemiştir (§46); ancak temyiz dilekçesinde, mahkûmiyetine dayanak yapılan beyanların yalnızca ilgili mahkeme dosyalarından getirilmekle yetinildiğini, bu beyanların yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiğine dair iddialar bulunduğu halde, bu yönde herhangi bir araştırma yapmadan hükme esas aldığını ileri sürmüştür. Yargıtay, başvuruçunun temyiz dilekçesinde bildirdiği bu şikâyetlerle ilgili bir değerlendirme yapmaksızın yerel mahkeme kararını onamıştır (§47). Anayasa Mahkemesi bu iddiaların temyiz aşamasında ileri sürülmüş olması ancak dikkate alınmamış olmasını, başvuruyu değerlendirmek için yeterli görmüştür. Sanığın aleyhine olan tanıkları çapraz sorguya tabi tutabilmesi, Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinin kilit unsurlarından biri olduğunu; bu sebeple tanık çağırma ya da sorgulama hakkından feragat edilebilirse de feragatin geri dönülmez bir biçimde ve kesin olarak yapılması ve herhangi bir kamu yararına aykırılık taşımaması gerektiğini belirtmiştir (§48).

Anayasa Mahkemesi’ne göre; ancak CMK m. 211’de açıkça sayılan istisnai hallerde, hükme esas alınacak olan tanıkların daha önceki beyanlarının duruşmada okunması ile yetinilebilir. Kanun’da yazılı istisnai haller dışında tanıkların önceki beyanlarının duruşmada okunması ile

yetinilmesi ise, ancak sanığın açık muvafakati ile mümkündür (§49, 50).

Somut olayda İlk Derece Mahkemesi, hükme esas aldığı beyanların sahipleri olan tanıkların duruşmada dinlenmesi için hiçbir girişimde bulunmamıştır. Dolayısıyla bu tanıkların CMK'nın 211. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sayılan ve duruşmada dinlenmesi yerine önceki beyanlarının okunması ile yetinilebilecek tanıklar olup olmadığı araştırılmamıştır. Bu beyanların önem dereceleri itibariyle de duruşmada okunmakla yetinilecek beyanlardan olmadığı görülmüştür. Başvurucu veya müdafinin de hükme esas alınan tanıkların beyanlarının duruşmada okunulmakla yetinilmesine açık muvafakatleri bulunmamaktadır. Savunmanın çapraz sorguya tabi tutmadığı tanıkların yazılı ifadelerinin dosyaya girmesine itiraz etmediği; ancak eğer itiraz edilmiş olsaydı, çok büyük ihtimalle kabul edileceği bir davada feragatin gerçekleşmediği kabul edilmiştir (§51).

Somut olayda başvurusunun tanıkları sorgulama imkânının hayati önemde olmasının sebebi yalnızca başvurusunun ağır bir ceza alması değil; duruşmada dinlenmeyen ve yalnızca başka davaların hazırlık soruşturmalarında verdikleri ifadelerle yetinilen tanıkların beyanlarının olayın aydınlatılması açısından ağırlığının çok ciddi olmasıdır (§52).

İlk Derece Mahkemesi yalnızca başka davaların hazırlık soruşturması sırasında dinlenen ve başvurusu ile yüzleşmesi olanağı olup olmadığı araştırılmamış olan sanıkların beyanlarına dayanarak başvurusunun cezalandırmasına karar vermiş olduğu ve mahkûmiyet sadece başvurusunun soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı kimseler tarafından verilen ifadelere dayandırılmış olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi, savunma haklarının korunması için hiçbir tedbir alınmadığını başvurusunun haklarının Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olduğu (§53), bu nedenle de Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (§54). Bu başvuruda mahkeme önünde dinlenmeyen tanıkların önemi, tanığın önceki ifadesi ile yetinilmesi için kanunda düzenlenen istisnalar kapsamında yer almaması ve ayrıca başvuran tarafından temyiz aşamasında bu hususların dile getirilmesine rağmen Yargıtayca herhangi bir değerlendirmeye konu olmaması, adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir.

Yedinci karar Cihan Yeşil<sup>47</sup> başvurusudur. Bu karar özellikle disiplin hukuku kapsamında uygulanan disiplin cezaları bakımından önemlidir. Zira Anayasa Mahkemesi, AİHS'nin 6/3-d kapsamında düzenlenen hakkın dispilin suçlarında da kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (§65). Bu kurala riayet etmemenin de Anayasanın 36.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında tanık dinletme hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir (§ 66).

Olayda “başvurucu, hükümlü olarak bulunduğu Bolu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda infaz korumalarının saldırısına maruz kalarak hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmasının, bu olay nedeniyle Disiplin Kurulu tarafından kendisine verilen iki ayrı 20 gün süreli hücreye koyma cezasına karşı yaptığı itirazda avukatı huzurunda savunma yapmak için kendisine makul süre verilmemesinin ve üç ayrı cezaevine sevkinin yapılarak avukatı ile görüşmesinin kısıtlanmasının kötü muamele yasağını ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüş, disiplin cezalarının sonuçları itibariyle kaldırılması ve tazminat talebinde bulunmuştur( §1).”

Anayasa Mahkemesi, ceza yargılaması temelinde tanık dinletme hakkının ve bu bağlamda Sözleşme'nin 6/3-d bendinin “hakkaniyete uygun yargılanma” kavramına uygun düştüğü ölçüde disiplin suçlarına kıyasen uygulanabileceğini ve ceza yargılaması temelinde belirlenen ilkelerin uygun düştüğü ölçüde başvurusunun iddiaları açısından değerlendirilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir (§63). Buna göre, başvuru konusu olaya ilişkin olarak 4675 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen cümleye göre disiplin cezasına karşı yapılan şikâyeti inceleyen infaz hâkiminin talep edilen delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını vermesi gerekir. Nitekim başvuru disiplin cezasına konu olan olaya doğrudan tanık olduklarını iddia ettiği ve aynı koğuştta bulunan isimlerini de verdiği bazı hükümlülerin dinlenmesini talep etmiştir (§ 14). Ancak Bolu İnfaz Hâkimliği, başvurusunun itiraz dilekçesinde dinlenmesini talep ettiği ve başvurusunun iddiaları kapsamında olaya doğrudan şahitlik ettiği ileri sürülen tanıkları dinlemediği gibi, dinlememesinin gerekçesini de belirtmemiştir (§65).

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan tanık dinletme hakkının ihlaline karar vermiştir (§

<sup>47</sup> Cihan Yeşil Başvurusu, Başvuru No 2013/8635, karar tarihi 6/5/2015

66). Bu karar özellikle disiplin hukuku bakımından oldukça önemlidir. Tanık dinletme hakkının disiplin hukuku bakımından da önemi ve etkisi ortaya konulmuştur.

Sekizinci karar, başvuruçunun ünlü kimliği nedeniyle kamuoyunu meşgul eden Deniz Seki<sup>48</sup> başvurusudur. Bu karar aslında, konuya ilişkin en son verilen karardır; ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere gizli tanıklığa ilişkin karar en son değerlendirileceği için kriminolojik sıradan ayrılarak daha önce bilgi veriyoruz. İlgili davada başvuruçucu mahkûmiyetin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayandırılması, delillerin eksik ve hatalı değerlendirilmesi ve ayrıca kovuşturmanın kaldırılan mahkemelerce yapılması nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

Anayasa Mahkemesi, tanık sorgulatma hakkı ihlali iddiası kapsamındaki değerlendirmesinde; başvuruçunun aracılık ettiği iddia edilen tanıklar N. Ü., H. Ş. ve İ. T.'nin tanık sıfatıyla dinlenilmesini talep ettiğini; ilk derece mahkemesinin, davaya ilişkin delilleri değerlendirerek gösterilen tanıkların davayla ilgisini takdir ettiğini ve taleple ilgili açık bir karar vermediğini, ancak bu tanıkları dinlemeyerek talebi örtülü olarak reddettiğini belirtmiştir. Bu örtülü ret kararına rağmen başvuruçucu gösterdiği tanıkları mahkemede hazır etmediği ve başvuru formu ve ekleri incelendiğinde, başvuruçunun ilgili tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebinde bulunmadığı anlaşılmadığı ve verilen mahkûmiyet kararı tek tanık anlatımı üzerine inşa edilmediği; kararın sanık savunmalarına, diğer tanık anlatımlarına, arama tutanağına, aramada ele geçirilen delillere, kayda alınan iletişim içeriklerine, Adli Tıp Kurumu raporuna, ekspertiz raporlarına ve diğer delillere dayanılarak verildiği gözetildiğinden, yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığına ilişkin bir bulguya rastlanmadığına karar vermiştir (§84). Bu gerekçelerle tanık sorgulatma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (§85).

Yukarıdaki kararlardan da anlaşıldığı üzere Anayasa Mahkemesi, tanıklara soru sorma hakkı bakımından yaptığı değerlendirmelerde, AİHM ölçütlerinden hareket etmekte ve ilgili kararlara atıf yaparak, aşağıda belirteceğimiz esaslardan hareket ederek incelemesini yapmaktadır:

<sup>48</sup> Deniz Seki Başvurusu, Başvuru No. 2014/5170, karar tarihi 19.9.2015

a- Öncelikle Anayasa Mahkemesi, delilleri kabul etme ve takdir etme yetkisinin kural olarak ilk derece mahkemelerine ait olduğunu ifade etmektedir.

b- Tanıklara soru sorma imkânının sağlanmamasını, yargılamanın bütünü kaspamında değerlendirir ve adil yargılanma hakkının ihlal edip etmediğini incelemektedir. Bu kapsamda gerçekleştirilen yargılamalarda savunma makamına delillerin güvenilirliğinin sınanması için gerekli ve yeterli imkânların mahkemelerce tanınması gerektiğini ifade etmektedir.

c- Anayasa Mahkemesi, CMK kapsamında düzenlenmiş savunma haklarının da savunma makamı tarafından kullanılması ve talep edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Zira savunma makamının dinlenmek üzere çağrılmasını talep ettiği tanıkların mahkemece çağrılması veya ilgili dilekçenin reddedilmesi halinde, tanıkların savunma makamı tarafından (CMK m. 178) duruşmaya getirilebileceği ve bu kişilerin duruşmada dinleneceğini belirtmektedir. Bu kapsamda tanıkların çağrılmamış olması tek başına tanıklara soru sorma hakkının ihlali olarak değerlendirilmemektedir.

d- Diğer bir aranan koşul, savunma makamının ilgili tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklaması gerekliliğidir.<sup>49</sup> Zira CMK m. 177/1'de de, ilgili delillerin ilişkin olduğu olayların, delil toplanma talep dilekçesinde belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi muhakemenin herhangi bir aşamasında (duruşmaya hazırlık, duruşma ve hatta üst denetim aşamasında) ilgili tanık beyanının maddi gerçeğe olan katkısının öneminin savunma makamı tarafından gerekçeli ve somut verilere dayalı olarak bildirilmesi gerektiğini belirtmektedir. İnceleme kapsamında, savunma makamının bu hususa özen göstermediğini tespit etmiş ise, sadece bu sebebe dayalı olarak ihlal kararı vermemektedir. Eğer savunma makamı bu yükümlülüğü yerine getirmiş; ancak buna rağmen mahkeme ilgili tanıkların dinlenmesini reddetmişse, mahkeme diğer her kararında da olması gerektiği gibi, bu hususu somut verilere dayalı olarak gerekçelendirmek mecburiyetindedir. Temyiz aşamasında da ileri sürülen ihlal iddialarının

<sup>49</sup> Durmuş Tezcan/M.Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/R. Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011, s.267



Yargıtay tarafından değerlendirilmesi, kabul görmemesi halinde gerekçelendirilmesi gereklidir.

e- Son olarak üzerinde durduğu husus, ilgili tanık beyanının tek başına hükme esas teşkil edip etmediğidir. Zira mahkûmiyet kararı tek başına veya önemli ölçüde ilgili tanık ifadesine dayalı olarak verilmişse, bu tanığın güvenilirliğinin soruşturma veya kovuşturma aşamasında en az bir kere savunma makamı tarafından sorgulanması imkânının sağlanmış olması gereklidir.<sup>50</sup>

Yukarıda belirtilen esaslar, yürütülecek olan yargulamalarda gerek ilgili makamlar tarafından dikkate alındığı takdirde, adil yargılanma hakkı bakımından sıkıntıların doğması engellenmiş olacaktır.

## 2- Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkı Bakımından

Gizli tanık ifadeleri kapsamında üzerinde duracağımız karar, Baran Karadağ<sup>51</sup> başvurusudur. Bu karar, özellikle gizli tanık beyanlarına uygulamada sıkça başvurduğumuz bu günlerde, oldukça önemli ve yol gösterici niteliktedir.

Söz konusu davada başvuru, yargılandığı ceza davasında, mahkemeye savunmasını Kürtçe yapmak istediğini bildirmesine rağmen kendisine tercüman tayin edilmediğini, kendisine isnat edilen suçlara ilişkin tek delilin gizli tanık ifadeleri olduğunu ve bu gizli tanığa soru

<sup>50</sup> Nitekim Yargıtay 23.CD, E. 2015/1720, K.2015/162, 30.3.2015 tarihli kararında "Hükmü temyiz eden sanık E. D.'nin savunmasıyla soruşturma aşamasında beyanları alınan tanık İ. Ş. beyanları çeliştiğinden, gerçeğin kuşkuya yer bırakmaksızın tespiti amacıyla CMK'nın 210/1 maddesi gereği olayın tek tanığı olduğundan duruşmada mutlaka dinlenmesi gereken tanık İ. Ş.'in duruşmada dinlenmeden soruşturma sırasında alınmış beyanlarıyla yetinilerek eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması," bozmayı gerektirmiştir.; YCGK. E. 2013/4-242, K. 2014/79, 18.2.2014 tarihli kararında " Suçun sübutuna ilişkin olarak, katılanın beyanı, olay tutanağı, adli raporlar, sanığın Amerika Birleşik Devletlerinde öğrenim gördüğüne ilişkin açık beyanı ve öğrenim belgesi gibi başka deliller de mevcut olduğundan, olayın uyumsuzlukla ilgili kısmının tek tanığı olan ve kovuşturma aşamasında tüm aramalara rağmen hazır edilemeyen O.M'nin soruşturma aşamasında alınan ifadesinin CMK'nın 211. maddesi uyarınca okunması ile yetinilerek, sanığın görevli memura direnme ve hakaret suçlarından mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yerel mahkemece soruşturmada dinlenen tanık beyanına göre mahkûmiyet kararı verilmesinin CMK'nın 210. maddesine uygun olmayacağına kabulü ile beraatine hükmolunması isabetsizdir."

<sup>51</sup> Baran Karadağ Başvurusu, Başvuru no.2014/12906, karar tarihi 7/5/2015



soramadığını belirterek, Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

Başvurucu, Cumhuriyet Başsavcılığı'ndaki ifadesinde, sorguda ve yargılamanın ilk iki celsesinde Türkçe savunma yapmıştır (§ 11). İlk Derece Mahkemesi, soruşturma evresinde dinlenen gizli tanığın beyanlarını sanık ve müdafinin bulunmadığı bir ortamda, günü ve saati savunma tarafına bildirilmeyen bir tarihte (celse arasında) tespit etmiştir. Tanığın neden bu şekilde dinlenmesi gerektiği hususunda tutanaklarda bir gerekçeye yer verilmemiştir. Ancak yargılamanın 3. celsesinde, başvuru ve müdafii, gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi günlük bir süre vermiştir. Sanık müdafinin dilekçe sunduğuna dair bir bilgi duruşma tutanaklarına geçmemiştir (§12). Mahkeme tarafından gizli tanığın beyanları 20/6/2012 tarihinde alınmıştır. Tanığın kimliğinin gizlenmesi hususunda gerekçe gösterilmemiş ve karara dayanak olabilecek hukukî ve fiilî nedenlere yer verilmemiştir. Gizli tanığın beyanlarının alındığı celsede Cumhuriyet savcısı da hazır bulunmuştur (§13). Yargılamanın 5. celsesinde, celse arasında mahkemece tespit olunan gizli tanık beyanları okunmuş ve başvuru müdafii gizli tanık beyanlarını kabul etmediğini bildirmiştir. Başvurucunun beyanları ise *"Kürtçe konuştuğu görüldü, anlaşamadı."* şeklinde zapta geçmiştir (§14). Başvurucu hakkında bazı suçlardan mahkûmiyet kararı verilmiş ancak Yargıtay bazı suçlar bakımından kararı, itiraz kanunu yoluna başvurulması gerektiği, terör örgütüne üye olmak ve patlayıcı madde bulundurma suçlarından dolayı kurulan hükmün yeterli delil bulunmamakla birlikte 6352 sayılı kanunun 85.maddesiyle TCK m.220/6'daki değişikliğin dikkate alınarak sanığın hukuki durumunun takdir ve tayininde zorunluluk bulunması gerekçeleri ile bozmuştur (§16). Gizli tanık ifadesinin esas alınmasına ilişkin herhangi bir inceleme yapmamıştır. İlk derece mahkemesi, Yargıtay kararında belirtilen bozma nedenlerini gözeterek yeni bir yargılama yapmış ve mahkûmiyet kararı vermiş ve bu karar da Yargıtay tarafından onanmıştır (§20).

Anayasa Mahkemesi tanık sorgulama hakkının ihlal edildiği iddiasını kabul edilebilir bulmuştur (§50). Yargılamayı bir bütün olarak değerlendirmiştir (§51). Sözleşmenin 6.maddesine atıf yaparak, adil yargılanma hakkının hakkında suç isnadı olan kişiye iki hak sağlandığını; bunlardan ilkinin aleyhe olan tanıkları çapraz sorgulama hakkı olduğu, diğerinin de kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit

şartlar altında davet edilmesi ve dinlenmesi ve silahların eşitliğinin sağlanması hakkı olduğunu belirtmiştir (§54).

AIHM'nin gizli tanık anlatımlarının hükme esas alınmış olmasını her koşulda Sözleşmeyle bağdaşmaz nitelikte bulmadığını; zira Sözleşmenin 6. maddesinin, her ne kadar tanıkların ve özel olarak tanıklık için çağrılan mağdurların menfaatlerinin dikkate alınmasını açıkça gerektirmese de, bu kişilerin yaşamları, özgürlük ve güvenlikleri gibi, genel olarak Sözleşmenin 8. maddesi kapsamına giren birçok menfaatleri de tehlikeye girebileceğini kabul ettiğini ve tanıkların ve mağdurların da bu tür menfaatlerinin, Sözleşmenin maddi hükümleri tarafından korunduğunu belirttiğini ifade etmiştir. Bu gibi durumlarda AIHM'nin, Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birlikte ele alınması suretiyle, sanık menfaatleri ile tanık menfaatlerinin, yargı makamları tarafından uygulanan usullerle yeterince dengelenmesi gerektiğine karar verdiğini (Doorson/Hollanda, B. No: 20524/92, 26/03/1996, § 69-70, 72) belirtmiştir (§59).

Anayasa Mahkemesi 5271 sayılı CMK'nın 58. maddesinde iki tür tanık koruma tedbirinin öngörüldüğünü; bunlardan ilkinin tanığın kimliğinin gizli tutulması, ikincisinin ise tanığın hakim tarafından hazır bulunma hakkına sahip kişiler olmaksızın dinlenmesi olduğunu; 5726 sayılı Kanun'un 5. maddesinde ise, tanığın kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligata ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi gibi tedbirlerin düzenlendiğini (§ 61); yine 5726 sayılı Kanun uyarınca tedbir uygulanacak kişinin tanık veya yakınlarından biri olması, kişinin hayatı, beden bütünlüğü ve malvarlığı için ağır ve ciddi bir tehlike bulunması, tedbirin ölçülü olması ve yetkili mercilerin kararının bulunması gerektiği belirtilmiştir (§62).

Anayasa Mahkemesi, AIHM'nin yargılamanın adilliğini değerlendirirken, tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçelerin olup olmadığını ve gizli tanık ifadesinin verilecek hükmün dayandığı tek ve belirleyici temel olup olmadığını ve hükmün büyük ölçüde ve yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanıp dayanmadığını incelediğini belirtmiştir (§63).

“Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi kapsamında AİHM kararlarına da yollamada bulunmak suretiyle verdiği bir kararında; muhakemenin bir bütün olarak adil olması şartıyla sanıktan gelecek haksız müdahalelerden korunması için yeterli sebep mevcutsa tanığın kimliğinin gizli tutulmasının mümkün olabileceğini, mahkûmiyet kararının yalnızca kimliği açıklanmayan tanığın ifadesine dayandırılmayacağı gibi bu ifadenin ağırlıklı rol oynayan delil konumunda da olamayacağını, açık celse dışında verilen bu tarz ifadelerin ancak savunma için, tanığın ve ifadesinin inanılabilirliğini ve güvenilirliğini sorgulama fırsatını teminat altına alan telafi edici önlemlerin sağlanması gerektiğini, savunma hakkı üzerindeki kısıtlamaların asgaride tutulmuş olması ve bu kısıtlamaların tanığın korunmasını sağlamak için gerekli olması gerektiğini, sanığın çıkarlarının ona karşı ifade veren tanığın çıkarlarıyla dengelenmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir (AYM, E. 2008/12, K.2011/104, K.T. 16.6.2011) (§66).”

Anayasa Mahkemesi, CMK m. 58/3'te tanıklara soru sorma hakkının saklı tutulduğunu, bu kapsamda Tanık Koruma Kanunu m. 9/5'te tanıklara soru sorma hakkının usulünün düzenlendiği ve m. 9/8'de tedbir uygulanan tanığın beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği; m. 9/10 fıkrasında madde hükümlerinin savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağı; CMK m. 58/2'de kimliği gizli tutulan tanığın tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrendiğini açıklamakla yükümlü olduğunu düzenlediği; ancak bu kurallara uygun olarak alınmış tanık ifadelerinin CMK hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olacağını; ancak bu şekilde sanığın adil yargılanma hakkı ile tanığın ve yakınlarının korunması haklarının dengelenebileceğini ifade etmiştir (§67).

Anayasa Mahkemesi AİHM'nin belirlediği ölçütlerden hareket ederek 4 noktadan değerlendirme yapmıştır (§68).

1- Önce tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçeler olup olmadığını incelemiştir bu kapsamda; başvuru formu ve ekli belgelerden tanığın kimliğinin neden gizlendiği hususunda gerekçe gösterilmediğini, tanığın saygınlığı, sabıka kaydı ve güvenilirliği hususunda dosyada mevcut bir bilgi bulunmadığını tespit etmiştir (§69).

2- İkinci olarak tanığın ifadesi üzerinde değerlendirme yapmıştır. Somut olayda, gizli tanığın beyanları soruşturma aşamasında Cumhu-

riyet savcısı tarafından, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından alındığı tespit edilmiş; mahkeme tarafından yapılan dinlemenin celse arasında başvurucuya haber verilmeksizin yapıldığı; bununla birlikte, ilk derece mahkemesinin, dinlemeden önceki bir aşamada 3. celsede başvurucu ve müdafine, gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi günlük süre verdiğini ve 5. celsede, mahkemece tespit olunan gizli tanık beyanlarını okuduğunu; başvurucunun müdafii gizli tanık beyanlarını kabul etmediğini bildirdiğini fakat başvurucunun beyanlarının “kürtçe konuştuğu görüldü, anlaşılama- dı” şeklinde, zapta geçirildiğini ifade etmiştir (§70).

3- Başvuruda, Çay Bahçesinde meydana gelen patlama olayları ile bombalı saldırı sonucu belediye otoparkında belediyeye ait bir aracın camlarının kırılması olayına ilişkin olarak, olay tutanakları ile gizli tanık beyanının mahkûmiyet hükmüne esas alındığı, hükmün esas olarak gizli tanığın anlatımına dayandığı gözlemlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, gizli tanık anlatımının belirleyici delil olduğunu, çünkü gizli tanık ifadesine kadar, bu olaylarla ilgili olarak hiç kimseye bir isnatta bulunulmadığını; meydana gelmiş olan maddi vakıalar ile başvurucu arasındaki bağlantının, gizli tanık beyanı dikkate alınarak kurulduğunu tespit etmiştir (§71).

4- Bu tespitten sonra Anayasa Mahkemesi son olarak savunma tarafına dengeleyici güvenceler sağlayan bir usulün yürütülüp yürütülmediğini değerlendirmiştir. Yargılamayı yapan mahkemenin, savunma tarafının haklarını korumak amacıyla sanık ve müdafii, gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi gün süre verdiğini ve 5. celsede, gizli tanık beyanlarının tarafların huzurunda okunduğunu, tanığın, mahkeme heyeti tarafından dinlendiğini ve heyetin tüm üyelerinin tanığın reaksiyonlarını doğrudan gözlemleyebildiğini (§72); ancak, başvurucu ve müdafii, gizli tanığın beyanlarının tespiti sırasında hazır bulunmadığından, ses bağlantısı yoluyla da olsa onu sorgulayamadığını, sorulan sorulara verdiği cevaplar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatı elde edemediğini ve tanığın beyanları arasındaki çelişkilere Mahkemenin dikkatinin çekilemediği belirtilmiştir. Bu nedenle, savunma tarafının sorgulama yoluyla gizli tanığın güvenilirliğini test edemediğini kabul etmiştir. Söz konusu tanığın beyanlarının daha sonra İlk Derece Mahkemesince sanık (başvurucu) ve müdafinin huzurunda okunmuş olmasını ve başvurucuya tanık

beyanlarına karşı diyecekleri sorulmuş olmasını ise yeterli bir itiraz imkânı olarak değerlendirmemiştir (§73).

Tanığın soruşturma evresindeki ifadesi ile kovuşturma evresindeki ifadelerinin çelişmesi; mahkemece değişen beyanlar arasındaki çelişkilerin giderilmemiş olması; tanığın açıklamalarının önceden bilinmesi mümkün olmadığından savunma tarafından, tanığın güvenilirliğini sınamaya yönelik soruların mahkemeye önceden bildirilmesinin istenmesi, bu sakıncaları gidermek için yeterli bulunmamıştır (§74).

Bu değerlendirmelerin sonucunda Anayasa Mahkemesi, tanığın kimliğinin neden gizlendiği hususunda bir gerekçeye yer verilmediği, hükmün belirleyici ölçüde gizli tanığın ifadesine dayandırıldığı ve sanık (başvurucu) lehine alınan teminatlar gözetildiğinde, tanığın menfaatleri ile sanığın adil yargılanma ölçütleri içerisinde yer alan haklarının adil bir şekilde dengelenmediğini tespit etmiş ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan aleyhinde beyanda bulunan tanığı sorguya çekme hakkının ihal edildiğine karar vermiştir (§75,76).

İlgili kararda da belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin gizli tanık beyanlarının Sözleşme'nin 6/3-d kapsamında adil yargılanma ilkesi kapsamında ihlal oluşturmaması için aradığı somut koşullardan hareket ederek değerlendirmesini yapmaktadır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin gizli tanık beyanlarını değerlendirirken aşağıdaki ölçütler çerçevesinde inceleme yaptığını ifade edebiliriz:

1- Gizli tanık dinlenmesini gerekli kılacak nedenler somut verilere dayalı olarak gerekçelendirilecek

2- Gizli tanığın ifadesi usulüne uygun olarak ilk derece mahkemesince dinlenecek, bu kapsamda gizli tanık mahkemeye dava konusu olayları hangi sebep ve vesile ile öğrendiğini açıklayacak

3- Tanığın menfaatleri ile sanığın menfaatleri yargı makamları tarafından uygulanacak usullerle yeterince dengelenecek; savunma haklarına getirilen kısıtlama asgari düzeyde tutulacak ve tanığın güvenliği için gerekli olacak, yüzyüzelik olmasa bile tanığa soru sorma imkânı sağlanacak

4- Hüküm tek başına veya büyük ölçüde gizli tanık ifadesine dayanmayacak.

Bu koşulların yargı makamları tarafından sağlanması halinde, gizli tanığın verdiği ifadelerin hükümde kullanılması adil yargılanma ilkesi kapsamında Anayasanın 36.maddesi bakımından bir ihlal oluşturmayacaktır.

### Sonuç

Yukarıdaki açıklamaların neticesinde, mevzuatımızdaki düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi ve AİHM ölçütleri esas alınarak uygulanması halinde gizli tanık beyanlarının ceza mahkûmiyet hükmünde kullanılması bakımından sıkıntılarının çıkmasının önüne geçilebileceğini ifade edebiliriz. Sahip olduğumuz düzenlemeler, getiriliş amacına uygun kullanıldıkları takdirde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında faydalı olacak ve adil yargılanma hakkı kapsamında sorunların çıkmasını engelleyecektir. Her zaman ifade ettiğimiz üzere, ceza muhakemesi orantılılık üzerine kuruludur. Gizli tanık ifadelerinin kullanılması ihtiyaç olması ve makul gerekçelerle desteklenmesi halinde mümkündür. Bu kapsamda gerçekleştirilen işlemlerde kullanılacak yöntemler, sanığın menfaatlerini gerektiğinden fazla kısıtlamamalıdır, tanığın veya yakınlarının güvenliklerini de tehlikeye atmamalıdır. Orantılı ve amaca uygun bir uygulama ile ceza muhakemesinden istenilen sonuçların alınması mümkündür.

### Kaynakça

- Centel Nur, Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015
- Değirmenci Olgun, "Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması", *TBB Dergisi*, sayı 83, 2009 s.73-122
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.cilt 2012
- Gürol Candaş, "Sanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı", *TBB Dergisi* sayı 60, 2005 s.44-53
- Gözübüyük Şeref/ Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10.bası, Ankara 2013
- Karakehya Hakan, "Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuku Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, yıl 2013 cilt 19, sayı 2, s.715-734
- Hakan Karakuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye, İstanbul 2001
- Mahmutoğlu F. S., "Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45. maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekinme Hakkını

- Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan* 2013 c.19, sayı 2, s.191-210
- Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.bası, Ankara 2015
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge, Kırıt Yasemin, Özyaydın Özdem, Akcan Esra, Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.bası, Ankara 2015
- Pınarcı Mustafa, Çevik Kürşat, “Tanık Koruma Mevzuatı ve Uygulamalarının Suç Soruşturması Bakımından Değerlendirilmesi”, *EÜHFD*, C. XVIII, S. 1-2 (2014), s.99-125
- Şahin Cumhuriyet, Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 4. Bası, Ankara 2015
- Şen Ersan, Yurttaş Yasemin, “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokator”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2008, sayı 6. , s.21-50
- Tanyar Ziya Çağa, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Gizli Tanıklık ve Adil Yargılanma Hakkı”, *Legal Hukuk Dergisi (LHD)*, Cilt 10, Sayı 114, 2012
- Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/Sancaktar Oğuz/Önok R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011
- Turhan Faruk, “Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi”; 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yararılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.383-408
- Uğur Hüsametdin, “Suçların İhbarı ve İhbarcılarının Korunması”, *TBB Dergisi* 2013(108), s.383-406
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku 2.cilt, Ankara 2013
- Yaşar Yusuf, “Ceza Muhakemesinde Gizli Tanıklık”, e-akademi *Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi* Ekim 2013 , sayı 133, s.1-42;  
<http://www.e-akademi.org/makaleler/cezamuh.pdf> ; erişim tarihi 21.01.2016
- Yeni Dünya Caner, “Ceza Yargılamasında Gizli Tanık”, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 4 Aralık 2009, Ankara
- Yenisey Feridun, “Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık”, *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan*, 2010/1, c.1, s.397-420
- Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.bası, Ankara 2015
- Yücel Mustafa T., “Ceza Adaletinde Sapmalar”, *TBB Dergisi*, 2013 (105), s.11-34



# FRANSIZ İDARE HUKUKUNDA YAPILAN REFORM BAĞLAMINDA ZİMNİ KABUL MÜESSESESİ

## THE INSTITUTION OF IMPLICIT ACCEPTANCE IN THE CONTEXT OF THE REFORM IN FRENCH ADMINISTRATIVE LAW

Mustafa Emre ŞAHİN\*

**Özet:** İdare hukukunun yerleşik ilkelerinden olan zımnî ret müessesesi, idarenin yapılan başvuru karşısında belli bir süre sessiz kalmasının başvurunun reddi sayılacağını ifade eder. İdare-birey ilişkilerinde birey hak ve özgürlükleri lehine yaşanan dönüşümün bir sonucu olarak zaman içinde yumuşatılan zımnî ret kuralı, Fransız idare hukukunda 2013 tarihli bir yasal düzenleme ile zımnî kabul kuralına dönüştürülmüştür. İdareyi çok kısa bir sürede hızlıca ve açıkça karar almaya sevk eden zımnî kabul mekanizması, idarenin keyfiliğini önleyici ve bireyin idare karşısında sahip olduğu hakları koruyucu bir işleve sahiptir.

Zımnî kabul müessesesi, yakın tarihli birkaç çalışma dışında Türk idare hukuku öğretisinde yeterince tartışılmamıştır. Fransız idare hukukundaki mevzuat değişikliği ve Avrupa Birliği hukukunda bu değişikliğe paralel olan eğilim, meselenin Türk idare hukuku bakımından da ele alınması gerekliliğini ortaya koymuştur. Bu çalışmada, zımnî kabul müessesesi Fransız idare hukukundaki reform perspektifinde incelenmiş ve Türk idare hukukuna olası etkileri mukayeseli hukuk ışığında değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Zımnî Ret, İdarenin Sükûtu, Zımnî Kabul, İdare-Birey İlişkileri, İdari Başvuru

**Abstract:** As a well-established principle of administrative law, the principle of implicit rejection implies that the silence of the administration regarding a request is considered, upon expiry of a certain period of time, as an implied rejection. By a legislative amendment in French administrative law in 2013, the principle of implicit rejection, which has already been attenuated over time as a result of the transformation in relations between the administration and the individual in favor of individual rights and freedoms, was replaced by the principle of implicit acceptance. By impelling the administration to render a decision quickly and explicitly in a very short period of time, the implicit acceptance mechanism has the function of preventing administrative arbitrariness and protecting the rights of individuals against the administration.

\* Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi m\_emre\_sahin@hotmail.com

Except several recent studies, the implicit acceptance principle has not been studied in depth in the doctrine of the Turkish administrative law. The French legislative amendment and a parallel tendency of the European Union Law have brought up the necessity to treat the issue under the Turkish administrative law. In this study, the principle of implicit acceptance is studied from the perspective of the reform in French administrative law and its potential influences on Turkish administrative law are examined in the light of comparative law.

**Keywords:** Implicit Rejection, Silence of The Administration, Implicit Acceptance, Administration-Individual Relations, Administrative Application

*“ İnsanı yaşat ki devlet yaşasın!”<sup>1</sup>*

Şeyh Edebali

## GİRİŞ

Toplumun birer üyesi olan bireyler, tarih boyunca idare ile yakın ilişkiler içinde olmuşlardır. Gerek mülk devlet anlayışının egemen olduğu ortaçağda gerekse polis devleti kavramının ortaya çıktığı 17. ve 18. yüzyılda, idare-birey ilişkilerinde idarenin mutlak bir üstünlüğü söz konusuydu. Bu dönemde, hukukla bağlı olmayan idare, kişilerin hak ve özgürlüklerine alabildiğine müdahale edebiliyor ve istediği tedbiri alabiliyordu.<sup>2</sup>Hukuk devleti ilkesinin ortaya çıkışı ve gelişimi ile idare ve bireyler arasındaki ilişkilerde esaslı bir dönüşüm meydana gelmiş, bireyler hukuk düzeninin kendilerine tanıdığı haklar ile idare karşısındaki konumlarını güçlendirmişlerdir.

İdare ve vatandaşlar arasındaki ilişkilerde bireyi merkeze alan bu anlayış, günümüzde bireyin idareye karşı sahip olduğu hakların korunmasını ve daha da iyileştirilmesini amaçlamaktadır. Bu bağlamda, Fransız idare hukukunda 2013 yılında *“devrim”*<sup>3</sup> olarak nitelendirilen

<sup>1</sup> Şeyh Edebali'nin Osman Gazi'ye verdiği nasihatlerden biridir. Tam metin için bkz. [http://www.tariharastirmalari.com/seyhedejali\\_nasihat.html](http://www.tariharastirmalari.com/seyhedejali_nasihat.html)

<sup>2</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s.37.

<sup>3</sup> Söz konusu reform, bizzat Fransa Devlet Başkanı François Hollande tarafından devrim olarak lanse edilmiştir. Bkz. <http://www.elysee.fr/declarations/article/intervention-liminaire-du-president-de-la-republique-lors-de-la-conference-de-presse/> . Ayrıca, kanun tasarısı raportörü de değişikliği devrim olarak nitelendirmiştir. Bkz. Rapp. n° 1342, déposé le 10 sept. 2013.

bir reform yapılmıştır. 12 Kasım 2013 tarihli bir yasa<sup>4</sup> ile Fransız idare hukukunun köklü prensiplerinden olan zımni ret müessesesi genel kural olmaktan çıkarılmış ve yerini zımni kabul kuralına bırakmıştır. Yakın zamanda meydana gelen bu değişiklik, Fransız idare hukukunda idare ve birey arası ilişkilerde kökleri 19. yüzyıla uzanan uzun soluklu bir dönüşüm hareketinin son basamağı olarak öne çıkmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, Fransız idare hukukunda kabul edilen zımni kabul reformunu incelemek ve bu değişikliği mukayeseli hukuk ışığında Türk idare hukuku açısından değerlendirmektir. Öncelikle genel olarak zımni ret kavramı üzerinde durulacak, daha sonra zımni reddin Fransız idare hukukundaki yerinden bahsedilecektir. Ardından, Fransız idare hukukunda yapılan zımni kabul reformu detayları ile ele alınacak, reformun olumlu yönlerine ve reforma yöneltilen eleştirilere yer verilecektir. Son olarak, zımni kabul müessesesi mukayeseli hukuk ve Türk idare hukuku açısından irdelenecektir.

## I. Zımni Ret Kavramı

Vatandaşlar idareye başvurduklarında idarenin bu başvuruları kural olarak cevaplaması gerekir. Ancak bazen iş yükü, ihmalkârlık veya unutkanlık gibi birtakım sebeplerden ötürü idare, başvurular karşısında sessiz kalabilmektedir. Bunun sonucunda, idareye başvuran kişiler taleplerine ya çok geç cevap alabilmekte ya hiç cevap alamamaktadırlar. Bu noktada, idarenin sükûtunu hukuki olarak ne şekilde yorumlamak gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. İşte zımni ret müessesesi, idarenin kendisine yapılan bir başvuru karşısında sessiz kalmasına nasıl bir irade atfetmek gerektiği sorusunun cevabı olarak ortaya çıkmıştır.

Kuşkusuz, idarenin hareketsizliğine bir sonuç bağlamak gerekmektedir. Bu gerekliliğin altında yatan temel neden, idarenin sessiz kalarak yargı denetiminden kaçmasına engel olmak<sup>5</sup> ve idare edilen-

<sup>4</sup> 12 Kasım 2013 tarih ve 2013-1005 sayılı İdare ve Vatandaşlar Arasındaki İlişkilerin Sadeleştirilmesi İçin Hükümete Yetki Veren Yasa ile 12 Nisan 2000 tarih ve 2000-321 sayılı Vatandaşların İdare İle Olan İlişkilerinde Sahip Olduğu Haklara İlişkin Yasanın 20, 21 ve 22. Maddelerinde yapılan değişiklik. Bkz. [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=1D850B0E84C5BBA5F086F3E984EC CABF.tpdjo05v\\_3?cidTexte=JORFTEXT000000215117&dateTexte=20140103](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=1D850B0E84C5BBA5F086F3E984EC CABF.tpdjo05v_3?cidTexte=JORFTEXT000000215117&dateTexte=20140103)

<sup>5</sup> Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s.293; Günday,

lere idarenin hareketsizliğine karşı bir hukuki başvuru imkânı tanımaktır.<sup>6</sup> Bilindiği gibi, idari yargıda dava açabilmenin bir koşulu da ortada bir idari işlem veya kararın var olmasıdır. Buna karşılık, idarenin başvuru hakkında sessiz kalması halinde, ortada bir idari işlem veya karar bulunmadığı için idari yargıya gidilemeyecektir. O halde, başvuruda bulunan kişileri mağdur etmemek ve idarenin keyfilığının önüne geçebilmek için, idarenin susmasının zımni bir idari karar oluşturacağı kabul edilmiştir.<sup>7</sup>

Kural olarak, idarenin kendisine yapılan başvuruyu cevaplama-ması halinde o başvuruyu zımnen reddettiği kabul edilir ve zımni ret kararının olduğu varsayılır.<sup>8</sup> Diğer bir ifadeyle, başvuru üzerine belli bir süre idarenin sessiz kalması zımni ret kararı doğurmaktadır ve böylelikle ilgililer, bir idari işlem olan zımni ret kararı aleyhine idari yargıda dava açma hakkına sahip olmaktadırlar. Belirtelim ki, Fransız ve Türk hukukunda, idareye yapılan talepler bakımından eskiden beri kural olarak zımni ret müessesesi uygulanmaktadır.

## II. Zımni Reddin Fransız İdare Hukukundaki Yeri

### A. Genel Kural Olarak Zımni Ret

Zımni ret kurumu, Fransız pozitif hukukunda ilk defa 2 Kasım 1864 tarihli bir kararname<sup>9</sup> ile öngörülmüştür. Söz konusu kararnamenin 7. maddesi, bakanlıklara bağlı birimlerin yaptıkları idari işlemlere karşı bakanlıklara yapılacak idari başvurulara dört ay içinde cevap verilmemesi halinde başvurunun zımnen reddedilmiş sayılacağını ve ilgililerin bu zımni ret kararına karşı Conseil d'Etat'da (Fransız Danıştay) idari dava açabileceklerini düzenliyordu.

Zımni ret kuralının uygulama alanı, daha sonra yürürlüğe gi-

s. 131.

<sup>6</sup> Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.398.

<sup>7</sup> Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No. 51, Ankara 1990, s. 31.

<sup>8</sup> Türk idare hukukunda zımni ret kuralı olmakla birlikte, zımni kabulün öngörüldüğü istisnai haller de mevcuttur. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 30. maddesi bu husustaki örneklerden biridir. Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz. s.21.

<sup>9</sup> Décret du 2 novembre 1864.

ren kanun ve diğer düzenleyici işlemler ile genişletilmiştir. 17 Temmuz 1900 tarihli Kanun'un<sup>10</sup> 3. maddesi, zımni ret kuralının Conseil d'Etat'nın görev alanına giren tüm idari kararlar bakımından uygulanacağı, 30 Eylül 1953 tarihli kararname<sup>11</sup> ise, zımni reddin idare mahkemelerine yapılacak bütün başvurularda uygulanacağı hükmünü getirmiştir. 11 Ocak 1965 tarihli diğer bir kararname<sup>12</sup> ise zımni ret kuralının uygulanma sahasını epey genişletmiş ve tüm idari makamlara yapılacak başvurular bakımından zımni ret kuralının geçerli olacağını öngörmüştür.

Tüm bu düzenlemelerden çıkan sonuca göre, bir idari makamın kendisine yapılan başvuru hakkında dört ay içinde cevap vermemesi halinde başvuru reddedilmiş sayılıyordu. Dört aylık süre genel zımni ret süresiydi ve yargı içtihatlarında kanunlarla aksi öngörülmedikçe bu sürenin esas alınacağı belirtiliyordu.<sup>13</sup>

Zımni ret müessesesi, Fransa'da mahkeme kararlarına da konu olmuştur. Fransız Anayasa Konseyi 26 Haziran 1969<sup>14</sup> ve 18 Ocak 1995<sup>15</sup> tarihli kararlarında, zımni ret kuralının hukukun genel ilkelerinden biri olduğuna ve anayasal ilkeleri ihlal etmemek şartıyla, bu ilkeye sadece kanunla istisna öngörülebileceğine hükmetmiştir. Fransız Danıştay ise, belli bir süre Anayasa Konseyi'nin zıddı yönde bir içtihat geliştirmesine rağmen, daha sonra Anayasa Konseyi ile aynı hukuki görüşü paylaşmıştır. 27 Şubat 1970 tarihli kararında<sup>16</sup> zımni reddin hukukun genel ilkelerinden olmadığına ve düzenleyici işlemler<sup>17</sup> öngörül-

<sup>10</sup> Loi du 17 juillet 1900.

<sup>11</sup> Décret n°53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif (30 Eylül 1953 tarih ve 53-934 sayılı İdari Yargılama Reformu Hakkında Kararname).

<sup>12</sup> Décret n°65-29 du 11 janvier 1965 relatif aux délais de recours contentieux en matière administrative (11 Ocak 1965 tarih ve 65-29 sayılı İdari Yargıda Başvuru Sürelerine İlişkin Kararname).

<sup>13</sup> Jean-Marie Pontier, "La simplification des relations entre l'administration et les citoyens", La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n° 50, 9 Décembre 2013, p. 2360.

<sup>14</sup> CC, 26 juin 1969, n° 69-55 L, Protection des sites, Rec. Cons. const. 1969, p. 27.

<sup>15</sup> CC, 18 janvier 1995, n° 94-352 DC, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité (Güvenliğe İlişkin Programlama ve Yönlendirme Yasası).

<sup>16</sup> CE, Ass., 27 février 1970, Commune de Bozas, req. n° 76380, Rec. CE, p. 139.

<sup>17</sup> Décret n°65-29 du 11 janvier 1965 relatif aux délais de recours contentieux en matière administrative (11 Ocak 1965 tarih ve 65-29 sayılı İdari Yargıda Başvuru Sürelerine İlişkin Kararname).

müş olan bu kurala yine düzenleyici işlem tesis etmek suretiyle istisna getirilebileceğine hükmeden Conseil d'Etat, 14 Şubat 2001 tarihinde vermiş olduğu kararla<sup>18</sup> içtihadını değiştirmiş ve zımnî reddin hukukun genel ilkelerinden biri olduğu sonucuna varmıştır.

2000 yılında çıkarılan bir yasanın<sup>19</sup> 21. maddesi, dört aylık zımnî ret süresini iki aya indirmiştir. Bu maddeye göre, zımnî kabul rejiminin öngörülmediği haller hariç olmak üzere, idarenin iki aydan fazla sessiz kalması halinde, zımnî ret kararı doğmaktadır. Ancak, başvuru usulünün karmaşıklığı ve aciliyetinin gerektirmesi durumunda, Danıştay incelemesinden geçirilen kararnameler ile farklı bir süre öngörülür.

Zımnî ret kurumu ayrıca Fransız İdari Yargılama Usulü Kodu'nun<sup>20</sup> R. 421-2 maddesinde de öngörülmüştür. Bu hükme göre, aksine yasal ve düzenleyici hüküm bulunmadıkça, yetkili idari makama yapılan talep üzerine, bu makamın iki aydan fazla sessiz kalması zımnî ret kararı doğurmaktadır.

Her hukuk kuralının bir istisnası olduğu gibi, zımnî ret kuralı da Fransız idare hukukunda mutlak şekilde uygulanan bir hukuk kuralı değildi. Zımnî reddin temelinde yatan anlayışın bazı alanlarda zamanın ihtiyaçlarını karşılayamaması, vatandaşların idare ile olan ilişkilerinde haklarının korunması ve iyileştirilmesi gibi birtakım sebeplerden ötürü yerindeliği sorgulanmaya başlanan zımnî ret kuralına bazı istisnalar getirilmiştir.

## B. Zımnî Red Kuralının İstisnaları

Belirtildiği gibi, zımnî ret Fransız idare hukukunda mutlak olarak uygulanmamaktaydı. Değişen zaman içinde, gerek idare hukukunda yaşanan dönüşüm sonucu bireyin idare karşısında sahip olduğu hak ve özgürlüklerinin korunması ve iyileştirilmesi düşüncesinden<sup>21</sup>ge-

<sup>18</sup> CE, 14 février 2001, Ministre de l'emploi et de la solidarité, req. n°202830, Rec. CE, p. 793.

<sup>19</sup> 12 Nisan 2000 tarih ve 2000-321 sayılı Vatandaşların İdare İle Olan İlişkilerinde Sahip Olduğu Haklara İlişkin Yasa (La loi DCRA du 12 avril 2000).

<sup>20</sup> Code de justice administrative (Fransız İdari Yargılama Kodu).

<sup>21</sup> Halit Uyanık, "Türk İdare Hukukunda Zımnî Red ve Zımnî Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 72, Sayı 1, 2014, s. 687.

rekse Avrupa Birliği hukukundan kaynaklanan gerekliliklerin<sup>22</sup> sonucu olarak, genel kural olan zımni ret kuralına birtakım istisnalar tanınmaya başlanmıştır.

Hemen belirtelim ki, aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz zımni kabul reformuna ilişkin düzenleme ile Fransız idare hukukunda zımni ret müessesesine ilk defa bir istisna getirilmemektedir. Bu değişiklikten önce de zımni ret kuralının uygulanmadığı haller mevcuttu. Yukarıda bahsi geçen 12 Nisan 2000 tarihli Yasa 22. maddesinde açıkça zımni kabul rejimini düzenlemişti. Söz konusu maddeye göre, Danıştay incelemesinden geçirilen kararnamelerde belirtilen hallerde, idarenin iki aydan fazla sessiz kalması zımni kabul kararı oluşturmaktadır. Ancak, başvuru usulünün karmaşıklığı ve aciliyetinin gerektirmesi durumunda, bu kararnameler ile farklı bir süre öngörülür.

Fransız Millet Meclisi'nin 2013 tarihli bir raporuna<sup>23</sup> göre, 400'den fazla başvuru, 22. maddede öngörülen zımni kabul rejimine tabi tutulmaktaydı. İmar hukuku başta olmak üzere, tarım, vergi, sosyal konular gibi bazı alanlarda zımni ret kuralı uygulanmıyordu. İmar hukuku alanında yapı ruhsatları ve imar izinleri en çok bilinen örneği oluşturmaktadır. Örneğin, idareden inşaat ruhsatı alınmasına yönelik taleplere idare 3 ay içinde cevap vermezse, inşaat ruhsatı verilmiş sayılıyordu.<sup>24</sup> Tarım alanında, zirai işletme açma izni veya araziye tarıma elverişli hale getirme izni; sosyal konularda ise kısmi işsizliğe başvuru izni veya süpermarketlerin açılmasına ve genişletilmesine yönelik talepler de yine zımni kabul rejiminin uygulama alanına girmektedir.

Görüldüğü gibi, 2000 tarihli yasa imar, tarım, vergi ve sosyal konular olmak üzere yaklaşık 400 başvuru prosedürünü zımni onay rejimine tabi tutarak, zımni kabul müessesesinin uygulama alanını giderek genişletmiştir. Her ne kadar, zımni kabul rejiminin uygulan-

<sup>22</sup> Avrupa Birliği'nin 2006/123/CE sayılı ve 12 Aralık 2006 tarihli İç Pazardaki Hizmetlere İlişkin Direktifi, idarenin modernizasyonu ve basitleştirilmesi hakkında hükümler içermektedir. Direktif, üye devletlere ulusal idarelerinin modernleştirilmesi ve işleyişinin geliştirilmesi, onay rejimlerine ilişkin şartların yeniden gözden geçirilmesi gibi bazı yükümlülükler getirmektedir. Bu bağlamda, ulusal mevzuatlarda yer alması öngörülen kurallardan biri de, idareye yapılan başvuruya öngörülen sürede cevap verilmemesi halinde, idarenin bu başvuruya zımni onay vermiş sayılacağı ilkesidir.

<sup>23</sup> Rapp. AN n° 1342, préc., p. 10.

<sup>24</sup> Code de l'urbanisme, art. L. 424-2; istisnalar için art. R.424-2, R. 424-3.



dığı hallerin sayısı son yıllarda giderek artsa da, idareye yapılan başvuruların tamamı dikkate alındığında, bu sayı çok küçük bir yer işgal etmektedir.<sup>25</sup>

Bununla birlikte, idare ve vatandaşlar arasındaki ilişkilerin sadeleştirilmesi yönündeki devlet politikaları kapsamında, zımni kabulün başka alanlarda da uygulanmasına yönelik olarak 16 Mayıs 2013 tarihi<sup>26</sup> bir başlangıç noktası olmuştur. Böylece, 2013 yılına kadar aşama aşama getirilen istisnalar sonucunda uygulama sahası daraltılan zımni ret kuralı tersine çevrilmiştir. Diğer bir deyişle, zaten Fransız idare hukukunda var olan zımni kabul müessesesi genel kural haline getirilmiştir.

### III. Fransız İdare Hukukunda Zımni Kabul Reformu

12 Kasım 2013 tarih ve 2013-1005 sayılı İdare ve Vatandaşlar Arasındaki İlişkilerin Sadeleştirilmesi İçin Hükümete Yetki Veren Yasa ile 12 Nisan 2000 tarih ve 2000-321 sayılı Vatandaşların İdare İle Olan İlişkilerinde Sahip Olduğu Haklara İlişkin Yasa'nın 20, 21 ve 22. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Böylece, Fransız idare hukukunun köklü prensiplerinden olan ve uzun yıllardır uygulana gelen zımni ret müessesesi genel kural olmaktan çıkarılmıştır.

2000 tarihli Yasa'nın 21. maddesinin yeni hali, açıkça zımni kabulü genel kural olarak öngörmüştür: "İdari makamın *başvuru hakkında iki aydan fazla sessiz kalması halinde, başvuru zımnen kabul edilmiş sayılır.*" Artık idare kendisine yapılan taleplere onay vermek istemiyorsa, o talebi açıkça reddetmelidir, aksi halde sürenin geçmesi sonucu zımnen kabul etmek suretiyle talebe geçerlilik kazandırmış olacaktır.

Fransız idare hukukunda gerçekleştirilen bu reformun amaçları şu şekilde sıralanabilir:

- İdarenin sessiz kalması karşısında bireylerin haklarını korumak ve idarenin keyfiliklerinin önüne geçmek<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Rapp. AN n° 1342, préc., p. 10.

<sup>26</sup> Fransa Devlet Başkanı Hollande'ın zımni kabul reformunu "devrim" olarak nitelendirdiği konuşması. Tam metin için bkz. <http://www.elysee.fr/declarations/article/intervention-liminaire-du-president-de-la-republique-lors-de-la-conference-de-presse/>

<sup>27</sup> Kanun tasarısını hazırlayan hükümete göre, zımni ret kararının oluşması başvuru-

- Başvurulara cevap sürelerini kısaltmak suretiyle idarenin karar alma sürecini hızlandırmak ve idarenin yavaş işleminin doğruduğu sonuçları en aza indirmek
- İdareye daha modern ve şeffaf bir işleyiş kazandırarak idare ve kişiler arasındaki ilişkileri güçlendirmek

Zımni kabul reformunun detaylı incelemesine geçmeden önce idarenin sükûtunun hukuki nitelendirmesinde meydana gelen zihniyet değişikliğini ele almakta yarar vardır.

### A. İdarenin Sükûtunun Hukuki Niteliğinin Değişmesi

Yeni düzenleme ile birlikte idarenin susmasına atfedilen hukuki nitelendirmede bir dönüşüm meydana gelmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, zımni ret ile zımni kabul müesseseleri arasında dayandıkları mantık bakımından önemli farklar mevcuttur. Zımni ret açısından birey ile idare arasında uyumsuzluk çıkarılmasına dayalı bir yaklaşım söz konusu iken, zımni kabulün temelinde idareye aktif davranışta bulunma yükümlülüğü getiren bir anlayış vardır.<sup>28</sup> Zikredilen değişiklik ile artık bireye idarenin susması karşısında bir başvuru imkânı tanıyan uyumsuzluk temelli yaklaşımdan, idarenin başvuru karşısında harekete geçmesi üzerine kurulu bir yaklaşıma geçiş söz konusudur. Dolayısıyla, zımni kabul reformu idarenin ve başvuru sahibinin içinde bulunduğu durumda değişiklik yapmış ve idareyi pasif konumdan aktif konuma, başvuru sahibini ise aktif konumdan pasif konuma getirmiştir.

Zımni reddin uygulandığı durumlarda, uyumsuzluk temelli ve savunmacı<sup>29</sup> bir mantık söz konusudur. İdare pasif şekilde davranırsa, yani talebi açıkça reddetmese de kendisine karşı idari yargıda dava açılması tehlikesi dışında hiçbir risk ile karşılaşmamaktadır. Kendisini bu şekilde savunmacı bir pozisyona iten idare, başvuruya süresinde cevap vermemesi herhangi bir sorumluluk doğurmadığından, talepler hakkında bazen detaylı ve gerçek bir inceleme yapmamaktadır.<sup>30</sup> Do-

---

rana bu ret kararının iptali için idari yargıda dava açma hakkı vermekle birlikte, talebinin idare tarafından makul bir sürede gerektiği gibi incelenmesini garanti etmemektedir.

<sup>28</sup> Pierre Delvolvé, "Le silence en droit public", RD publ.,2012, p. 1171.

<sup>29</sup> Bénédicte Delaunay, Pascale Idoux, Sébastien Saunier, "Un an de droit de la procédure administrative", Droit Administratif, n° 6, Juin 2014, p. 7.

<sup>30</sup> Gweltaz Eveillard, "Droit administratif", La Semaine Juridique Edition Générale,

layısıyla, zımnî ret kurumunun varlığı idarenin hareketsiz kalmasını teşvik edici bir role sahiptir. İdarenin sükûtunun olumsuz sonuçları ile karşılaşan ve istediğini elde edemeyen bireye hak arama özgürlüğü çerçevesinde idari yargı mercilerine başvurma imkânı tanınmaktadır. İdari yargıda iptal davası açan davacı, mahkemenin vereceği iptal kararının kesinleşmesi sonucu isteğini elde etmiş olmaktadır. Kısacası, bu ihtimalde idare pasif, başvuran ise aktif bir konumda bulunmaktadır.

Zımnî kabulün uygulandığı hallerde ise, idare aktif davranma yükümlülüğü altındadır. Bu ihtimalde, harekete geçmesi gereken taraf başvuru sahibi değil, idaredir. Yani, başvuran pasif, idare aktif bir konumdadır. Şüphesiz, zımnî kabul kurumu zımnî retten çok daha önemli hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Çünkü sadece belli bir sürenin idareden bir cevap gelmeden geçmesiyle birlikte başvuru sahibinin istemi kabul edilmiş olacaktır. Zımnî kabul kararı, zımnî reddin aksine hak yaratıcı nitelikte bir karar olacaktır ve sadece hukuka aykırılık nedeniyle geri alınabilecektir. İşte bu nedenle, idare hukuka aykırılık veya takdir yetkisinin kullanımı gibi sebeplerle reddetme niyetinde olduğu talepleri çok kısa bir süre içinde incelemek ve açıkça ve gerekçeli olarak reddetmek durumunda kalacaktır.<sup>31</sup> Aksi takdirde, idare bu tür taleplere zımnî onay vermiş olacaktır. Dolayısıyla yeni düzenleme, idareye taleplerin incelenmesinde hem dikkat ve özen yükümlülüğü hem de ivedi davranma yükümlülüğü yüklemektedir.<sup>32</sup> Diğer bir ifadeyle, reform idarenin karar alma sürecinin hızlanmasına ve şeffaflaşmasına yardımcı olacak nitelikte bir işleve sahiptir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, zımnî ret kamu yararını koruma işlevini yerine getirirken, zımnî kabul kişisel yararı koruma amacına yöneliktir.<sup>33</sup> Kanunda veya diğer düzenleyici işlemlerde belirtilen şartları taşımayan hukuka aykırı bir başvuruya zımnî kabul ile geçerlilik

n° 5, 3 Février 2014, doct. 153.

<sup>31</sup> Frédéric Rollin, "La révolution en trompe l'œil de la décision implicite d'acceptation", Dalloz Le billet, 20 novembre 2013, p. 1, (<http://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/la-revolution-en-trompe-loeil-de-la-decision-implicite-dacceptation/h/1be34a6c26a1a5bae1d8168d8a1d8735.html>)

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Muriel Rambour, "« Qui ne dit mot consent » : Quand le silence de l'administration vaut accord", Petites affiches, 20 novembre 2014, n° 232, p. 7.

kazandırılması durumunda, kamu bundan zarar görebilir veya kamu düzeni bozulabilir. Şüphesiz, zımni reddin uygulanacağı haller bakımından hukuka aykırı başvuruların hukuka aykırı sonuçlar doğurmaları mümkün değildir.

## B. Zımni Kabul Reformunun Kapsamı ve İçeriği

Fransız idare hukukunda bundan böyle, idarenin kendisine yapılan bir başvuru karşısında iki aydan fazla hareketsiz kalması kural olarak zımni kabul kararı doğuracak ve idarenin bu şekilde pasif davranması başvuru sahibi lehine birtakım haklar yaratacaktır. Bununla birlikte, zımni kabulün genel kural olarak kabul edilmesi, idarenin başvurulara açık şekilde cevap verme yükümlülüğünden muaf tutulduğu anlamına gelmemektedir.<sup>34</sup> Başka bir ifadeyle, 2000 tarihli Yasa'nın 21. maddesinde yapılan değişiklik, idarenin kendisine yapılan başvurulara en kısa sürede cevap verme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.<sup>35</sup>

Yeni düzenlemenin kapsamının ve içeriğinin incelenmesine geçmeden önce, bir hususa dikkat çekmekte fayda görüyoruz. 2000 tarihli Yasa'nın 21. maddesinin ilk fıkrasında, "*Zımni kabulün uygulanacağı hallerin listesi Başbakanlık ile ilişkili bir internet sitesinde yayınlanır. Liste başvurunun yapılacağı idari makamı ve zımni kabul kararının elde edilmesi için geçmesi gereken süreyi belirtir.*" şeklinde bir hüküm mevcuttur.<sup>36</sup> Kamunun bilgilendirilmesi amacıyla idari makamlar tarafından hazırlanan ve hukuki değeri haiz olmayan bu liste, yeni düzenleme kapsamına giren 1200 tane başvuru prosedürünü örnekleme yoluyla saymaktadır.<sup>37</sup> Ör-

<sup>34</sup> 12 Kasım 2014 tarihli bir sirküler Devletin cevap verme yükümlülüğünden muaf olmadığını belirtmektedir: [www.circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2014/11/cir\\_38912.pdf](http://www.circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2014/11/cir_38912.pdf), p. 2.

<sup>35</sup> Anayasamızın 74. maddesinin 2. fıkrasında, idarenin kendisine yapılan başvurunun sonucunu gecikmeksizin dilekçe sahibine yazılı olarak bildirmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir.

<sup>36</sup> Adı geçen listeyi hazırlayabilmek için Hükümet ayrıntılı bir çalışma yapmıştır ve Fransız idare mevzuatında onay rejimine tabi yaklaşık 3600 başvuru prosedürü tespit etmiştir. Yapılan eleme sonucunda, bu prosedürlerden üçte biri yani yaklaşık 1200 tanesinin zımni kabulün uygulama alanına girdiğine karar verilmiştir. Söz konusu liste için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Silence-vaut-accord-SVA>

<sup>37</sup> Fransız Senatosu'nda değişikliğe ilişkin kanun tasarısı görüşmeleri esnasında Hükümet tarafından adı geçen listenin bilgilendirme amacıyla hazırlanacağı ve

neğin, üniversite birinci sınıfa yapılan kayıtlar, meslek kuruluşlarının listelerine yapılan kayıtlar, spor derneklerinin aldığı izinler vb.

Her ne kadar 21. maddenin ilk fıkrasından zımni kabulün genel kural olarak öngörüldüğü izlenimi edinilse de, maddenin devamında söz konusu listenin yayınlanmasının öngörülmesi, zımni kabul kuralının aslında sistematik olarak genel bir uygulama alanına sahip olup olmadığı hakkında soru işaretleri oluşturmaktadır. Kanun koyucu tarafından neden bir liste yayınlanmasının öngörülüp o listede sayılan durumların zımni kabule tabi tutulduğu merak konusudur.<sup>38</sup> Diğer bir deyişle, mademki zımni kabul kurumu zımni reddin yerini alarak artık Fransız idare hukukunda bir genel kaide haline gelmiştir, o halde neden bu genel kaidenin kapsamına giren haller bir liste halinde sayılmaktadır? Kural kapsamına giren hallerin değil de, kural kapsamı dışında kalan istisnaların sayılması, genel kural koyma metodu açısından daha uygun değil midir? Bu hususta, söz konusu kanun maddesi kendi içinde çelişir görünmektedir. Sonuç olarak, birisi zımni kabul kapsamına giren halleri sayan bir liste ve diğeri kanun ve yönetmeliklerle öngörülen istisnaları içeren bir liste olmak üzere iki listenin varlığının, vatandaşlar açısından durumu basitleştirmekten çok karmaşıktırdığı söylenebilir.<sup>39</sup>

Fransız idare hukukunda 2013 tarihli Yasa ile kabul edilen zımni kabul reformunun çeşitli açılardan incelenmesi mümkündür.

## 1. Talep

Öncelikle, zımni kabul kararı doğabilmesi için idareye yöneltilmiş bir talep olmalıdır. Ayrıca talep, yetkili idari makama yöneltilmelidir.<sup>40</sup> 2000 tarihli yasanın 20. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, *“Yetkisiz makama başvurulması halinde, yetkisiz makam dosyayı yetkili idari makama*

zımni kabul kapsamına giren durumları içereceği belirtilmiştir. Bkz. Débats parlementaires, Sénat, séance 13 juill. 2013.

<sup>38</sup> Damien Dutrieux, “« Silence vaut accord » : une simplification particulièrement complexe », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 48, 28 Novembre 2014, p. 1342.

<sup>39</sup> Vincent de Briant, “Le silence éloquent de l’administration”, AJCT 2015, p. 68.

<sup>40</sup> René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, Paris, 2001, 15<sup>e</sup> édition, p. 509 ; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, SeçkinYayıncılık, 2014, s. 397.

*gönderir ve başvuru sahibini bilgilendirir.*"<sup>41</sup> Yetkisiz makamın dosyayı yetkili makama göndermesi için kanunda bir süre öngörülmemiştir, ancak yetkili olmayan makam bunu mümkün olan en kısa zamanda yapmalıdır.

İkinci olarak, talep tam ve eksiksiz olmalıdır.<sup>42</sup> Yani, talep kanunda veya diğer düzenleyici işlemlerde belirtilen şartları taşımalıdır. Yetkili idari makam, başvurunun gereken şartları taşıyıp taşımadığını inceleyecektir. 2013 tarihli Yasa'nın, 2000 tarihli Yasanın 20. maddesinin 3. fıkrasında yaptığı değişiklik uyarınca, talebin eksik olması, yani kanunda ve diğer düzenleyici işlemlerde belirtilen bilgi ve belgeleri içermemesi halinde, bu durum başvurana bildirilir ve zımni kabul süresi eksik bilgi ve belgelerin idareye ulaşmasından itibaren işlemeye başlar.

Zımni kabul kuralı idare tarafından bir karar alınmasını gerektirecek talepler için geçerlidir. Bir karar alınmasına yönelik olmayan, örneğin idareden belli konularda açıklama isteme veya bilgi edinme amaçlı başvurular zımni kabul kapsamında değildir.<sup>43</sup> Kaldı ki, idarenin bu tür başvurular üzerine vereceği cevaplar zaten icrai niteliği haiz değildir.<sup>44</sup>

Başvuru sahibi idareye başvurduğunu nasıl ispatlayacaktır? 2000 tarihli Yasa'nın 20. maddesinin son fıkrası, idarenin başvurana bir alındı belgesi vermekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Alındı belgesinin verilmesi, ilgilinin yapmış olduğu başvurunun idareye ulaşıp ulaşmadığını öğrenmesi ve başvurunun yapıldığının ispatlanması bakımından ayrı bir öneme sahiptir. İdare alındı belgesinde talebin kendisine ulaştığı tarihi ve yazılı ve açık bir cevap verilmemesi halinde talebin zımnen kabul edilmiş sayılacağı tarihi belirtmelidir. Alındı belgesinin verilmemesi veya içermesi gereken unsurları içermemesi halinde, karara karşı dava açma süresi işlemeye başlamaz ve bu sürenin dolduğu iddiası başvurana karşı ileri sürülemez.

<sup>41</sup> Türk hukukunda da benzer bir hüküm 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun 5. maddesinde öngörülmüştür.

<sup>42</sup> Chapus, p. 509 ; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 397 ; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 449.

<sup>43</sup> Erkut, s. 32.

<sup>44</sup> Günay, s. 131.

## 2. Sürenin başlaması

2000 tarihli Yasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrası, zimni kabul kararının oluşması için geçmesi gereken sürenin, başvurunun başvuru hakkında karar vermeye yetkili idareye ulaşmasından itibaren işlemeye başlayacağını hükme bağlamıştır. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, başvuru için gerekli bilgi ve belgelerde eksiklik olduğu yetkili idari makam tarafından başvurana bildirilirse, süre eksik bilgi ve belgelerin idareye ulaşmasından itibaren işlemeye başlar. Bu noktada dikkat edilmelidir ki, idare zaman kazanmak amacıyla, başvuru dosyası tam olmasına rağmen başvuruda eksiklik olduğundan bahisle dosyanın tamamlatılmasını isteyebilir ve süreyi uzatma gayreti içine girebilir.

## 3. Başvuru yapabilecek kişiler

İdareye yapılacak başvuru, gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından yapılmalıdır. Buna karşılık, kamu hukuku tüzel kişilerinin idareye yapacakları talepler düzenleme kapsamında değildir.

## 4. Başvuru yapılabilecek kurum ve kuruluşlar

2000 tarihli Yasa'nın ilk maddesinde bu kanunun kapsamına giren idari makamlar sayılmıştır: Devlet, mahalli idareler, idari kamu kurumları, sosyal güvenlik kuruluşları ve idari kamu hizmetini yürütmekle görevli diğer kuruluşlar. Zimni kabul müessesesi bu kurum ve kuruluşlara yapılacak talepler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Ancak burada dikkat çeken husus, sınaî ve ticari kamu hizmetini yürütmekle görevli kuruluşların sayılmamış olması ve yasanın kapsamı dışında bırakılmasıdır. Dolayısıyla, bu kuruluşlara yapılacak talepler zimni kabul rejimine tabi değildir.

2013 tarihli Yasa, düzenleme kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşları bakımından farklı yürürlük tarihleri öngörmektedir.<sup>45</sup> İdarenin yasanın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde yapılacak başvuru-

<sup>45</sup> Yeni düzenleme, Devlet idareleri ve idari kamu kurumlarının yetkisine giren başvurular için kanunun Resmi Gazete'de yayımlanma tarihinden bir sene sonra, yani 12 Kasım 2014'te yürürlüğe girmiştir. Mahalli idareler ve mahalli idarelerin kurduğu kamu kurumları ile sosyal güvenlik kuruluşları ve idari kamu hizmetini yürütmekle görevli kuruluşların görev alanına giren talepler için ise yürürlük tarihi iki sene sonrası, yani 12 Kasım 2015 tarihidir.



lara yeterli altyapıyı hazırlaması ve mevzuatta gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi için, yasanın belli bir süre sonra ve aşamalı olarak yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

### 5. Üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi

Zımni kabul kararı verilmesi sonucunu doğuracak başvurular kural olarak ilan edilmezler. Ancak bazı durumlarda başvurunun ilan edilmesi gerekebilir ve bu husus üçüncü kişilerin durumuna göre takdir edilir. 2013 tarihli Yasa, 2000 tarihli Yasa'nın 22. maddesini şu şekilde değiştirmiştir: *"Alınması talep edilen kararın zımninden alınmış sayıldığı ve üçüncü kişilere duyurulması gereken hallerde, eğer açık bir idari karar alınmamışsa, idareye yapılan talep, zımni olarak kabul edileceği tarih belirtilerek idare tarafından ilan olunur."*

Üçüncü kişilerin hukuki durumlarını etkileyebilecek nitelikteki talepler, bu kişilerin haklarını korumak amacıyla, idare tarafından ilan edilmelidir. İlanda ayrıca idarenin sükûtu nedeniyle talebin kabul edilmiş sayılacağı tarih de gösterilir. Belirtelim ki, zımni kabul kararları menfaatleri dolaylı şekilde ihlal edilen üçüncü kişiler tarafından iptal davasına konu edilebilirler.<sup>46</sup>Zımni kabul kararının doğuracağı hukuki etki sonucunda menfaatleri ihlal edilen kişiler idareye karşı iptal davası açabilirler. Bu durumda, üçüncü kişiler bakımından, zımni kabul kararına karşı dava açma süresi ilanın yapılmasından sonra işlemeye başlar.

### 6. Zımni kabul kararının geri alınması

İdarenin gecikmesinden ötürü hukuka aykırı bir başvurunun zımni kabul yoluyla hak yaratmasının<sup>47</sup> önüne geçebilmek için, idareye zımni kabul kararını geri alma imkânı tanınmıştır. 2000 tarihli Yasa'nın 23. maddesine göre, idarenin sükûtu sonucu oluşan zımni kabul kararı hukuka aykırılık nedeniyle ve şu durumlarda idare tarafından geri alınabilir:

- 1) Üçüncü kişilere duyurulmuşsa, idari dava açma süresi içinde.
- 2) Üçüncü kişilere henüz duyurulmamışsa, zımni kararın olduğu tarihten itibaren iki ay içinde.

<sup>46</sup> Erkut, s. 34.

<sup>47</sup> Chapus, p. 508; Gözler, s. 295.

3) Üçüncü kişilere duyurulsun ya da duyurulmasın, idari yargıda dava açılmışsa, dava süresince.

Zımnî kabul kararı, bu süreler dolana kadar başvuru hukuka aykırı olarak yaptığı başvurusu hakkında herhangi bir kazanılmış hak kazandırmamaktadır.<sup>48</sup> İdare, gecikmesi, ihmali veya dikkatsizliğinden ötürü sürenin dolmasıyla geçerlilik kazanan zımnî kabul kararını ikinci defa değerlendirme imkânı elde etmektedir. Böylelikle, sadece sürenin geçmesiyle geçerlilik kazanan hukuka aykırı başvurular, idareye tanınan geri alma mekanizmasıyla hukuk düzeninden geçmişe etkili olarak silinebilmektedir. Örneğin, idarenin süresinde açıkça reddetmediği, dolayısıyla zımnî olarak verilen ve kanuni şartları taşımayan yapı ruhsatlarından geri alınanların sayısı giderek artmaktadır.<sup>49</sup>

Şüphesiz, idarenin her başvuru karşısında sessiz kalmasının zımnî kabul anlamına geleceği şeklinde bir genelleme yapmak mümkün değildir. Zımnî kabul kuralının kanun tarafından öngörölmüş birtakım istisnaları mevcuttur.

### C. Zımnî Kabul Kuralına Getirilen İstisnalar

İlk bakışta, yeni düzenlemenin çok geniş bir uygulama alanına sahip olduğu düşünülebilir ise de, kanunda öngörölen istisnalar gerçek bir reformun varlığının sorgulanmasına neden olmaktadır. Yasanın öngördüğü istisnalar reformun karmaşık ve çetrefilli yönünü ortaya koymaktadır ve düzenlemenin temel amacı olan sadeleştirme fikriyle örtüşür görünmemektedir.

Her ne kadar Yasa'nın 21/I maddesinde zımnî kabul kuralı genel kural olarak öngörölmüş olsa da, bu kuralın idareye yapılan her tür başvuru için uygulanması söz konusu değildir. Bu kurala getirilen istisnalar maddenin devamında açıkça sayılmıştır:

<sup>48</sup> CAA de Bordeaux, 2 février 2015, n° 13BX02034. Karara konu olayda, yaş haddine ulaşması sebebiyle çalışma iznini uzatmak isteyen başvuru, süresi geçtikten sonra uzatma talebinde bulunmuştur. Başvuru tarihinden itibaren 3 aydan fazla bir süre geçtiği ve idareden herhangi bir cevap gelmediği için başvuru lehine zımnî kabul kararı oluşmuştur. Ancak Bordeaux İdari İstinaf Mahkemesi, başvuru süresinde yapılmadığı için başvurunun hukuka aykırı olduğunu ve idarenin geri alma kararının hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir.

<sup>49</sup> Rollin, p. 2.

- 1) Bireysel bir kararın tesis edilmesine yönelik olmayan başvurular-  
da.
- 2) Kanunda veya düzenleyici işlemde öngörülen bir prosedüre tabi olmayan başvurularda veya idari davaya konu olabilecek bir idari işlem hakkındaki itiraz veya şikâyet durumlarında.
- 3) Kararname ile istisna tutulan sosyal güvenlik alanına ilişkin talepler hariç, finansal nitelikteki taleplerde.
- 4) Ayrıntısı Danıştay incelemesinden geçirilecek kararnamede belirtilmek üzere, Fransa'nın uluslararası ve Avrupa Birliği kapsamındaki yükümlülüklerine, milli güvenliğin korunmasına, anayasal değerlerdeki ilkelerin ve özgürlüklerin korunmasına ve kamu düzeninin korunmasına aykırılık teşkil edecek nitelikteki başvurular-  
da.
- 5) İdare ve kamu personeli arasındaki ilişkilere ilişkin başvurularda idarenin iki ay boyunca sessiz kalması başvurunun reddedilmesi sonucunu doğuracaktır.

Görüldüğü gibi, kanunda beş bent halinde sayılan istisnalar kapsamına giren bir talebin varlığı halinde, idarenin iki ay boyunca susması söz konusu talebin reddedilmesi anlamına gelecektir. Denilebilir ki, zımni reddin uygulanmaya devam edeceği bu istisnai haller, idare edilenlerin idareye yapmış oldukları başvuruların büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu istisnalar zımni kabulün uygulanacağı halleri büyük ölçüde sınırlandırmıştır. O kadar ki artık teoride zımni kabulün asıl kural olduğu ileri sürülebilirse de, uygulamada hala istisnai nitelikte olduğu söylenebilir.<sup>50</sup>

Yasa'nın 21. maddesinde sayılan istisnalar<sup>51</sup> bakımından bir sınıflandırma yapmak gerekirse, bazı istisnalar kanun koyucu tarafından direkt olarak belirlenmiştir. Bazıları kanun üstü normlar nedeniyle

<sup>50</sup> Hélène Pauliat, "Le silence gardé par l'administration vaut acceptation : un principe en trompe-l'œil ?", La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n° 38, 16 Septembre 2013, p. 737.

<sup>51</sup> Zımni kabul prensibine getirilen tüm bu istisnaları belirlemek için Başbakanlığın talebi üzerine Conseil d'Etat bir çalışma hazırlamıştır. Bkz. Conseil d'Etat, L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », La documentation française, juin 2014.

öngörülmüş ve ayrıntısı Danıştay incelemesinden geçirilecek kararneler tarafından düzenlenmiştir. Bazıları da idarenin takdirine bırakılmıştır.

## 1. Kanunun doğrudan düzenlediği istisnalar

### a. Bireysel bir kararın tesis edilmesine yönelik olmayan başvurular

Negatif şekilde tanımlanan bu istisna, bireysel bir karar alınması sonucunu doğurmayacak başvurularda idarenin sessiz kalmasının başvurunun zımnen reddi anlamına geleceğini belirtmektedir. Örnek vermek gerekirse, kamulaştırma usulünde alınan kamu yararı kararı<sup>52</sup>, ne bireysel ne de düzenleyici işlem olduğu için, kamu yararı kararı alınmasına yönelik talepler zımni ret kuralına tabidirler. Yine, bir düzenleyici işlemin değiştirilmesi, geri alınması veya kaldırılması talepleri bakımından da, bu talepler sonucunda tesis edilecek karar bireysel bir karar olmadığı için, zımni kabul uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, bireysel bir talep sonucu sırf idarenin gecikmesi nedeniyle genel, kişisel olmayan ve soyut nitelikli düzenleyici işlemler değiştirilemez, kaldırılmaz veya geri alınamaz.

Bu istisnanın mefhum-u muhalifinden çıkan sonuca göre, bireysel bir karar alınması sonucunu doğuracak taleplere ise zımni kabul uygulanacaktır. Bireysel işlemler, muhatapları ismen belirlenmiş ve kişisel haklar yaratmaya elverişli işlemlerdir.<sup>53</sup>Örneğin, üniversite birinci sınıfa kayıt olmak isteyen bir öğrenci, idareden ilgili mevzuatta belirtilen sürede cevap alamazsa, üniversiteye kaydolmuş sayılacaktır. Restoran işletmek isteyen bir kişi, idarenin başvurusuna cevap vermesi durumunda, işletme iznini almış sayılacaktır.

### b. Kanun veya düzenleyici işlemin öngördüğü bir prosedüre tabi olmayan başvurular

Yine olumsuz olarak ifade edilen bu istisna ile kanun koyucunun güttüğü amaç, idareyi fanteziye kaçan<sup>54</sup>, uydurma veya bir başvuru

<sup>52</sup> Kamu yararı kararı, bireysel talep üzerine alınsa bile bireysel nitelikte bir karar olmadığı için yeni düzenlemenin kapsamı dışında kalmaktadır.

<sup>53</sup> Gözler, s.276-277; André de Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudemet, *Traité de Droit administratif*, Tome 1, LGDJ, 13<sup>e</sup> édition, 1994, p. 544.

<sup>54</sup> Didier Ribes, "Le nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation

usulüne bağlı olmaksızın kişilerin kendiliğinden yapmış olduğu taleplere karşı korumaktır. Zımni kabul kararı sadece kanun veya düzenleyici işlemin öngördüğü bir başvuru prosedürü kapsamında uygulanabilir. Diğer bir ifadeyle, idareye yapılacak talep ve talepte bulunurken izlenecek usul, yasa veya düzenleyici hukuk kuralları tarafından öngörülmelidir. Mesela, sıradan bir vatandaşın Paris'teki Champs-Élysées (Şanzelize) Caddesinin isminin değiştirilerek kendi isminin verilmesine yönelik talebi karşısında idarenin susması cadde isminin değiştirilmesi sonucunu doğurmayacaktır, zira bu tür bir talep kanun tarafından öngörülen cadde isimlerinin değiştirilmesi usulüne uyulmadan yapılmıştır.<sup>55</sup>

Kanun veya düzenleyici işlemin öngördüğü usule tabi olmayan başvuru ifadesi ne anlama gelmektedir? Doktrinde, bu kavramın kapsamının net olmadığı ve çerçevesinin mahkeme kararlarıyla şekilleneceğinden söz edilmektedir. Kanunun öngördüğü "prosedür" ifadesi dar yorumlanmamalıdır, buna karşılık bu istisnanın kapsamını aşırı şekilde genişletmemek için, eğitim-öğretim kurumlarının veya cezaevi kurumlarının iç yönetmelikleri gibi geniş anlamda düzenleyici işlemlerin öngördüğü prosedür kapsamındaki talepler istisna dışı tutulmalı ve zımni kabul rejimine tabi olmalıdır.<sup>56</sup>

### **c. İdari davaya konu olabilecek bir idari işlem hakkındaki itiraz veya şikâyet başvuruları**

Bu ihtimalde, idari davaya konu olabilecek bir idari işlem veya karar mevcuttur. Zaten tesis edilmiş olan bu idari tasarruf ile ilgili olarak, uyuşmazlık idari yargı mercilerinin önüne götürülmeden önce, isteğe bağlı veya yapılması zorunlu olan idari başvurular ve şikâyetler karşısında idarenin sessiz kalması zımni ret olarak kabul edilmektedir.<sup>57</sup> Örneğin, bireysel idari işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi amacıyla aynı makama başvuru, üst makama başvuru, zorunlu idari ön başvuru gibi hukuki başvuru olanakları bakımından zımni kabul uygulanmayacaktır.

»", AJDA 2014, p. 391.

<sup>55</sup> Rollin, p. 2.

<sup>56</sup> Ribes, p. 391.

<sup>57</sup> CE, 5 février 2015, n° 372148. Conseil d'Etat yakın tarihli bu kararında, aynı makama veya üst makama yapılacak idari başvurular hakkında idarenin 2 ay sessiz kalmasının zımni ret kararı doğuracağına karar vermiştir.

#### **d. Yönetmelikle istisna tutulan sosyal güvenlik alanına ilişkin talepler hariç, finansal nitelikteki talepler**

Bu istisna, konusu parasal nitelikteki talepleri ilgilendirmektedir. Burada amaç, kamu parası ve kamu kaynaklarının korunmasıdır. İdareye borç yükleyen veya alacak doğuran veya daha önceden var olan borç veya alacağın miktarını değiştiren talepler hakkında idarenin hareketsiz kalması, talebin kabul edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Uğranılan zarar için idareden tazminat talep edilmesi, devlet yardımlarından yararlanmaya yönelik başvurular veya idareye olan borcun ödeme süresinin uzatılması talepleri bu istisna kapsamındadır. Vergiden muafiyet veya vergi indirimine yönelik talepler gibi vergi ve gümrük idarelerine yapılacak başvuruların çoğunda bu istisna gereği zımni kabul kuralı uygulanmayacaktır.

#### **e. İdare ve kamu personeli arasındaki ilişkilere ilişkin başvurular**

İdare ve o idarede istihdam edilen kamu görevlileri arasındaki ilişkilere ilişkin başvurular hakkında zımni kabul kuralı uygulanmayacaktır. İdareyle kamu görevi bağı olan bütün çalışanların, idare ile olan ilişkilerini ilgilendiren başvurular zımni ret kuralına tabidir. Örneğin, kamu görevlilerinin başka yere atanmaya veya farklı bir işte görevlendirilmeye ilişkin istemleri, idarenin susması ile geçerlilik kazanmayacaktır. Ancak, kamu sınavlarına giriş başvuruları gibi idarenin işe alma prosedürü çerçevesinde yapılan talepler istisnaya dâhil değildir.

## **2. Kanun üstü normlardan dolayı öngörülen ve ayrıntısı düzenleyici işlemle düzenlenecek istisnalar**

Anayasa ve uluslararası antlaşmalar gibi kanun üstü normlar, bazı hallerde idarenin sükûtinun zımni kabul kararı oluşturmayacağını öngörmüşlerdir. Fransa'nın uluslararası ve Avrupa Birliği kapsamındaki yükümlülüklerine; milli güvenliğin, anayasal değerlerdeki ilkelerin ve özgürlüklerin ve kamu düzeninin korunmasına aykırılık teşkil edecek nitelikte zımni kabul kararı verilemez. Bu gibi hallerde, izin verilecekse idare tarafından açıkça verilmelidir. 2000 tarihli yasa bu istisnai hallerin, Danıştay incelemesinden geçirilecek kararname ile ayrıntılı şekilde düzenleneceğini öngörmektedir.

### a. Anayasal değerdeki ilkeler ve özgürlüklerin korunması

Anayasa'da öngörülen ilkeleri ve özgürlükleri ihlal eden talepler karşısında idarenin susması zımni kabul kararı oluşturmaz. Bu istisnanın kanun tarafından öngörülmesinde Anayasa Konseyi ve Conseil d'Etat'nın kararları önemli rol oynamıştır.

Anayasa Konseyi'nin 1995 tarihli bir kararına<sup>58</sup> göre, anayasal ilke ve özgürlükleri ihlal etmemek şartıyla, kanun koyucu zımni ret kuralına kanunla istisna getirebilir. Başka bir deyişle, Konsey kanun koyucunun zımni ret kuralına istisna getirmesini anayasal ilke ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi şartına bağlamıştır. Konsey karara konu olayda, video kameralı güvenlik sistemlerinin kurulmasına zımni olarak izin veren bir yasal düzenlemeyi iptal etmiştir. Söz konusu sistemlerin kurulmasının anayasal ilkelerden olan seyahat özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği ilkesine karşı ağır bir tehdit oluşturduğundan bahisle, bu sistemlerin kurulmasına yönelik talep karşısında idarenin süresinde cevap vermemesinin zımni kabul kararı oluşturmayacağı; bu sistemlerin ancak kamu idarelerinin açık izin vermesi halinde kurulabileceği yönünde karar vermiştir.

Conseil d'Etat ise 2003 tarihli SIPPAREC kararında<sup>59</sup>, Anayasa Konseyi ile aynı hukuki pozisyonu benimseyerek, anayasal ilke ve özgürlüklere aykırı talepler bakımından zımni kabul kararının oluşmayacağına karar vermiştir. Anayasal değeri haiz bir ilke olan kamu mallarının korunması ilkesini dikkate alan Fransız Danıştay, somut olayda kara yollarının özel kişiler tarafından geçici işgaline ilişkin talepler karşısında idarenin susması halinde, işgal izninin zımnen verilmiş sayılacağını öngören bir düzenleyici işlemi iptal etmiştir.

### b. Kamu düzeninin ve milli güvenliğin korunması

Kamu düzeninin ve milli güvenliğin korunması gereği, zımni kabul müessesesinin taşıdığı birtakım risklerden ötürü bazı alanlarda istisnalar konulmasını zorunlu kılmıştır. Zımni kabul kurumuna getirilen çoğu istisnanın dayanağını kamu düzeni kavramı oluşturmakta-

<sup>58</sup> CC, 18 janvier 1995, n° 94-352 DC, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité (Güvenliğe İlişkin Programlama ve Yönlendirme Yasası).

<sup>59</sup> CE, 21 mars 2003, Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux (SIPPAREC), n° 189191.



dır. Kamu düzenini ve milli güvenliği ihlal edecek nitelikteki talepler karşısında idare tarafından zımnî kabul kararı verilemez. Başka bir ifadeyle, kamu düzeninin ve milli güvenliğin korunması gerekliliği zımnî kabul kuralının uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Örneğin, ateşli silah ruhsatları veya enerji içeceklerinin satışına yönelik izin talepleri gibi klasik idari kolluk rejimi kapsamındaki talepler bu husustaki örnekleri oluşturmaktadır.

### c. Fransa'nın uluslar arası ve Avrupa Birliği'nden doğan yükümlülükleri

Bazı uluslar arası antlaşmalar veya Avrupa Birliği hukuku, zımnî kabul kuralına ilişkin istisnalar öngörebilir. Örneğin, Fransa'nın çevre hukukuna ilişkin uluslararası hukuk ve AB hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal edecek talepler zımnî kabul kararına konu olamaz.<sup>60</sup>

Şüphesiz, idareye yapılacak birçok talep, anayasal değerdeki ilkelere ve özgürlükler, kamu düzeni ve milli güvenlik gibi kavramların kapsamına girebilir. Kanunda sayılan bu kavramların geniş şekilde uygulanmaya müsait kavramlar oldukları göz önüne alındığında, bunların kapsamının ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Kanun koyucu, bu istisnai hallerin ayrıntısının Danıştay incelemesinden geçirecek kararname ile düzenleneceğini öngörerek, idareye geniş bir düzenleme yetkisi vermektedir. Doktrinde, idareye verilen bu geniş yetkinin zımnî kabul kuralının uygulama alanını kayda değer ölçüde daralttığına dikkat çekilmektedir.<sup>61</sup>

Söz konusu istisnai durumlara ilişkin olarak, 1 Kasım 2014 tarihli Resmi Gazete'de zımnî kabul rejimine getirilen istisnaları belirten 42 kararname<sup>62</sup> yayınlanmıştır. Başbakanlık ve bakanlıklar tarafından hazırlanan bu kararname sadece zımnî kabul kuralına değil, aynı zamanda iki aylık genel zımnî kabul süresine ilişkin istisnaları da içermektedir. Yani, bazı kararname zımnî kabul kuralının yerine zımnî ret kuralının uygulanacağını, bazıları ise zımnî kabul kuralı uygulanmakla birlikte bu kararın iki aylık süreden farklı bir sürede

<sup>60</sup> Ribes, p. 393.

<sup>61</sup> Pauliat, p. 738.

<sup>62</sup> Her bakanlığın üçer tane hazırladığı bu kararname, toplam 1686 istisnai hali düzenlemektedir.

oluşacağını düzenlemektedir. İlk duruma örnek olarak, yılanbalığı avlama izni, silah, cephanelik ve diğer savaş materyallerini taşıma izni talep edilmesi hakkında idarenin sessiz kalması talebin zımninden reddi sonucunu doğuracaktır. İkinci duruma ilişkin örnek vermek gerekirse, marka sicilinde yer alan marka sahibinin isim ve adres değişikliği talepleri hakkında zımnî kabul uygulanacak, fakat zımnî kabul kararı 6 ay sonra doğacaktır.

### 3. İdarenin takdirine bırakılmış istisnalar

Yukarıda belirtilen anayasal değerdeki ilkeler ve özgürlükler, kamu düzeni ve milli güvenlik kavramlarının haricinde, kanun koyucu başka birtakım durumlara ilişkin olarak, zımnî kabul kuralına istisna getirilmesini yine idarenin takdirine bırakmıştır. 2000 tarihli Yasa'nın 21/II maddesine göre, Danıştay incelemesinden geçirilecek kararname veya Bakanlar Kurulu kararname ile talebin konusundan veya iyi idare ilkesinden kaynaklanan sebepler nedeniyle zımnî kabul kuralı saf dışı bırakılabilir.

İstisnaların çerçevesini çizme yetkisi yine muğlak ve yoruma açık kavramlarla idareye bırakılmaktadır. Örneğin, iyi idare ilkesinden anlaşılması gereken nedir ve bu ilkenin kapsamına tam olarak hangi haller girmektedir? Doktrinde, bu kavramın esasen birtakım belgelere erişme veya idareden koruma talep etme yönündeki başvuruları kapsadığı belirtilmektedir.<sup>63</sup> Meseleyi örneklerle somutlaştırmak gerekirse, idarede bulunan bir belgeye erişmeye veya devletten koruma talep edilmesine yönelik başvurular sonucunda elde edilen zımnî kabul kararı, gerçekte belge kişiye verilmemişse veya kolluk güçleri koruma sağlamamışsa, yani zımnî kabul kararı fiilen uygulanmamışsa ne işe yarayacaktır? İdarenin sessiz kalması sonucu zımnî kabul kararı doğmuş olsa da idarenin hareketsizliği nedeniyle başvuran somut olarak istediğini elde edemeyecektir. İşte talebin konusuna veya iyi idare ilkesinin kapsamına giren benzer durumlarda, idari yargıda dava edebileceği bir zımnî ret kararının öngörülmesi, vatandaş açısından daha yararlı olacaktır.

Ayrıca, madde 21/II uyarınca, zımnî kabul kuralına süre bakımın-

<sup>63</sup> Ribes, p. 393.

dan istisna getirilmesi de mümkündür. İstisna kapsamına girmeyen hallerde, zımnî kabul kuralı uygulanacak olmasına rağmen, idare düzenleyici bir işlem ile durumun niteliğine göre iki aylık genel süreden farklı bir süre öngörebilir. Özellikle, başvuru usulünün aciliyeti veya karmaşıklığının gerektirmesi halinde, zımnî kabul kuralı uygulanacak olmakla beraber, Danıştay incelemesinden geçirilecek kararname ile iki aylık süre kısalabilir veya uzayabilir.

#### IV. Reformun Olumlu Yönleri ve Reforma Yöneltilen Eleştiriler

##### A. Reformun Olumlu Yönleri

İdari karar alma süreçlerinin daha etkili bir şekilde işlemesi suretiyle bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ihtiyacı, yeni düzenlemenin yapılmasında etkili olmuştur. İdare ile vatandaşlar arasındaki ilişkilerin sadeleştirilmesi ve iyileştirilmesi fikri çerçevesinde gerçekleştirilen bu reformun gerek idare edilenler gerekse idare açısından olumlu etkileri olmuştur.

Reformun, idare edilenler bakımından avantajlı yanları olduğu muhakkaktır. Zımnî kabul reformu ile amaçlanan, idarenin sessiz kalması karşısında, ilgililer lehine hukuki sonuçlar doğması yaptırım altında, idareyi hızlı karar almaya zorlamaktır.<sup>64</sup> Yeni düzenleme, idareyi talep hakkında çabuk bir şekilde ve açıkça karar almaya sevk etmektedir. Yani, süre artık idarenin aleyhine işleyecektir. İdare almak istemediği bir kararı yahut onay vermek istemediği bir izni, çok kısa bir süre içinde yapacağı araştırma ve inceleme sonucunda açıkça reddetmelidir. İdare tarafından verilmesi gereken sarıh ve gerekçeli bir ret kararının yokluğu ve sürenin geçmesi, ilgililer lehine birtakım haklar yaratacak ve zımnî kabul kararı ancak hukuka aykırı bir istem sonucunda tesis edilmişse idare tarafından geri alınabilecektir.

Zımnî kabul kuralı, idareye idare edilenler lehine birtakım yükümlülükler getirmektedir. Talep hakkında dikkat ve özen içinde araştırma ve inceleme yapma yükümlülüğü, başvuru sahibine alındı belgesinin verilmesi, yetkili olmayan idari makama başvuru halinde yetkili idari makamın belirlenmesi ve dosyanın bu makama gönderil-

<sup>64</sup> Erkut, s. 32.

mesi, şartları varsa başvurunun ilan edilerek üçüncü kişilere duyurulması bu yükümlülüklerden bazılarıdır. Şüphesiz, bu düzenlemeler idarenin bireylerin haklarını koruyucu bir işleyişe sahip olması bakımından önem arz etmektedir.

Zımni kabul reformu idarenin yapısına ve işleyişine katkı sağlayacak niteliktedir. Gerçekten de idari karar alma süreçlerinin hızlanması ve kararların açık ve gerekçeli olarak verilmesi gerekliliği sonucunda idare daha modern ve şeffaf bir işleyişe sahip olacaktır. Ayrıca, yeni düzenleme, onay vereceği talepler açısından idarenin iş yükünü azaltacak nitelikte bir düzenlemedir, zira hukuka uygun talepler bakımından eski sistemde daha çok zaman ve emek isteyen sarih ve gerekçeli kabul kararı vermek yerine, yeni sistemde hareketsiz kalarak kabul kararı vermiş olacaktır.<sup>65</sup>

## B. Reforma Yöneltilen Eleştiriler

Reformun olumlu tarafları olduğu gibi, eleştiriye açık yönleri de bulunmaktadır. Doktrinde de belirtildiği üzere, yeni düzenleme içerdiği kusurlar ve karmaşıklıklar nedeniyle reformun temel dayanağı olan idare hukukunda basitleştirme, sadeleştirme amacı ile çelişir görünmektedir.<sup>66</sup>

Zımni kabul kuralına kanunla getirilen istisnalar ve bu istisnaların öngörülme biçimi reformun en çok eleştirilen yönünü oluşturmaktadır. Gerçekten de gerek kanun gerekse kararnamelerle öngörülen istisnalar, Fransız idare hukukunda “*devrim*”<sup>67</sup> olarak nitelendirilen reformun uygulama alanını kayda değer biçimde daraltmıştır. İstisna kapsamına giren haller kural kapsamına giren durumlardan çok daha fazla olduğu için, reformun idare ve vatandaşlar arasındaki ilişkilere olan etkisi çok sınırlı ölçüde olacaktır.

<sup>65</sup> Ribes, p. 390.

<sup>66</sup> S. Braconnier, P. Cassia, P. Gonod, J. Petit, B. Plessix, B. Seiller, “Le silence de l’Administration vaudra acceptation. – Big bang ou trou noir juridique?”, La Semaine Juridique Edition Générale, no. 51, 16 Décembre 2013, p. 1325.

<sup>67</sup> Doktrinde, yeni düzenlemenin bir “devrim” değil, aslında idare hukukunda idare ve birey arasındaki ilişkilerde uzun soluklu dönüşüm hareketinin bir parçası olduğu yönündeki görüşler de mevcuttur. Bkz. Jean-Marie Pontier, p. 2360; Serge Deygas, “Faciliter et simplifier les relations entre l’Administration et le public”, Procédures, n° 1, Janvier 2014, p. 29.

Dahası, söz konusu istisnalar çok dağınık ve karmaşık bir görüntü vermektedir. Gerçekten de, eski sistemin basitliği karşısında, yeni sistem ile öngörülen 42 tane kararname ve 1200 tane başvuru usulünü içeren 113 sayfalık bir liste, zımnı kabul müessesesinin idare edilenlerin durumunu kolaylaştırması ve iyileştirmesi gerekirken tam tersine daha da karmaşıklarıdır. Artık idare edilenler yaptıkları başvuruya zımnı kabul kuralının uygulanıp uygulanmadığını tespit edebilmek için şu soruları soracaklardır:

- Talebim 113 sayfa boyunca sayılan 1200 usulden birisine tabi midir?
- Talebim kanunda veya sayıları 42'yi bulan kararnamelerde öngörülen istisnalar kapsamında mıdır?
- İki aylık süre talebime uygulanacak mıdır? Uygulanmaması halinde talebim hangi süreye tabi olacaktır?

Başvuru sahibi tüm bu sorulara cevap bulup talebinin yeni düzenleme kapsamına girdiğini tespit etse bile, zımnı kabul rejimine tabi durumları içeren liste belirleyici değildir. Çünkü 2014 tarihli bir sirkülerde<sup>68</sup> belirtildiği gibi *“kamunun bilgilendirilmesi amacıyla hazırlanan bu listenin hiçbir hukuki değeri yoktur. Söz konusu prosedürlere uygulanacak mevzuata göre düzenli olarak değiştirilecektir”*. Zımnı kabul kararı oluşturan durumları içeren listenin kapsamının geniş olması, listeyi idare edilenler açısından anlaşılmaz kılabilir. Ayrıca, önce genel bir kuralı öngörüp daha sonra bir liste halinde o kural kapsamına giren halleri tek tek saymak hukuk mantığı ve kanun yapma tekniği ile pek uyumsuzdur.<sup>69</sup> Burada idarenin amacının kural kapsamına giren 1200 prosedürü tek tek saymak suretiyle idare edilenlere yapacakları başvuru bakımından yol göstermek olduğu kanaatindeyiz.

Diğer bir soru işareti de, idarenin bu reformu gereği gibi uygulamaya geçirecek bir altyapıya sahip olup olmadığıdır. Diğer bir deyişle, idare mevcut hizmet birimleriyle vatandaşlardan gelecek tüm taleplere süresinde cevap verme kabiliyetine sahip midir? Meseleye gerçekçi

<sup>68</sup> Circulaire du 12 novembre 2014 relative à l'entrée en vigueur du principe "Silence vaut acceptation" (12 Kasım 2014 tarihli Zımnı Kabul İlkesinin Yürürlüğe Girişine İlişkin Sirküler).

<sup>69</sup> Braconnier, p. 1325.

bir bakış açısıyla yaklaşırsa, başvuruların tamamını cevaplayabilmek için idarenin hem maddi hem de beşeri kapasitesinin yeterli seviyede olması bir zorunluluk olarak öne çıkmaktadır. Örneğin, talepleri inceleyecek idari birimlerin yeniden organize edilmesi, çalışma metot ve yöntemlerinin tekrar düzenlenmesi ve daha verimli hale getirilmesi gerekecektir.<sup>70</sup> Yeterli maddi ve beşeri kapasiteye sahip olmayan idarelerin kendilerine yapılan başvuruları süresinde cevaplayamama ihtimali karşısında, idarenin hukuka aykırı taleplere zımni kabul kurumu vasıtasıyla geçerlilik kazandırma riski vardır. İdare, sadece hukuka aykırı taleplere değil, örneğin aksak ve eksik projelere de bu yolla izin verme riski ile karşı karşıyadır. İdare gecikmesi nedeniyle, normalde onaylamayacağı taleplere izin vermiş olacaktır. Hukuka aykırı şekilde tesis edilen zımni kabul kararları ile üçüncü kişilerin haklarını ihlal eden veya kamuyu zarara uğratan sonuçların ortaya çıkması ihtimal dâhilindedir.

İdare, istisna getirilen durumlara ilişkin taleplere izin verecekse, bu durumların niteliği gereği açık izin vermelidir. Örneğin, hassas bir bölgede yapı ruhsatı almak isteyen bir kişinin talebine onay verilecekse, bu onay zımni olarak değil açık olarak verilmelidir. Çünkü idarenin talebi yeterince inceleme fırsatı bulamadan sürenin dolması nedeniyle yapı ruhsatını zımnem verdiği kabul edersek, eksik olan projenin uygulanması aşamasında telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğabilir ve kamu bundan zarar görebilir. İşte, kısa bir zaman dilimi içinde talebi cevaplaması gereken idare, kamu yararını koruma düşüncesiyle talebi gereği gibi incelemeyen açık ret cevabı verebilir ve bu durum vatandaşların aleyhine olabilir.

Yeni düzenlemeye yöneltilen tüm bu eleştiriler göz önüne alındığında, doktrinde bazı yazarlara göre, sadeleştirme amacıyla yapılan bu değişiklik, "slogana"<sup>71</sup> veya "göz boyayan bir kurala"<sup>72</sup> benzetilmektedir. Basitleştirme ve yalınlaştırmanın esprisi ile pek uyuşmayan ve eski sistemin basitliğinin aksine karmaşık bir yapıya sahip olan bu düzenleme, uygulamada şu an için kanun koyucu tarafından amaçlanan iyi niyetlerin ötesine geçememiş görünmektedir.

<sup>70</sup> Pauliat, p. 737.

<sup>71</sup> Bertrand Seiller, "Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'Administration", RFDA, 2014, p. 44.

<sup>72</sup> Pauliat, p. 737.

## V. Mukayeseli Hukukta Zımnî Kabul

Mukayeseli hukuk açısından zımnî kabul müessesesini daha geniş ve kapsamlı şekilde incelemek mümkün olsa da, bu çalışmanın amacı gereği bu başlık altında sadece belli ülkelerdeki hukuk sistemleri incelenecektir.

Konu bu çerçevede ele alındığında, yabancı hukuk sistemlerinin bazılarında idarenin sessiz kalmasına karşı zımnî ret veya zımnî kabul gibi bir müessesenin hiç öngörülmediği, bazılarında ise Fransız idare hukukunda olduğu gibi zımnî ret kuralından zımnî kabul rejimine doğru bir geçiş olduğu görülmektedir.

Almanya, İngiltere ve İsveç hukuk sistemlerinde, Fransız hukukunun aksine, idarenin sükûtu halinde herhangi bir zımnî kararın oluşmadığı kabul edilmektedir. Bu ülkelerin mevzuatlarında zımnî ret veya zımnî kabul müesseseleri düzenlenmemesine rağmen,<sup>73</sup> idarenin başvurular karşısında hareketsiz kalma ihtimaline karşı ilgililer lehine başka hukuki başvuru imkânları öngörülmüştür. Örneğin, Alman hukukunda idarenin sessiz kalması hiçbir zımnî karar doğurmamaktaydı. Buna karşılık, idareye talepte bulunan kişi yargı mercilerine başvurarak hâkimden idareyi karar tesis etmeye zorlamasını isteyebiliyordu.<sup>74</sup> İsveç hukukunda ise, ilgililer idareye karşı zorlayıcı tedbirler alma yetkisine sahip Ombudsmana başvurmak suretiyle, idareyi karar almaya zorlayabilirler.<sup>75</sup> Ayrıca, idarenin sessiz kalması zarara neden olmuşsa, İsveç Hukuk Şansölyesi idarenin sorumluluğuna hükmedebilmektedir.<sup>76</sup>

Görüldüğü gibi, başka hukuki başvuru olanaklarının varlığı, bu ülkelerde zımnî ret veya zımnî kabul rejimlerinin uygulanması ihtiyacını doğurmamıştır. Ancak, Avrupa Birliği hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin gereği olarak Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılan değişikliğe göre, *"aksi kanunla öngörülmedikçe ve*

<sup>73</sup> Avrupa Birliği'nin 2006 tarihli Direktifinin iç hukuklara aktarılması yükümlülüğü, Almanya, İngiltere ve İsveç gibi üye devletlerin, eskiden kendi hukuk sistemlerinde yer vermedikleri zımnî ret ve zımnî kabul müesseselerini artık mevzuatlarında öngörmeye başlamaları sonucunu doğurmuştur.

<sup>74</sup> Ribes, p. 389.

<sup>75</sup> Pascale Gonod, "Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères", RFDA, 2014, p. 43.

<sup>76</sup> Gonod, p. 44.



*başvurunun kanun tarafından öngörülmesi ve yeteri kadar detaylı olması şartıyla, başvuru üç aylık süre sonunda kabul edilmiş sayılır*".<sup>77</sup> İngiltere ve İsveç'te ise mevzuatta henüz herhangi bir değişiklik yapılmamakla birlikte, bu konudaki tartışmalar devam etmektedir.

İtalya ve Belçika ise Fransız sisteminde olduğu gibi mevzuatlarında zımni ret müessesesine yer vermiştir. Belçika hukukunda, imar hukuku ve ekonomi alanında bazı istisnaları olmasına karşın, ana kural idarenin susmasının istemin reddi sayılmasıdır. İtalyan hukukunda ise, imar hukuku ve telekomünikasyon alanına ilişkin istisnaları olmakla birlikte yakın zamana kadar uygulanmakta olan zımni ret kuralı, 2005 yılında İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle zımni kabul kuralına dönüştürülmüştür.<sup>78</sup> İspanya, Portekiz ve Hollanda da zımni kabul rejimini benimsemiş ülkeler arasındadır. Bu ülkelerde, 2006 tarihli Direktifin etkisiyle çok geniş bir uygulama alanına sahip olan zımni kabul müessesesi ana kural olmakla beraber, bu kurala getirilmiş birtakım istisnalar mevcuttur.<sup>79</sup>

## VI. Türk Hukuku Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Fransız hukukunda eski bir geçmişe sahip olan zımni ret müessesesi, Türk idare hukukunda da uzun yıllardan beri uygulanmaktadır. Yapılan başvuru üzerine idarenin hareketsiz kalmasının zımni ret sayılması, Türk idare hukukunda ilk olarak Danıştay içtihatları<sup>80</sup> tarafından kabul edilmiş, daha sonra çeşitli düzenlemelerde<sup>81</sup> de öngörülmüştür.

Zımni ret müessesesi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) da değişik maddelerde düzenlenmiştir. İYUK'un idari makamların sükûtu başlıklı 10. maddesine göre, "İlgililer, haklarında idari dava veya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari ma-

<sup>77</sup> Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 42-a, bkz. Gonod, p. 44.

<sup>78</sup> Gonod, p. 45.

<sup>79</sup> Gonod, p. 46.

<sup>80</sup> İdarenin başvuru karşısında sessiz kalmasının başvurunun reddi sayılacağı Danıştay tarafından 1937 yılından beri kabul edilmektedir. Dava Daireleri Umumi Heyeti, E: 937/286, K: 937/256, T: 23.11.1937, *Şuray-ı Devlet Kararları Mecmuası*, Sayı 3, s. 56-60. Nakleden Uyanık, s. 673.

<sup>81</sup> 1938 tarihli Devlet Şurası Kanununun 33. maddesi, 1964 tarih ve 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 69. maddesi ve 1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10, 11 ve 13. maddeleri.

kamlara başvurabilirler. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse *istek reddedilmiş sayılır*". Kanunun bir sonraki maddesi ise, " *ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.*" şeklinde bir düzenleme öngörmektedir.

Bu düzenlemelerden çıkan sonuç, kural olarak idari başvurular karşısında idarenin altmış gün boyunca hareketsiz kalması neticesinde talebin zımnen reddedilmesidir. Örneğin, memurların başka yere atanmalarına veya vatandaşların pasaport almalarına ilişkin talepleri, idarenin altmış gün içinde cevap vermemesi durumunda reddedilmiş sayılacaktır. Konu ile ilgili örnekleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, idareye yapılan her başvuru bakımından zımni reddin uygulanacağı söylenemez.

Türk idare hukukunda esas kural olan zımni ret mekanizması, zamanla öngörülen birtakım istisnalar ile az da olsa yumuşatılmaya başlanmıştır. Diğer bir deyişle, Türk idare hukukunun güncel halinde istisnai olarak bazı hallerde idarenin susması talebin kabulü anlamına gelse de, ana kural idarenin sükûtunun istemin reddi sayılmasıdır. Dolayısıyla, zımni kabul hukukumuzda istisnai niteliktedir ve zımni kabul kararı oluşturacak haller mutlaka özel bir düzenleme ile belirlenmek zorundadır.<sup>82</sup> Başka bir ifadeyle, idarenin sükûtuna zımni kabul sonucu bağlanabilmesi için mutlaka açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır.<sup>83</sup>

Türk idare hukukundaki zımni kabul öngörülen tüm halleri burada saymak mümkün olmamasına rağmen, zımni kabule genel olarak imar hukuku alanında ve mahalli idarelere ilişkin düzenlemelerde yer verildiği söylenebilir. Zımni kabul müessesesinin hukukumuzda kanunla öngörüldüğü düzenlemelerden bazıları şunlardır:<sup>84</sup>

- 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 30. maddesine göre, inşaat tamamen bitmişse, ilgili belediyeye veya valiliğe yapılacak kullanım izni

<sup>82</sup> Erkut, s. 33.

<sup>83</sup> Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 396; Günday, s. 131-132; Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 255; Atay, s. 449; Gözler, s. 294.

<sup>84</sup> Gözler, s. 294.

alınmasına yönelik başvurunun belediye veya valilik tarafından en geç 30 gün içinde sonuçlandırılması gerekir. Aksi takdirde, kullanma izni verilmiş sayılır.<sup>85</sup>

- 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 15. maddesi, il genel meclisi tarafından alınan ve valiye gönderilen kararların 7 gün içinde yeniden görüşülmesi vali tarafından istenmemişse, bu kararların kesinleşeceğini kurala bağlamaktadır. Benzer bir hüküm, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesinde de öngörülmüştür.
- 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 15/r uyarınca, başvuru ve başvuru ücretinin ödenmesi sonucu, belediye elektronik haberleşme istasyonlarına yer seçim belgesi vermezse, söz konusu belge verilmiş sayılır.

Görüldüğü gibi kanunda düzenlenen durumlarda,<sup>86</sup> farklı süreler sonunda istem hakkında idareden bir cevap gelmemişse, isteme onay verilmiş olacaktır.

Türk idare hukukunun güncel halinde, zımni ret esas, zımni kabul istisnadır. Ancak, zımni kabul kararı doğuran hallerin Türk hukukunda giderek yaygınlaşmakta olduğu göz ardı edilmemelidir. Zımni kabule olanak tanıyan hallerin öngörülmesinde ve giderek yaygınlaşmasında, bir taraftan idare ve bireyler arasındaki ilişkilerde bireyler lehine yaşanan dönüşümün diğer taraftan Avrupa Birliği'ne uyum sürecinin getirdiği gerekliliklerin etkili olduğu ileri sürülebilir.

İlk olarak, idare ve bireyler arasındaki ilişkilerde idarenin mutlak üstünlüğünden kişi hak ve özgürlüklerinin tanınmasına doğru gerçekleşen dönüşümün idare hukukuna da yansımaları olmuştur. İdarenin yargı denetiminden kaçınmasının önlenmesi, bireyin idare karşısında hak arama özgürlüğünün korunması gibi önemli işlevleri olsa da, idareyi açıkça karar almaktan çekinmeye teşvik etmesi nedeniyle, zımni ret müessesesi bazı alanlarda günümüz idare hukukunun gereklerini tam manasıyla karşılayamamaktadır. Günümüzdeki idare hukuku anlayışına göre, idare ve bireyler arasındaki ilişkilerin

<sup>85</sup> D6D, 07.11.2002, E. 2001/5448, K. 2002/4886.

<sup>86</sup> İmar hukukuna ve mahalli idareler üzerinde merkezi idarenin vesayet denetimine ilişkin düzenlemeler dışında Türk hukukunda, diğer kanunlarda da zımni kabul örneklerine rastlamak mümkündür. Bkz. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun madde 10/3, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu madde 157/6.

sadeleştirilmesi ve pekiştirilmesi, bireye idare karşısında daha çok hak ve özgürlük tanınması ve idarenin daha modern ve şeffaf bir işleyişe kavuşturulması gerekmektedir. İşte bu amaçlara ulaşabilmek adına zımni kabul müessesesi, bireyin haklarını koruyan ve idareyi hızlıca hareket etmeye, açıkça ve gerekçeli olarak karar almaya sevk eden bir hukuki araç olarak ortaya çıkmaktadır.

İkinci olarak, Avrupa Birliği hukukunda zımni kabule doğru ciddi manada bir yöneliş söz konusudur. İdarenin modernizasyonu ve işleyişinin basitleştirilmesine ilişkin hükümler içeren Avrupa Birliği'nin 2006 tarihli Direktifi, idari onay rejimlerine ilişkin olarak, idareye yapılan başvuruya öngörülen sürede cevap verilmemesi halinde, idarenin başvuruya zımni onay vermiş sayılacağını öngörmektedir. Bu düzenlemenin iç hukuklara aktarılması yükümlülüğünün bir gereği olarak, Avrupa Birliği üyesi bazı devletlerin mevzuatında değişikliğe giderek zımni kabul rejimini kabul ettikleri bir gerçektir. Mevzuatında henüz herhangi bir değişiklik yapmayan ülkelerde ise, zımni kabul mekanizması öğretilde tartışılmaktadır. Avrupa Birliği'ne uyum süreci dikkate alındığında Türkiye'nin bu dönüşümün dışında kalamayacağı açıktır.

Zımni kabul müessesesinin Türk idare hukukunda uygulanma imkânı, öğretilde yeterince tartışılmamış bir konu olduğu için, bu hususta beyan edilen görüşler birkaç çalışma ile sınırlıdır. ERKUT'un belirttiği gibi, *"zımni kabul müessesesinin ülkemiz idare hukuku bakımından da büyük yararları olacaktır. Özellikle de, idari karar alma sürecinde, zımni kabul müessesesinin getirilmesi ile, idari prosedür hem kısalmış olacaktır, hem de idareyi açıkça karar almaya zorlayıcı etkisi bakımından "saydam idare" anlayışının yerleşmesine katkısı olacaktır."*<sup>87</sup>

Aynı görüşte olan UYANIK da, *"günümüzde Türk idare hukukunda, zımni kabul müessesesinin idari karar alma süreçlerinin kısaltılması, hak ve özgürlüklerin korunması, hukuk devleti ilkesinin gereklerinin temin edilmesi ve idareyi açıkça karar almaya zorlamasıyla saydam (günüşiğinde) idare anlayışının yaygınlaşmasında büyük katkıları olacağı"*ndan bahsetmektedir.<sup>88</sup>

Bizce de, zımni kabul müessesesinin kabulü Türk idare hukuku

<sup>87</sup> Erkut, s.35.

<sup>88</sup> Uyanık, s. 691.

açısından isabetli olacaktır. Hem Fransa'nın hem de diğer Avrupa devletlerinin uygulamadaki tecrübelerinden faydalanılarak ve aynı zamanda zımni kabulün getirilerinin yanında sakınca doğurabileceği durumlar göz ardı edilmeden bu yönde genel bir düzenleme yapılabilir. Ancak hemen belirtelim ki, böyle bir düzenleme yapılırken, zımni kabul mekanizmasının kamu yararı ve kamu düzeni bakımından doğurabileceği tehlikeler ve olumsuzluklar önceden iyi hesap edilmeli ve bu doğrultuda istisnalar öngörülmelidir. Fakat bu husus, Fransız hukukunda olduğu gibi sistemi daha da karmaşık hale getirecek şekilde değil, mümkün olduğunca karmaşıklığa yer verilmeden yapılmalıdır. Ayrıca, zımni kabulün Türk hukukunda ana kural olarak kabul edilebilmesi için, idarenin başvurulara cevap verebilecek yeterlikte altyapıya sahip olması gerektiği unutulmamalıdır. İdari makamların iş yükü göz önüne alındığında, idare yapılacak başvuruları öngörülen sürede cevaplayabilecek donanımına ve kapasiteye sahip olmalıdır.<sup>89</sup>

Son olarak belirtelim ki, Türk idare hukukunda zımni kabul müessesesinin ana kural olarak zımni reddin yerini alması kısa vadede mümkün görünmemektedir. Gerçekten de zımni kabul müessesesi Türk idare hukuku öğretisinde yeterince tartışılmadan, aceleci şekilde genel bir değişiklik yapmak bizce rasyonel görünmemektedir. Dolayısıyla, konunun avantajları ve olumsuzlukları ile etraflıca tartışılması ve bunun sonucunda genel kural olarak öngörülmesi bile, en azından zımni kabule imkân veren durumların yaygınlaşması Türk idare hukuku açısından olumlu bir gelişme olacaktır.

## SONUÇ

İdare hukukunda, idare kendisine yapılan başvuruya belli bir süre sonunda cevap vermezse, o başvuruyu kural olarak reddettiği kabul edilir. Fransız idare hukukunun genel ilkelerinden olan ve uzun yıllardır uygulanmakta olan zımni ret kuralı, 2013 tarihli bir yasal düzenleme ile genel kural olmaktan çıkarılmıştır ve bundan böyle, idarenin susmasının kural olarak başvurunun kabulü sonucunu doğuracağı

<sup>89</sup> Türkiye'de idari başvurulara ilişkin doğrudan bir istatistiki bir çalışma bizce tespit edilememiştir. Bu nedenle, idareye yapılan başvuruların sayısına ilişkin olarak fikir vermesi bakımından, sadece 2011 yılında ilk derece idare ve vergi mahkemelerinde açılan dosya sayısı toplam 269.408'dir. Ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2011/160.pdf](http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2011/160.pdf)

kararlaştırılmıştır. Bu değişikliğin arka planında, sadece zımnî ret müessesesinin idareye açıkça karar vermekten kaçınma olanağı vermesi gibi sakıncaları değil, aynı zamanda zımnî kabul mekanizmasının modern idare hukukunun gereklerine uygun olarak idareyi kısa bir zaman dilimi içinde açık ve gerekçeli karar almaya sevk etmesi gibi avantajları da bulunmaktadır. Ayrıca yeni düzenleme, idare karşısında birey hak ve özgürlüklerinin korunması ve idarenin daha şeffaf ve daha verimli bir işleyişe sahip olması bakımından da önem arz etmektedir.

Kuşkusuz yeni düzenlemeye göre, idarenin sessiz kalması her isteme onay verilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Zımnî reddin uygulanmaya devam edeceği bazı haller kanun koyucu tarafından belirtilmiş, bazı durumlar ise idarenin takdirine bırakılmıştır. Zımnî kabul kuralına ilişkin istisnaların çokluğu nedeniyle, zımnî kabul ve zımnî ret kurumu birlikte var olmaya devam edeceklerdir. Zımnî kabul kapsamına giren hallerin ve istisnaların kapsamı uygulama tarafından mahkeme kararlarıyla daha somut şekilde ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla yakın zamanda yürürlüğe giren söz konusu düzenlemenin kapsamının daha iyi tespit edilebilmesi için bir süre daha beklemek gerekmektedir.

Fransa'da zımnî kabul reformunun idare ile vatandaşlar arasındaki ilişkilere etkisinin ne yönde olacağı hususunda tereddütler mevcuttur. Bu ilişkileri basitleştirme amacına yönelik değişiklik, kanuni ve düzenleyici hükümlerle öngörülen istisnaların karmaşıklığı sebebiyle amaçtan sapmış bir izlenim vermektedir. Yeni düzenleme ile idare-birey münasebetlerinde bir yakınlaşma hedeflenirken, tam tersine vatandaşlarda idareye karşı bir soğukluk oluşma ihtimali de vardır. Özellikle bazı başvurular üzerine, kamu yararını ve kamu düzenini aşırı korumacı bir tavırla hareket edebilecek olan idarenin vereceği ret kararları, ilgililerin aleyhine bir durum oluşturabilir. Ayrıca, her ne kadar geri alma mekanizması öngörülmüş olsa da, idarenin belli bir süre hareketsiz kalmak suretiyle hukuka aykırı taleplere geçerlilik kazandırma ihtimali, kamu yararı ve kamu düzeni için ciddi bir tehlike teşkil etmektedir.

Sonuç olarak, zımnî kabulün bünyesinde barındırdığı olumsuzluklardan ötürü, Fransız idare hukukunun geleneksel ilkelerinden

olan zımni ret kurumunun yeni düzenleme ile tamamen ortadan kaldırıldığını söylemek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte, giderek yaygınlaşmakta olan zımni kabul kurumunun henüz uygulamada olmasa bile teorik açıdan zımni redde üstünlük sağladığı ileri sürülebilir. Genel olarak Avrupa hukukundaki ve özel olarak Fransız hukukundaki bu eğilim Türk idare hukuku açısından ele alındığında, zımni kabul müessesesi bireylerin idareye karşı sahip oldukları hakların pekiştirilmesini sağlayacak ve idari karar alma süreçlerinin ivme kazanarak kısılmasına ve şeffaflaşmasına katkıda bulunacaktır.

### Kaynakça

- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2014.
- Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2012.
- Braconnier S., Cassia P., Gonod P., Petit J., Plessix B., Seiller B., "Le silence de l'Administration vaudra acceptation. – Big bang ou trou noir juridique?", La Semaine Juridique Edition Générale, no. 51, 16 Décembre 2013.
- Chapus René, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, 15<sup>e</sup> édition, Paris, 2001.
- De Briant Vincent, "Le silence éloquent de l'administration", AJCT, 2015.
- De Laubadère André, Venezia Jean-Claude, Gaudemet Yves, Traité de Droit administratif, Tome 1, LGDJ, 13<sup>e</sup> édition, Paris, 1994.
- Delaunay Bénédicte, Idoux Pascale, Saunier Sébastien, "Un an de droit de la procédure administrative", Droit Administratif, n° 6, Juin 2014.
- Delvolvé Pierre, "Le silence en droit public", RD publ., 2012.
- Deygas Serge, "Faciliter et simplifier les relations entre l'Administration et le public", Procédures, n° 1, Janvier 2014.
- Dutrieux Damien, "« Silence vaut accord » : une simplification particulièrement complexe", La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n° 48, 28 Novembre 2014.
- Erkut Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No. 51, Ankara 1990.
- Eveillard Gweltaz, "Droit administratif", La Semaine Juridique Edition Générale, n° 5, 3 Février 2014.
- Gonod Pascale, "Le sens du silence de l'administration : bref aperçu de quelques solutions étrangères", RFDA, 2014.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 15. Baskı, Bursa 2014.
- Gözübüyük Şeref, Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara 2013.
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Bası, Ankara, 2013.



- Pauliat Hélène, "Le silence gardé par l'administration vaut acceptation : un principe en trompe-l' cil ?", La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n  38, 16 Septembre 2013.
- Pontier Jean-Marie, "La simplification des relations entre l'administration et les citoyens", La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n  50, 9 Décembre 2013.
- Rambour Muriel, "« Qui ne dit mot consent » : Quand le silence de l'administration vaut Accord", Petites affiches, 20 novembre 2014, n  232.
- Ribes Didier, "Le nouveau principe "silence de l'administration vaut acceptation", AJDA, 2014.
- Rollin Frédéric, "La révolution en trompe-l' cil de la décision implicite d'acceptation", Dalloz Le billet, 20 novembre 2013.
- Seiller Bertrand, "Quand les exceptions infirment (heureusement) la règle : le sens du silence de l'Administration", RFDA, 2014.
- Tan Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Uyanık Halit, "Türk İdare Hukukunda Zımnî Ret ve Zımnî Kabul M esseseleri Üzerine Değerlendirmeler", İstanbul  niversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 72, Sayı 1, 2014.

# MERKEZİLEŞMEDEN ZAMAN-MEKÂN SIKIŞMASINA: ÇEVRESEL ETKİ DEĞERLENDİRMESİ YÖNETMELİĞİ

## FROM CENTRALIZATION TOWARDS TIME-SPACE COMPRESSION: ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT DIRECTIVE

M. Kemal KORUCU\*

**Özet:** Türkiye’de herhangi boyutta bir mekân kullanımı gerektiren her iktisadi faaliyet, kurulum ya da genişleme aşamalarında Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) Yönetmeliği’nin gereklerini yerine getirmek zorundadır. Bu anlamda ÇED Yönetmeliği; devlet, sermaye ve sivil toplum arasındaki mekân kullanımı ilişkisini şekillendiren önemli bir hukuki metin olarak ön plana çıkar. Bu çalışmanın temel amacı; ÇED Yönetmeliği’nin ilk yayınlandığı yıl olan 1993 yılından bu yana geçirdiği yapısal dönüşümleri mercek altına almaktır. Bu amaçla, ilk olarak yönetmeliğin mevcut uygulama biçimi ile ilgili genel bilgiler verilmiştir. Bu bilgiler ışığında dikkat çeken bazı sacayakları belirlenmiş ve bu sacayaklarının değişimi tarihsel olarak incelenmiştir. Tüm bulgular bir arada değerlendirildiğinde yönetmeliğin yeni binyıla birlikte ciddi bir kırılma yaşamış olduğu görülmektedir. Çalışmanın değerlendirme bölümü bu kırılmayı öne çıkaran bulguların bir tartışması şeklinde inşa edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Çevresel Etki Değerlendirmesi, Devlet, Mekân, Toplum, Sermaye, Zaman

**Abstract:** Every economical activity which demands of a space usage in any size in Turkey has to fulfill the requirements of Environmental Impact Assessment Directive (EIAD) for the installation or expansion stages of the activity. In this sense, EIAD stands out as an important legal text which constitutes the relations between the state, capital and civil society in terms of the space usage. The main aim of this study is to focus on the structural transformations of the EIAD since 1993, which is the first publication year of the directive. For this purpose, a general information related to the current application format of the directive was given at the first part of the study. In the light of these information, some reference points were determined and the transformations of these points were investigated in a historical frame. According to the findings, it can be easily seen that the directive indicates a huge breakpoint in conjunction with the new millennium. The conclusion section of the study was constituted as a discussion of the results which highlights that breakpoint.

**Keywords:** Society, Environmental Impact Assessment, Investor, Space, State, Time

\* Araştırma Görevlisi Dr., Kocaeli Üniversitesi Çevre Mühendisliği Bölümü

## 1. GİRİŞ

a) İzmit'in en yoğun nüfuslu yerleşim bölgesi olan Yahya Kaptan Mahallesi'nin hemen yanında bulunan tesislerindeki mevcut lastik üretim kapasitesini %20 oranında arttırmak isteyen BRİSA lastik fabrikasının ÇED başvurusu Bakanlık tarafından 04.12.2014 Çarşamba günü "Halkın Katılımı Toplantısı" adımıyla işleme konulmak istendi. Toplantı salonuna giden bölge halkı bir dizi teknik bilgi talebinde bulundu; bu talepler bir rapor halinde sunulmadığı müddetçe bu toplantının yapımına izin vermeyeceğini beyan etti; toplantıyı engelledi. Çevre İl Müdürlüğü ÇED ve Planlama Şube Müdürü başkanlığındaki Bakanlık heyetinden toplantının yapılmadığına dair bir tutanak isteyen yerleşimciler çevik kuvvet müdahalesiyle toplantı salonunda atıldı; 3 vatandaş gözaltına alındı; bakanlık yetkilileri herhangi bir tutanak tutmadan toplantıyı terk etti. Bölge halkının, süreci mahkemeye taşıyabilmek için toplantının yapılmadığına ilişkin bir tutanağa ihtiyacı vardı. Yahya Kaptan mahalle muhtarlığının Kocaeli Çevre İl Müdürlüğü'nden talep ettiği toplantı tutanağının bir nüshası 26.12.2014 tarihli bir yazıyla muhtarlığa gönderildi. Tutanakta, toplantının sorunsuz bir şekilde yapıldığı ve ÇED Raporu için sonraki aşamalara geçilebileceği yazılıyordu.<sup>1</sup> Geçildi de.

<sup>1</sup> İlerleyen günlerde Kocaeli Çevre İl Müdürü'nün yerel basına verdiği bir demeçte 2014 ÇED yönetmeliğiyle birlikte artık genişlemek (kapasite arttırmak) isteyen herhangi bir sanayi tesisinin ÇED raporu sunma zorunluluğunun ortadan kalkmış olduğu belirtiliyordu. İlk bakışta mesnetsiz gibi görünen bu ifadenin, bu yazı için yürüttüğüm araştırma sırasında doğru olduğunu fark ettim. Elimizdeki son yönetmelik olan 2014 yönetmeliği, ÇED raporu gerektiren faaliyetleri; "Ek-1 listesinde bulunan projeler ve/veya Ek-2'de olup ön araştırma sonrasında "ÇED gereklidir" kararı verilen projeler" olarak sunuyor. Ayrıca, "Kapsam dışı değerlendirilen projelere ilişkin kapasite artırımı ve/veya genişletilmesinin planlanması halinde, mevcut proje kapasitesi ve kapasite artışları toplamı ile birlikte projenin yeni kapasitesi EK-1 listesinde belirtilen eşik değer veya üzerinde olan projelere" de ÇED uygulanmak zorundadır diyor. BRİSA fabrikası 1993 yönetmeliğinden önce faaliyete başladığı için 2014 yönetmeliği Geçici Madde-2 gereği "Kapsam Dışı Projeler" arasındadır. Bu durumda BRİSA'nın kapasite artışında, kapsam dışı bir proje olduğu için ÇED raporu gerekecektir. Öte yandan, 2003 ÇED yönetmeliği aracılığıyla tanıştığımız "Olağanüstü Durumlar ve Özel Hükümler" kavramı 2014 yönetmeliğinde de var (Madde-24). Bu durumlardaki projeler için izlenecek süreci Bakanlığın inisiyatifine bırakan bir madde bu. Maddenin -e- bendi şöyle: " Ek-1 listesi veya Ek-2 listesinde olup, eşik değeri olmayan projelerde yapılacak her türlü değişikliği içeren projeler". Ek-1 listesinde bulunan lastik üretim tesisleri için bir eşik değer yok. Demek ki burada konu ettiğimiz değişiklik "olağanüstü" bir durum ve ÇED gerekip gerekmediği hususunda yetki Bakanlıkta. Ve başka bir

b) Dubai Port Properties Liman İşletmeleri tarafından Körfez Yarımca'da yapılan ve bölgenin en büyük limanı olan Dubai Port limanı için, proje sahibi tarafından Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararına yapılan itiraz 26.01.2015 tarihinde Danıştay'ın projeyi ikinci kez durdurma kararı vermesi ile sonuçlandı. Ancak aradan geçen 5 yıllık dava süreci esnasında süren çalışmalar sonucunda proje inşaatı tamamlanmış durumda. Zamanın meleği desteğini esirgemiyor.

c) 12.12.2014 Perşembe günü Çevrimiçi ÇED Süreci Yönetim Sistemi'ne girilen bir proje tanıtım dosyası, 22.12.2014 tarihinde Kocaeli Çevre İl Müdürlüğü resmi sitesinden duyurulan bir kararla, faaliyete geçme açısından uygun bulundu. Karar, söz konusu proje başvurusu için "ÇED Gerekli Değildir" hükmü veriyordu. HUŞ MÜH. ORM. VE SERA ÜR. SAN. TİC. LTD. ŞTİ. tarafından hazırlanan proje tanıtım dosyasına göre, kurulacak olan atık bertaraf tesisinde "ilk etapta Kocaeli ilinin batısında yer alan Gebze, Çayırova, Darıca ve Dilovası ilçelerinde oluşan yaklaşık 600 ton/gün, daha sonrasında ise il genelinde oluşan 1.600 ton/gün belediye atığının bertaraf edilmesi" planlanıyordu. Bu amaçla kullanılması öngörülen alan, 1/25.000 ölçekli nazım imar planına göre orman alanı olarak görünüyordu. Orman ve Su İşleri Bakanlığı'ndan ön izin oluru alınan bu alan 1.518.891 m<sup>2</sup> büyüklükteydi. Proje alanında; yönetim merkezi (idari bina, kantar binası, lastik yıkama ünitesi vb.), yeşil alan ve tesis içi ulaşım yolları, II. ve III. sınıf düzenli depolama sahaları, ön işlem ve kompost üniteleri ve LFG tesisi, tıbbi atık sterilizasyon tesisi, biyogaz tesisi, tehlikeli atık ara depolama sahası, atık getirme merkezi, inşaat ve yıkıntı atıkları geri kazanım tesislerinin yapılması planlanmakta.<sup>2</sup> Şehir kamuoyundan tesis kararına tepkiler yaşıyor.

---

açından, BRİSA fabrikasını Ek-1'de bulunduğu için kapsam içi değerlendirsek, ki bir lastik fabrikası olarak aynı zamanda da öyle, 2014 yönetmeliğiyle birlikte "olağanüstü" durumlara ilave edilen "ÇED Olumlu" veya "ÇED Gerekli Değildir" kararı bulunan projelerde yapılacak kapasite artışı ve/veya genişletilmesi planlanan projeler" ifadesinden ötürü proje sahibinin kapasite artışı için bir ÇED hazırlaması gerekmiyor, ne yapılacağına Bakanlık ya da Taşra Teşkilatı karar verecek. Yukarıda sözünü ettiğimiz toplantı vakası, BRİSA'nın bir önceki yönetmelik esnasında (2013 yönetmeliği) yaptığı başvurunun bir gerekliliği idi. Şimdi ise "biz 2014 yönetmeliğinde kapsam içiyiz, kapasite arttırıyoruz" ya da "Ek-1 de bulunuyoruz ve bir eşik değerimiz yok" gibi farklı yollar tercih edilebilecek ve Bakanlık görüşü ile ÇED sürecinden muaf tutulabileceklerdir.

<sup>2</sup> Bakanlık tarafından yeterli verilmiş ve tanıtım dosyasını hazırlamış olan söz konusu şirket, projenin, ÇED yönetmeliği açısından Ek-2 yani bir "Ön Araştırma sonrasında ÇED raporu gerekip gerekmediğine karar verilecekler" kapsamına

Aynı şehirde yaşanan güncel bu 3 vaka ile birlikte son yönetmelik olan 2014 ÇED Yönetmeliği bir arada değerlendirilecek olursa; Bakanlık yetkililerinin tutanak tutmama konusundaki ısrarı, çevik kuvvet aracılığıyla halka müdahale edilmesi, Bakanlıkça yetkilendirilmiş İl Çevre Müdürlüğü'nün ve yeterlik verilmiş şirketlerin hatalı uygulamaları ve durdurma kararı verilmiş bir inşaatın zamanı kullanarak tamamlanması gibi hususlarda mevcut ÇED Yönetmeliği açısından her hangi bir uygunsuzluk görünmüyor. Bu ve benzeri örnekleri yalnız Kocaeli'nde değil, ülkenin her noktasında ve neredeyse her gün yaşıyoruz. Karar vericilerin önünde bazen büyük bir bariyer gibi duran bu yönetmelik bir biçimde aşıyor. Sonrası malum: tekrar tekrar mahkemelere taşınan projeler, alınan iptal ya da durdurma kararları vs.. Ancak son yıllarda bu iptal ve durdurmaların, gerek doğrudan ÇED Yönetmeliği'nde gerekse de başka bağlantılı yönetmeliklerde belirtilen "zaman aşımı" ve "kazanılmış hak" gibi yollarla aşıldığını da biliyoruz.<sup>3</sup>

---

girdiğini düşünmüş ya da onlara o şekilde telkin edilmiş gibi görünüyor. Zira bir "ÇED Başvuru Dosyası" değil, Ek-2 gereği bir "Proje Tanıtım Dosyası" hazırlamışlar. Oysa 2014 ÇED yönetmeliği EK-1 Madde-11 (aynı şekilde 2013 yönetmeliğinde Ek-1 Madde-13) bu tip tesisler için günlük 100 tonluk üst atık işleme sınırını açıkça belirtmiştir. Bu sınırın üstündeki bir faaliyet mutlaka ÇED raporu yani ÇED Başvuru Dosyası gerektirir. Söz konusu faaliyet türü için yalnızca kapasite artırımını kapsam dışı tutan yönetmelik açısından bu faaliyet doğrudan ÇED başvurusu gerektirmekteydi.

- 3 Bu yazı için çalıştığım tarihlerde basına düşen bir haberi, söz konusu bu "zaman aşımı" ve "kazanılmış hak" gibi hususları daha anlaşılabilir hale getirmek için kullanabiliriz. Mecliste onay bekleyen bir torba yasa içerisindeki '3194 sayılı İmar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmündeki Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı' şunu öngörüyor: "İnşasına başlanmış yapılar da, uygulama imar planında değişiklik yapılması veya planın iptal edilmesi sonucunda plana aykırı hale gelen yapılar için; plan değişikliği veya iptali yapıldığı tarih itibari ile taşıyıcı sistem seviye tespit tutanağı düzenlenir. Tespit edilen bu seviye ruhsat eki proje ve eklerine uygun olmak şartı ile müktesep (kazanılmış) hak sayılır. Yeni uygulama imar plan kararında bu yapılara ilişkin hüküm getirilmemişse, parselin niteliği değişmemiş ise yapı bu seviye itibari ile tamamlanabilir. Ancak umumi hizmet alanı olması halinde her türlü masrafı tazmin edilerek plan kararlarına uyulur". TMMOB Mimarlar Odası İstanbul Şubesinin iddialarına göre bu düzenleme başta Cumhurbaşkanlığı Sarayı olmak üzere 16/9 kuleleri, Ataköy sahil inşaatları ve daha pek çok büyük projeyi kurtarmak için hazırlanmış. Buna benzer pek çok uygulamanın ÇED davaları ile ilgili süreçler için de kullanıldığını biliyoruz ve yukarıda sözünü ettiğimiz Dubai Port konusu da bunlardan biri. 2012 yılında verilen durdurma kararına rağmen tamamlanmış durumda olan Sulukule Kentsel Dönüşüm Projesi de bu duruma bir örnek. Nisan 2015 itibariyle Danıştay 4. Dairesi, 4. İdare Mahkemesi'nin Sulukule avan projesini iptal eden mahkeme

Peki ama karar vericiler, artık zaman zaman açıkça kendi ayaklarına bağ olan böylesi bir yönetmelikten tamamıyla neden kurtulmuyorlar? Bu soruya pek çoklarımızın vereceği cevabı kestirmek çok kolay: İktidarlar, kendi süreklilikleri için ulusal ve tabii ki uluslararası<sup>4</sup> alanda bir rıza oluşturmak durumundadırlar. Öte yandan, ulusal alanda sivil topluma “halkın katılımı toplantısı” ve “mahkemelere başvurma” gibi iki seçenekten başka bir yol bırakmayıp bu yolları da bir biçimde ortadan kaldıran, dolayısıyla kamuoyu rızasını sağlama konusunda bence artık bir formaliteden ibaret olan bu yönetmeliğin varlığı sadece bu gereklilikle açıklanamaz gibi görünüyor. Zira yalnızca bir rıza mekanizması olarak işlev gören hukuksal bir metnin, ilerleyen bölümlerde açıkça göreceğimiz gibi, bu kadar çok sayıda ve hacimli değişikliğe uğraması beklenemez. Üretime dayalı herhangi bir iktisadi faaliyetin, üzerinden mutlaka geçmek zorunda olduğu bu yönetmelik tek başına bir mekân kullanımı hukuku olarak da değerlendirilemez. İlerleyen bölümlerde de dikkat çekeceğimiz üzere zamanın da kullanımına ilişkin bir araç olan bu yönetmelik Türkiye'nin son çeyrek yüzyılında üretime dayalı sermaye hareketliğine yön veren bir sözleşme oldu. Bu

---

kararını kamu yararı yoktur gerekçesi ve oybirliğiyle onadı. Ancak konutlar tamamlandı ve yeni sahipleri taşındı bile. Son olarak, 2013 yılında yürürlüğe giren “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası ile Bazı Yasalarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yasa” isimli torba yasa da bu tip uygulamalara bir örnek teşkil ediyor. Hatırlanacağı üzere, söz konusu torbanın Çevre Kanunu ile ilgili kısmına “23 Haziran 1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınmış olup, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesisler ÇED kapsamı dışındadır” gibi bir değişiklik ilave edilmiş, bu değişiklik pek çok proje için uygulanmış, Anayasa Mahkemesi ise bu maddeyi Temmuz 2014’de iptal etmişti.

<sup>4</sup> Tam bu noktada ÇED Yönetmeliği'nin yalnızca ulusal değil uluslararası bir hukuk alanını da ilgilendirdiğini imlemekte fayda var. Bu anlamda, yürütmeye çalışacağımız tartışmanın kapsamı yalnızca ulusal bir “ceza/iş/özel hukuk” gibi kavramlarla sınırlandırılmayacak kadar geniş. Dolayısıyla tartışmanın dağılmaması için bazı sınırlar belirlemek durumundayız: Bu çalışma ÇED Yönetmeliği'nin tarihsel gelişimi açısından yürütülecek olan bir tartışmaya ilişkin olup yalnızca bu yönetmeliğin metinlerini dikkate alacaktır. İmar Kanunu, Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği, Büyükşehir Belediyesi Kanunu gibi önemli başka mekânsal sözleşmeler ya da diğer başka ulusal-uluslararası sözleşmelerin bu tartışmadaki yeri ve önemine, zorunlu kalmadıkça değinilmeyecektir. Sonuç bölümüne kadar ve aksi belirtilmedikçe, yazıda kullanılan tüm referanslar 1993 yılından bu yana çıkan ÇED yönetmelikleri ve bu yönetmeliklerde yapılan değişikliklerdir. Detayları çalışmanın kaynakça bölümünde sunulan bu yönetmelik ve değişikliklerin tamamına Çevre ve Şehircilik Bakanlığı web sayfasından ulaşmak mümkündür.

anlamıyla, ülke iktisat politikaları için yapılacak değerlendirmelere, bu yönetmeliğin tarihsel seyrinin doğru bir biçimde ortaya koyulması ile elde edilebilecek bulguların da eklenmesi gerekir.

Sözünü ettiğim bu temel motivasyondan hareket eden bu çalışma boyunca izleyeceğimiz yol şu şekilde özetlenebilir: İlk olarak mevcut ÇED Yönetmeliği'nden hareket ederek ÇED sürecinin hâlihazırda nasıl işlediğini anlamaya çalışacağız. 2014 yönetmeliği de dâhil olmak üzere her yeni ÇED Yönetmeliği ve değişikliğini kendi içinde değerlendiren ve tanımlamaya çalışan çalışmalar zaten mevcut. Öte yandan bu yönetmeliğin tüm tarihsel seyri boyunca geçirdiği dönüşümü, tüm bileşenleri ile ele alan yeni çalışmalara da ihtiyaç var. Dolayısıyla ikinci aşamada, ilk aşamadaki tanımlama çabasının temel motivasyonumuz açısından sunacağı önemli sacayaklarını belirleyerek, yönetmeliğin ilk yayınlandığı 1993 yılına geri dönüp o tarihten bu güne kadar geçirdiği süreçteki değişimleri bu sacayakları açısından gözlemlemeye çalışacağız. Ve son aşamada, çalışmanın teknik kısımlarının işaret ettiği önemli bazı hususlardan hareketle, hukukun ÇED Yönetmeliği aracılığı ile bir tahayyülünün olanağına ilişkin kısa bir tartışma yürüteceğiz.

## 2. ÇEVRESEL ETKİ DEĞERLENDİRMESİ (ÇED) KAVRAMI

Türkiye, Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) kavramıyla ilk kez, 1982 anayasasına istinaden hazırlanıp 11.08.1983 tarih ve 18132 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Çevre Kanunu'nun 10. maddesi ile tanıştı.<sup>5</sup> Ardından geçen 10 yıllık süreç sonrasında 07.02.1993 tarih ve 21489 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan ilk ÇED Yönetmeliği ve bu yönetmelikten sonra gelen tüm değişiklik ve yenilemeler ise temelde, sözü edilen bu maddenin doğurduğu bir zorunluluğun sonucuydu. Madde içerisinde geçen «gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler» ifadesi, tarihsel koşullar ve sosyoekonomik ilişkiler olgunlaştığında önemli bir muğlaklığı tanımlamaya başladı. Bu ifadede geçen faaliyetlerin ne olduğu, nasıl belirleneceği, kim tarafından denetleneceği, çevre ve

<sup>5</sup> “Madde 10: Gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler bir Çevresel Etki Değerlendirme Raporu hazırlarlar. Bu raporda çevreye yapılabilecek tüm etkiler göz önünde bulundurularak çevre kirlenmesine sebep olabilecek atık ve atıkların ne şekilde zararsız hale getirilebileceği ve bu hususta alınacak önlemler belirlenir.”



sorun kavramlarının sınırları gibi sorular cevaplanmak durumundaydı. İşte, 1993 yılından bu güne geçen 23 yıllık süre içerisinde ÇED Yönetmeliği'nin 3 farklı bakanlık, 7 farklı yönetmelik ve 10 farklı yönetmelikte değişiklik şeklindeki serüveni temelde bu soruları cevaplama çabasının bir ürünü oldu. Geldiğimiz noktada karşımızda duran 25.11.2014 tarihli ve 29186 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan son ÇED Yönetmeliği de yukarıda sözü edilen cevaplama zorunluluğu durumdan azade değil. Dolayısıyla tartışmamızın ayrıntılarına ve tarihsel yapısına, mevcut güncel yönetmelik üzerinden geçerek ilerlemek; hem sürecin genel hatlarını tanımlamak hem de tartışmamıza bir yol açmak için kullanışlı olacak gibi görünüyor.

Mevcut ÇED sürecinin nasıl işlediğine geçmeden önce ise, 1993 yılından günümüze kadar geçen süreçte ÇED Yönetmeliği somut olarak nasıl bir işlev gördüğüne kısaca değinmekte fayda var. Bakanlığın verilerine göre ÇED Yönetmeliği'nin günümüze kadarki somut işlevi hususundaki durum şu: 2015 yılı sonu Bakanlık verilerine göre yaklaşık çeyrek asırlık sürede ülke genelinde 4.094 adet ÇED raporu hazırlanmış ve bunların yalnızca 43 tanesi olumsuz sonuçlanmış. Bu 4.094 ÇED raporunun 777 tanesi doğrudan ÇED gerektirmeyip, 51.977 proje başvurusunun seçme elemeye tabi tutulması (Ön Araştırma) sonrasında "ÇED Gereklidir" kararı verilen projelere ait raporlar. Dolayısıyla toplam 55.294 başvurudan yalnızca 43 tanesi olumsuz sonuçlanmış.<sup>6</sup>

### 3. MEVCUT ÇED YÖNETMELİĞİ AÇISINDAN ÇED SÜRECİ

2014 yılında yayınlanan son ÇED Yönetmeliği, yönetmeliğin dayanağını «9.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10 uncu maddesi" olarak verir. Yönetmeliğe göre alınacak kararlarda her türlü yetki Bakanlığınınındır. Ancak Bakanlık gerekli gördüğü durumlarda "ÇED Gereklidir" veya "ÇED Gereklidir Değildir" kararının verilmesi konusundaki yetkisini, sınırlarını belirleyerek yetki genişliği esasına

<sup>6</sup> Çevre ve Şehircilik Bakanı İdris Güllüce, 2015 Mart ayı sonunda İzmir'de yapılan bir toplantı sonrasında basın mensuplarının bakanlığın projelere Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu verirken seçici davranmadığına yönelik eleştiriler sorulduğunda, "Evet ÇED almayı dövüyoruz, da niye çalışmıyorsun diye. Hizmet için gelenlere yol oluruz, asfalt oluruz. Biz adama kurban oluruz. Can verimiz" karşılığını verdi. Bazı basın organları bu haberi «Güllüce'den yatırımcıya açık ÇED» olarak geçti. Burada sunduğumuz bu rakamlar da, bu tutumu, adeta tüm ÇED tarihi için doğrular nitelikte.

göre Valiliklere devredebilir. Yönetmeliğe göre “Bu Yönetmeliğe tabi projeler için “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” kararı veya “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir” kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili teşvik, onay, izin, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez, proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez”. İşte, 2014 yönetmeliği 6/3’deki bu son ifade, ülke sınırları içerisinde, üretime dayalı faaliyetler açısından iktisadi çerçevenin irdelenmesi hususunda yapılacak her hangi bir incelemenin bu yönetmeliğe değinme zorunluluğunu doğurur.

Belirli bir kapasite için sıfırdan, ya da mevcut bir projenin kapasite artırımı/genişletilmesi biçimindeki iktisadi bir faaliyete başlamaya karar verdiğimiz varsayalım. Her iktisadi faaliyetin çevre üzerinde olumlu ve/veya olumsuz etkileri olacaktır. ÇED Yönetmeliği açısından bakıldığında bu faaliyet yani projemiz; ÇED Yönetmeliği’ne tâbidir ya da değildir. Tâbi ise projemiz için “ÇED Olumlu” ya da “ÇED Gerekli Değildir” kararlarından birine ihtiyaç duyarız, aksi takdirde yukarıda verilen 6. madde 3. bent gereği faaliyeti ülke sınırları içerisinde gerçekleştirmemiz mümkün değildir. Projemiz yönetmeliğin kapsamına girmiyorsa zaten sorun yok.<sup>7</sup>

Dolayısıyla ülke sınırları içerisinde yürütülebilecek iktisadi faaliyetler açısından hangi projelerin bu yönetmeliğe tabi olduğunun önceden belirlenmiş olması gibi bir ihtiyaç ortaya çıkar. Yönetmeliğin kendisi ile birlikte hazırlanan bir takım listeler ve belirlenen muafi-

<sup>7</sup> Genel olarak “sorun yok” demek mümkün. Ancak yapacağımız proje yönetmelik kapsamında olarak sunulan projelerden biri olmasa bile, faaliyete geçmek için yapacağım başvurular esnasında Bakanlık ve taşra teşkilatları aracılığıyla faaliyetimin yönetmelik kapsamı içindeki projelere sokulması da mümkün. Bu irade tamamen karar vericilerde. Bu aşamada, planlanan ya da halihazırda aktif olan bir faaliyetin ÇED raporu hazırlamak üzere sürece dahil olması ya da olmaması ya da bunun değerlendirilmesi için bir ön araştırmaya tabi tutulması ya da tutulmamasının; devlet, sermaye ve tabi ki sivil toplum açısından aynı anda ne ifade ettiğinin etraflica tartışılması gerekir, ancak bu tartışma bu çalışmanın sınırlarını epeyce aşar. Kısaca özetlemek gerekirse: ÇED yönetmeliğinin süreç içindeki failleri devlet, sivil toplum, sermaye ve uluslararası hukuk olmak üzere 4 temel bileşene ayrılabilir. Sivil toplum için sağlığı ön planda tutan bir yaklaşımın her proje için bir ÇED isteyen ama öncesinde bu ÇED raporunun gerçek bir rapor olmasını isteyen bir tarafta olması beklenir. Mevcut durumumuzda bunun böyle olmadığını, uluslararası hukukun bir şekilde tatmin edilmesi sonrasında kalan boşluğun karar vericiler ve sermaye tarafından nasıl paramparça edildiğini ilerleyen bölümlerde göstermeye çalışacağız.

yetler aracılığıyla karşılanan bu temel ihtiyaç, 2014 yönetmeliğinde (ve küçük farklılıklar dışında tüm ÇED Yönetmeliklerinde) 5 yol üzerinde hareket etmektedir. İlk olarak projemiz doğrudan ÇED raporu gerektiren (ÇED Gereklidir) projeler listesine (EK-1/ÇED Uygulanacak Projeler Listesi) giriyor olabilir. Bu durumda süreç şu şekilde işler: Bir başvuru dosyasını (ÇED Başvuru Dosyası), verili bir format dâhilinde (EK-3/ÇED Genel Formatı), Bakanlıkça yeterlik verilmiş kurum ya da kuruluşlardan birine hazırlatmak zorundayımdır. Bu dosya Bakanlık tarafından incelenecek ve uygun bulunursa ÇED süreci başlayacaktır. Sürecin başlamasının ardından Bakanlığın taşra teşkilatı nezaretinde bir “Halkın Katılımı Toplantısı” organize edilecek ve süreç ÇED raporu aşamasına taşınacaktır. Bakanlık tarafından oluşturulan bir komisyon tarafından yapılan değerlendirmeler ve halktan gelen dönüşler doğrultusunda faaliyet için Bakanlık tarafından bir özel rapor formatı belirlenecek, proje sahibi ÇED raporunu bu özel formata göre hazırlayıp Bakanlığa sunacak, ilgili komisyon toplanıp kararını verecek ve Bakanlığa bildirecektir. Bakanlıktan “ÇED Olumlu” kararı çıkarsa faaliyet için bir engel kalmadı demektir. Olumsuz karar çıkması durumunda ise düzeltmeleri yapıp tekrar başvurmak durumundayızdır.

İkinci hareket biçimi, doğrudan ÇED raporu gerektirmeyip bir ön değerlendirmeden (Ön Araştırma) geçirilmesi gereken projeleri ilgilendirir. Mevcut yönetmelikte bu hareket «EK-2/Seçme Eleme Kriterleri Uygulanacak Projeler Listesi» ile somutlaşmaktadır. Yani projemizin biçimi EK-1’de bulunmayıp EK-2’deki listeye dâhil ise öncelikle projemiz için ÇED gerekip gerekmediğine karar verilecektir. Buna göre, EK-4’te verilen “Proje Tanıtım Dosyası Hazırlanmasında Esas Alınacak Seçme Eleme Kriterlerini Gösteren Format” ile uyumlu olarak bir “Proje Tanıtım Dosyası” hazırlayıp Bakanlığa sunarız. Bakanlıktan ya da yetki devredebileceği valilikten “ÇED Gereklidir” kararı çıkarsa EK-1 listesine tabi projeler için işleyen yukarıdaki prosedürü takip ederiz; “ÇED Gerekli Değildir” durumunda ise projemize başlayabiliriz.

Üçüncü olarak ise, projemiz yeni olmayıp mevcut bir projenin bir kapasite artırımı ve/veya genişletilmesi planlaması olabilir. Bu durumda yapılacak değerlendirmeler için 2014 ÇED Yönetmeliği’nin tutumu bu yazının 2 numaralı dipnotunda İzmit BRİSA fabrikası örneği üzerinden kısaca tartışılmıştı. Bu hususun tarihsel seyri ise ilerleyen bölümlerde kapsamlı olarak tartışılacaktır.

Dördüncü olarak, yapacağımız proje sözü edilen listelere girse bile yönetmelik tarafından süreçten muaf tutulmamız ya da Bakanlıkça belirlenecek yeni bir sürece yönlendirilmemiz mümkündür. Örneğin bu ve önceki tüm ÇED yönetmeliklerine göre Askeri projeler için uygulanacak (ya da uygulanmayacak) prosedürler için Milli Savunma Bakanlığının görüşü alınır.<sup>8</sup> Ayrıca, yönetmeliğe göre aşağıdaki projeler doğrudan kapsam dışı tutulmuştur:

(1) Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin ilk yayım tarihi olan 7.2.1993 tarihinden önce üretime ve/veya işletmeye başladığı belirlenen projeler Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır.

(2) 23.6.1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınmış olup, 29.5.2013 tarihi itibarıyla üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesisler Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır.

Beşinci ve son olarak ise; EK 5'de verilen "Duyarlı Yörelere" kavramı bu yönetmeliğin başka diğer yönetmeliklerle sınırlandırıldığını ifade eder. ÇED konusunda alınacak kararlarda öncelikle bu yönetmeliklere uyulmak durumundadır. EK-5, mekân kullanımı açısından korunması gereken bazı alanları tanımlamanın yanı sıra ülke

<sup>8</sup> ÇED uygulama biçimi yönetmelikten farklı olacak şekilde doğrudan Bakanlıkça belirlenecek diğer uygulamalar (2003 yılından bu yana: Olağanüstü Durumlar ve Özel Hükümler) 2014 yönetmeliğine göre şunlardır:

- a) Afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi işlemleri, doğal afetler sonucu yıkılan, bozulan, tahrip olan veya hasar gören herhangi bir yatırım bulunduğu yerde kısmen veya tümü ile yeniden gerçekleştirilmesi planlanan projeler,
- b) ÇED Yönetmeliği'ne tabi olmayan veya Seçme Eleme Kriterlerine tabi olduğu halde proje sahibinin ÇED Raporu hazırlanması talebi üzerine Bakanlıkça uygun görülen projeler,
- c) Organize Sanayi Bölgeleri, İhtisas Organize Sanayi Bölgeleri, Endüstri Bölgeleri, Serbest Bölgeler ile Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde kurulması planlanan projeler,
- ç) Stratejik Çevresel Değerlendirme yapılan alanlarda kurulması planlanan projeler,
- d) Teknoloji değişikliği uygulamak suretiyle, verim artırımına, doğal kaynak kullanımını azaltmaya ve/veya çevre kirliliğini azaltmaya yönelik yapılmak istenilen değişiklikler veya prototip üretim yapan projeler,
- e) Ek-1 listesi veya ek-2 listesinde olup, eşik değeri olmayan projelerde yapılacak her türlü değişikliği içeren projeler,
- f) "ÇED Olumlu" veya "ÇED Gerekli Değildir" kararı bulunan projelerde yapılacak kapasite artışı ve/veya genişletilmesi planlanan projeler.

mevzuatı<sup>9</sup> ve uluslararası mevzuat<sup>10</sup> açısından bazı sözleşmelere de atıfta bulunur.

#### 4. YÖNETMELİĞİN TARİHSEL SÜRECİ

ÇED Yönetmeliği'nin 1993 yılından bu güne geçirdiği değişimler aşağıda bir liste halinde sunulmuştur:

##### Çevre Bakanlığı

- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği, 1993.
- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği, 1997.
- Değişiklik, 1999.
- Değişiklik, 2000a.
- Değişiklik, 2000b.
- Değişiklik, 2000c.
- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği, 2002.
- Değişiklik, 2002.

##### Çevre ve Orman Bakanlığı

- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği, 2003.
- Değişiklik, 2004.
- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği, 2008.
- Değişiklik, 2009.

<sup>9</sup> Milli Parklar Kanunu, Kara Avcılığı Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Su Ürünleri Kanunu, Su Kirliliği Kontrol Yönetmeliği, Hava Kalitesi Değerlendirme ve Yönetimi Yönetmeliği, Çevre Kanunu'nun 9 uncu maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından "Özel Çevre Koruma Bölgeleri», Boğaziçi Kanunu, Orman Kanunu uyarınca orman alanı sayılan yerler, Kıyı Kanunu gereğince yapı yasağı getirilen alanlar, Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun'da belirtilen alanlar, Mera Kanunu'nda belirtilen alanlar, Korunması Yönetmeliği'nde belirtilen alanlar, Sulak Alanların Korunması Yönetmeliği.

<sup>10</sup> Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi, Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması Sözleşmesi, Akdeniz'de Özel Koruma Alanlarının Korunmasına Ait Protokol, Cenova Bildirgesi, Dünya Kültür ve Tabiat, Mirasının Korunması Sözleşmesi, RAMSAR Sözleşmesi, Avrupa Peyzaj Sözleşmesi.

- Değişiklik, 2011a.
- Değişiklik, 2011b.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı

- Değişiklik, 2013.
- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği, 2013.
- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği, 2014.

Türkiye’de ÇED mevzuatının temel ilkesi “Avrupa Birliği (AB) ÇED mevzuatıyla uyum” olarak belirtilmektedir. Fakat Türkiye için yukarıda maddeler halinde sunulan sürekli değişim durumu AB için oldukça farklıdır. AB ÇED uygulamasını başlatan ilk yönetmelik olan 1985 direktifinin 1997, 2003 ve 2009 yılları olmak üzere sadece 3 kez yenilenmesi ve bu yönetmeliklerin 2011 yılında kanun haline getirilmesinin ardından 2014 yılı olmak üzere sadece bir kez değişikliğe uğramış olması oldukça dikkat çekicidir. AB 1997 değişikliği genel anlamda “ÇED gerektiren” ve “Ön araştırma gerektiren” projeler listelerini tip ve kapasiteler anlamında genişletirken, seçme eleme kriterleri ile çevresel ölçümler<sup>11</sup> konularında önemli eklemeler getirmiştir. Bizdeki 2003 yönetmeliğinin öncülü olarak görülebilecek 2003 AB değişikliği ise temelde halkın katılımı ve karar verme mekanizmaları konusunda önemli gelişmeler sağlayan bir değişiklik olarak ön plana çıkmıştır. 2009 AB değişikliği ise taşımacılık ve CO<sub>2</sub> depolama-tutma süreçlerini kapsama alan bir değişikliktir.

<sup>11</sup> Türkiye’deki çeyrek asırlık ÇED sürecinde, çevre ve halk sağlığının ön planda olması anlamında «yer tetkiki» dışında her hangi bir ölçüm ve izleme biçimine atıfta bulunmayan yönetmeliğin AB ile uyumlu olduğunu söyleyebilmek oldukça iddialı bir ifade olur. Üstelik «yer tetkiki» ifadesi ilk kez 1997 yönetmeliğinde görülmüş, 2002 yılından itibaren de kaybolmuştur. Yer tetkiki, olası bir faaliyetin çevre ve halk sağlığı açısından yaratacağı etkilerin önceden ve tüm boyutlarıyla bir arada değerlendirilmesini gerektiren teknik ve sosyolojik bir olgudur. Bu anlamıyla tam da Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) ifadesini karşılar. Bir faaliyet için yerin tetkik edilmesi ve yerin seçimi konuları çok sayıda değişkenin bir arada değerlendirilmesini gerektiren son derece karmaşık bir süreçtir. Ayrıca, bir yer seçmek; mantık olarak en az iki yer alternatifini gerektirir. Öte yandan mevcut ÇED raporları ya da başvuruları incelendiğinde, projeler için seçilen yerlerin başka alternatifler açısından bir değerlendirmeye tabi tutulduğuna görmek imkânsızdır, zira yönetmelik yatırımcıdan böyle bir şey istemez.

Çalışmanın bu bölümü; mevcut ÇED Yönetmeliği'nden yola çıkarak 1993 yılından bu yana ÇED Yönetmeliği'nin geçirdiği değişimleri saptama ve yorumlamayı amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda yapılacak iş belirli sacayaklarının tespit edilmesi ve sürecin tarihsel seyri bu sacayaklarından izlenmesidir. Mevcut ÇED Yönetmeliği'nin özetlenmeye çalışıldığı bir önceki bölümde, ciddi bir sorgulanma gerekliliğine işaret eden önemli hususlardan hareketle, çalışma için seçilen sacayakları; mevzuatın "amaç", "bağlayıcılık", "karar verme yetkisi", "komisyon", "ÇED sürecine halkın katılımı", "yer tetkiki süreci" ve "faaliyetin izlenmesi ve denetlenmesi" gibi temel bileşenler açısından ve "ÇED gerektiren projeler", "ön değerlendirme gerektiren projeler", kapasite artırımı/genişletme projeleri", "hassas/duyarlı yöreler", "muaf tutulan/süreç yönlendirmesi yapılan projeler" ve "listelerdeki iç değişiklikler" gibi yönetmeliğe tabiiyet biçimleri açısından olmak üzere, 2 alt başlıkta tanımlanacaktır.

#### **4.1. Temel Bileşenler Açısından Tarihsel Süreç**

**4.1.1. Amaç:** İlk yönetmelik olan 1993 ÇED Yönetmeliği'nde amaç; "Gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kamu veya özel sektöre ait kurum, kuruluş ve işletmelerin yatırım kararlarının çevre üzerinde yapabilecekleri tüm etkilerin belirlenerek değerlendirilmesi, tespit edilen olumsuz etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi ve alternatiflerin değerlendirilmesi amacıyla gerçekleştirilecek Çevresel Etki Değerlendirmesi sürecinde uyulacak idari ve teknik esasların düzenlemesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım 1997 yönetmeliğinde bir miktar daraltılmakla birlikte aynen korunmuş olup, 2002 yönetmeliğinden itibaren "ÇED sürecinde uyulacak idari ve teknik usul ve esasları düzenlemek" şeklinde kısaca tanımlanmış ve ardından bu haliyle korunmuştur.

**4.1.2. Bağlayıcılık:** ÇED Yönetmeliği'nin bağlayıcılığı 1993 yönetmeliğinde "faaliyeti gerçekleştirenin yükümlülüğü" şeklinde tanımlanıp Çevre Yasası'nın alanına bırakılmıştır. 1997 yönetmeliği ise bu bağlayıcılığı açıkça ifade etmiştir: "EK-I deki faaliyetler için ÇED Raporu hazırlanıp Bakanlıktan faaliyet hakkında olumlu görüş, EK-II



deki faaliyetler için ise ÇED ön Araştırma Raporu hazırlanıp Mahalli Çevre Kurulu'ndan faaliyet hakkında "Çevresel Etkileri önemsizdir" kararı alınmadıkça bu faaliyetler için hiçbir teşvik, onay, izin ve ruhsat verilemez". Bu bağlayıcılık bu yönetmelikten itibaren tüm yönetmeliklerde bazı ifade değişiklikleri dışında aynen korunmuştur. Bu bağlayıcılığın kendisi, iktidarlar açısından dönem zorluklara neden olacak ve çeşitli şekillerde aşılmaya çalışılacaktır. Bu anlamda, bağlayıcılığın aynen bu şekilde sürdürülmüş olması ise oldukça dikkat çekicidir ve mutlaka sorgulanması gerekir.

**4.1.3. Karar Verme Yetkisi:** 1993 yönetmeliği ÇED uygulaması için yetki kullanımını "ÇED'e tabi faaliyetler hakkında ÇED Olumlu ya da Olumsuz Belgesini verme yetkisi Bakanlığa, ÇED Ön Araştırmasına tabi olan faaliyetler hakkında Çevresel Etkileri Önemlidir ya da Önemsizdir kararını verme yetkisi ise Mahalli Çevre Kurullarına aittir" şeklinde tanımlamıştır. Bu yetki durumu 1997 yönetmeliğinde de korunmuş olup 2002 yönetmeliği yetki meselesinde radikal bir değişime gitmiştir. Buna göre yetki "Yönetmeliğe tabi faaliyetler hakkında ÇED Olumlu/Olumsuz ve ÇED Gereklidir/Değildir kararlarını verme yetkisi Bakanlığa aittir. Gerekli görüldüğü takdirde ÇED Gereklidir/Değildir kararları için yetki Valiliklere devredilebilir" şeklinde belirlenmiş ve günümüze kadar bu şekilde gelmiştir. Özetle; 1993 ve 1997 yönetmeliklerinde yetki görelisi de olsa yerellere de dağıtılmış, 2002'den itibaren ise yetkinin tamamen merkezde toplanması sağlanmıştır.

**4.1.4. Komisyon:** 1993 yönetmeliği, ÇED raporlarını incelemek ve değerlendirmek üzere 443 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesine dayanılarak teşkil edilecek bir "İhtisas Koalisyonu" kurulmasını gerektirir (İnceleme-Değerlendirme Komisyonu). Bu Komisyon faaliyetin konusu ile ilgili oldukları tespit edilen merkezi ve yerel kurum ve kuruluşların temsilcileri, faaliyet sahibi veya temsilcisi, ÇED Raporunu hazırlayan kurum veya kuruluş temsilcisi, halkın katılımı toplantısı tutanak sekreteri ile Bakanlık temsilcilerinden oluşur. Komisyon çalışmalarına, Bakanlıkça ihtiyaç duyulması halinde gerçek ve tüzel kişiler, üniversite, enstitü, araştırma ve ihtisas kuruluşları ve meslek odaları temsilcileri de üye olarak çağrılabilirler. Ayrıca 1993 yönetmeliği gerekli görüldüğü hallerde ÇED Ön Araştırma Kontrol Listesi ve Değerlendirme Tablosunu incelemek ve değerlendirmek üzere

Bakanlık Taşra Teşkilatınca 443 sayılı Kanun Hükmünde Kararname-nin 36. maddesine dayanılarak teşkil edilecek bir İhtisas Komisyonu kurulacağını vurgular. Sözü edilen bu iki farklı komisyon uygulaması 1997 yönetmeliğinde aynen korunmuştur. 2002 yönetmeliği ile birlikte ise komisyon uygulaması yalnızca ÇED raporları için oluşturulacak olan “Kapsam Değerlendirme ve İnceleme Değerlendirme Komisyo-nu” şeklinde daraltılarak tamamen Bakanlık kontrolündeki bir yapıya indirgenmiştir.

**4.1.5. ÇED Sürecine Halkın Katılımı:** Halkın ÇED sürecine ka-tılımı, 1993 yönetmeliğinde şu şekilde tanımlanmıştır: “ÇED Rapo-runun Bakanlığa sunulmasından sonra halkı yatırım hakkında bilgi-lendirmek, görüş ve önerilerini almak üzere bir toplantı düzenlenir. Faaliyet sahibi, toplantı için faaliyetin konusunu, yerini ve Bakanlık ile sağlayacağı mutabakat çerçevesinde, toplantı yerini, gününü ve sa-atini belirleyen bir ilan o yörede yayımlanan yöresel bir gazetede ve Türkiye genelinde yayımlanan tirajı en yüksek beş gazeteden birinde, bir hafta içinde en az iki defa yayınlanır. Toplantı ayrıca mahallin en büyük mülki idare amirince gerekli görülen yerlerde en az bir hafta süreyle askıda ilan edilir. Mahallin en büyük mülki amiri veya tayin edeceği bir yetkili yönetiminde yapılan toplantıda oluşan halkın gö-rüşleri, Bakanlığın Taşra Teşkilatı tarafından bir tutanakla belirlenerek Bakanlığa bildirilir”. Bu uygulama 1997 yönetmeliğinde de korunarak yalnızca ilanın toplantıdan en az 3 gün önce yapılmış olması şartını getirir. Ayrıca 1997 yönetmeliği bu katılım uygulamasının aynısını Va-liliklerin yürüttüğü ÇED Ön Araştırma süreçleri için de zorunlu tutan bir yönetmelik olarak dikkat çekicidir. 2002 yönetmeliği ÇED süreci-ne halkın katılımı uygulamasında ilan sınırını en az 5 gün öncesine çekmiştir. ÇED Ön Araştırma uygulamaları için ise bu katılım süreci kaldırılmıştır. Öte yandan çok daha temel bir fark olarak 2002 yönet-meliği, halkın katılımı toplantısını sadece ÇED gerektiren faaliyetler için ve ÇED raporunun hazırlanmasından önce gerçekleştirilecek bir faaliyet olarak belirler.

**4.1.6. Yer Tetkiki Süreci:** 1997 yönetmeliğinin en önemli düzenle-melerinden biri faaliyetlerin ÇED sürecine girmeden önce bir yer tet-kikine tabi tutulması uygulamasıdır. “Valilik planlanan faaliyetin yeri hakkında mevzuat açısından bir engel bulunup bulunmadığını, ilgili

kamu kurum ve kuruluşları nezdinde Taşra Teşkilatı aracılığı ile araştırır, valilik bu araştırma sırasında gerekli görürse uzman kişilerden bir komisyon teşkil ederek görevlendirebilir". Bu uygulama 2002'de son bulmuştur.

Özetle, tarihsel sürece yönetmeliğin temel bileşenleri açısından baktığımızda Çevre Bakanlığı öncesi ve Çevre Bakanlığı sonrası olarak iki dönemden söz etmek mümkün görünüyor. AB yönetmeliklerinin tam tersine, yeni binyıldan itibaren yani Çevre Bakanlığı'ndan sonra yönetmeliğin ÇED sürecinin yer seçimi ve tetkiki gibi gerçek hedeflerinden uzaklaştırılması, halkın katılımının bir formaliteye dönüşmesi ve sürecin önemli düzeyde merkezileştirilmesi eğilimi açıkça görülüyor.

#### 4.2. Yönetmeliğe Tabiiyet Açısından Tarihsel Süreç

**4.2.1. ÇED Gerektiren Projeler:** İlk ÇED Yönetmeliği olan 1993 yönetmeliği ÇED uygulanması zorunlu faaliyetler için bir liste (EK-1) sunmuştur. Bu liste kapsamındaki faaliyetlere, değerlendirme sonucunda "ÇED Olumlu/Olumsuz Belgesi" verilir. Bu ifade 1997 yönetmeliğinde "ÇED Olumlu/Olumsuz Görüşü" olarak değiştirilmiştir.<sup>12</sup> Bu yeni ifade 13.08.1999 tarihli yönetmelik değişikliğinde ise "ÇED Olumlu/Olumsuz Kararı" şeklindeki son halini almıştır.

**4.2.2. Ön Değerlendirme Gerektiren Projeler:** 1993 yönetmeliğine göre ÇED gerektirip gerektirmediği hususunda ön araştırmaya tabi tutulacak projeler listesi EK-3 şeklinde sunulmuştur. Bu değerlendirme sonucunda "Çevresel Etkileri Önemlidir" kararı çıkarsa ÇED raporu hazırlanmak durumundadır. Bu liste 1997 yönetmeliğinde EK-2 şeklini almıştır. 2002 yönetmeliği ifadeyi "ÇED Gereklidir/Gerekli Değildir" şeklinde düzenlemiştir. 2003 yönetmeliği de aynı doğrultuda ilerlemiştir. Yalnız farklı olarak "Ön ÇED Raporu" yerine "Proje Ta-

<sup>12</sup> Bu değişiklik; Danıştay 6. Dairesi'nin (K. E.1997/4497 K. 1998/5629) yönetmelikteki "görüş" ifadesinin bağlayıcılığı zedelediği, yönetmeliğin düzenleyici olma niteliğine ve idare hukuku esaslarına aykırı olduğu yönündeki kararına istinaden yapılmıştır. ÇED yönetmeliğinin yargı kararları çerçevesinde bir değerlendirme için bkz: Süheyla Suzan Alica, "Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, C. 15, S. 3, s. 103.

nıtım Dosyası” kavramını getirmiş ve bu kapsamı seçme eleme kriterlerine tabi projeler olarak tanımlanmıştır. Süreç bundan sonra bu şekilde devam etmiştir.

**4.2.3. Kapasite Artırımı/Genişletme Projeleri:** 1993 yönetmeliğine göre “Bu Yönetmelik kapsamına giren faaliyetler ile mevcut tesisler, kullanım amaçlarının değişmesi, kapasite artırımı, proses ve teknoloji değişikliği durumunda Yönetmelik hükümlerine tabidir. Bu durumda Kontrol Listesi ve Değerlendirme Tablosu doldurularak Taşra Teşkilatına başvurulur”, Taşra Teşkilatı tarafından ÇED gerektirip gerektirmediğine karar verilir. 1997 yönetmeliğinde ise bu durum “Yönetmelik kapsamında bulunan mevcut faaliyetlerden kapasite artırımı, genişletme veya proses değişikliği yapılan faaliyetler ile bu Yönetmelik kapsamı dışında bulunan mevcut faaliyetlerden kapasite artırımı, genişletme, proses veya kullanım amacı değişikliği yapılarak Yönetmelik kapsamına giren faaliyetler» ÇED Ön araştırma aşamasına tabidir şeklinde ifade edilmiştir. Bu durum 2002 ve 2003 yönetmeliklerinde de korunmuştur. 2008 yönetmeliğinde ise; ister yönetmelik kapsamında olsun ister olmasın faaliyetin kapasite artırım ya da genişleme miktarı ile mevcut miktarın toplamı EK-1 içine giriyorsa ÇED raporu, EK-2 içine giriyorsa Proje Tanıtım Dosyası hazırlama zorunluluğu getirir. 2013 de aynı yolda ilerlerken 2014 yönetmeliği ile enteresan bir değişikliğe gidilmiştir. Kapasite artırımı ve genişleme gibi konularda mevcut yönetmelik kapsamındaki sektör ve projeler için deyim yerindeyse tamamen serbestlik getirmiştir. Bu husus, yazının ilerleyen bölümlerinde söz edilecek olan «olağanüstü durumlar» bölümünde tartışılacaktır.

**4.2.4. Hassas/Duyarlı Yörelere:**1993 yönetmeliği; EK-2 olarak sunduğu hassas yörelere ve ülkemiz mevzuatı ile taraf olduğumuz sözleşmeler gereği korunması zorunlu olan bölgeler listesi için, ÇED hazırlanmasını zorunlu tutmuştur. Bu kavram 1997 yönetmeliğinde ise yer almamış, 2002 yönetmeliğinde EK-5 olarak geri gelmiş ve o şekilde devam etmiştir. Hassas/Duyarlı Yörelere listesi; “uluslararası antlaşmalar gereği korunması gereken alanlar”, “ülke mevzuatı gereği korunması gereken alanlar” ve “korunması gereken diğer alanlar” olarak 3 ana başlık altında ilerler. “Hassas Yörelere” (2002 yönetmeliğinden itibaren “Duyarlı Yörelere”) kavramı ile ilgili olarak söylenebilecek ilk şey; bu kavramın yönetmelik açısından çok önemli müdahalelerde bulunula-

mamış bir alan olduğudur. Bundaki en önemli payın bu kavramı oluşturan listenin büyük bir bölümünün uluslararası sözleşmeler uyarınca korunması gereken alanlardan oluşmasına ait olduğu söylenebilir.<sup>13</sup>

**4.2.5. Muaf Tutulan/Süreç Yönlendirmesi Yapılan Projeler:** 1993 yönetmeliği “Ülke savunması açısından stratejik öneme sahip askeri faaliyetlere uygulanacak ÇED prosedürü, Çevre Bakanlığı ile Milli Savunma Bakanlığı arasında varılacak mutabakata göre belirlenir” ifadesi yoluyla askeri projeleri kapsam dışı tutmuştur. Bu durum tüm değişikliklerde sabit kalmıştır. 1997 yönetmeliği ile birlikte başlayan, askeri projeler dışındaki muafiyetler hususu özellikle geçici maddelerin ve bazı özel hükümlerin yer aldığı son bölümlerde görülmektedir. Bence yönetmeliğin, bir sonraki bölümde açıklanacak olan “liste içi değişiklikler” ile birlikte en can alıcı hususlarının gizlendiği bu geçici madde ve son bölümler, birçok farklı yönden ilerleyen durumlar için değerlendirilebilir.

Önce, ilk ÇED Yönetmeliği'nin yayınlandığı 1993 yılı yönetmeliğine atıfta bulunan maddelere bakalım: 1997 yönetmeliği; “7 Şubat 1993 yılından önce onaylanmış/ilgili mevzuat uyarınca izin-ruhsat-onay-kamulaştırma kararı alınmış/yer seçimi yapılmış ya da yatırım programına alınmış/mevzi imar planları onaylanmış projeler” için kendi hükümlerinden muafiyet sağlar. Aynı durum 2002 ve 2003 yönetmeliklerinde de korunmuştur. Bu iki yönetmelik bu duruma bir de 1993 öncesinde “faaliyete başlamış” projeleri de eklerler. 16.12.2004 tarihli değişiklik bu duruma “Çevre kanunu ve ilgili diğer yönetmeliklerde alınması gereken izinler saklı kalmak kaydıyla” ibaresini ekler.<sup>14</sup> 2008

<sup>13</sup> Nesli tükenme tehlikesiyle karşı karşıya olan caretta-carettaların önemli uğraklarından biri olan Muğla İztuzu kumsalının özel bir şirkete kiralanması ile ilgili olarak Muğla 2. İdare Mahkemesinin 15 Ocak 2015 tarihinde verdiği “Başbakanlık ve Bakanlığın böyle bir yetkisi olmadığı” hükmüne karşın süren tartışmalar, sonunda Bakanlığın “projeden vazgeçtik” ve “bölgeyi kurtardık” ifadeleri ile birlikte bitmiş benziyor. Bakanlığın attığı geri adımın İdare Mahkemesi değil Bern ve Cenova gibi, söz konusu canlı türünü koruma altına alan uluslararası antlaşmalardan dolayı olduğu söylenebilir. ÇED yönetmeliğinin hassas bölgeler içeriğinin önemli değişimler gösteremiyor oluşu da bu çerçevede okunabilir.

<sup>14</sup> Danıştay’a göre; ÇED süreci izlenilmesi zorunlu olan projeler yönünden dahi anılan maddelerde yatırıma başlanması için belirli bir süre öngörülmekte iken, 07.02.1993 tarihinden önce uygulama projeleri onaylanmış ve çevre mevzuatı ile diğer ilgili mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, onay, ruhsat ya da kamulaştırma kararı alınmış veya yatırım programına alınmış veya mevzii imar planları onaylanmış projelere, yatırıma başlanması için belirli bir süre öngörülmezsizin

yönetmeliği yine aynı durumlar için muafiyet sağlarken bu durumu “Kapsam Dışı Projeler” başlığı altında tanımlar. 2011 yılı değişikliği bütünüyle bu maddeyi hedef almıştır. Bu değişikliğe göre yukarıda sözü edilen durumlara haiz olan projeler 2013-2015 yıllarına kadar 2008 yönetmeliğinden muaf tutulmuştur. Bu madde 5.04.2013 tarihli değişiklik yoluyla ve 2013 ve 2014 yönetmeliklerinde; 1997 yönetmeliğinden önce kamu yatırım programına alınmış olup 2013 yılı itibarıyla faaliyete geçmiş projeler ile sınırlandırılmıştır. 2013 ve 2014 yönetmelikleri yine 1993 öncesi projelerinin muafiyetini Kapsam Dışı ve Kanuni kapsam dışı projeler gibi iki ayrı ifade kullanarak tekrar getirmiştir. Sonuç olarak, 1993 yılı öncesinde faaliyete başlamış/başlamaya hazırlanmış projeler süreç boyunca tartışılmış, her defasında bir yolu bulunup muaf tutulmuştur.

Yönetmeliklerin kendi başlangıç tarihine atıfta bulunduğu maddeler için ise durum şöyle: 1997 yönetmeliğinden önce güzergahı belirlenen ve yatırım programına alınan petrol-gaz boru hatları, enerji nakil hatları, otoyol, ekspres yol, devlet yolu ve il yolu projelerine 1997 yönetmeliği maddelerinin uygulanması mümkün değildir. Bu durum 2002 yönetmeliğinde görülmezken 2003 yönetmeliğinde tekrar ve son kez (yine 1997 öncesine atıfta bulunarak) karşımıza çıkmıştır.

1993, 1997, 2002, 2003, 2008, 2013 ve 2014 yönetmeliklerinin tamamını kendilerinden önceki yönetmeliklere istinaden ÇED raporu veya Ön Araştırma Raporu sunmuş olan faaliyetleri söz konusu tarih için geçerli olan yönetmeliğe göre değerlendirme hükmü sunar. 2002 yönetmeliği; 1993 ve 1997 yönetmeliğine tabi olup ilgili yönetmeliğin hükümlerini yerine getirmemiş faaliyetleri kendine tabi kılar (2003 ve 2008 yönetmelikleri de aynı şeyi sürdürür). Ayrıca 1997 yönetmeliğine göre format belirlenmiş faaliyetlere 1 yıl içinde ÇED veya Ön Değerlendirme Raporu sunabilme hakkı tanır.<sup>15</sup> 2003 yönetmeliği bu

---

aradan geçen bunca zamana rağmen ÇED sürecinden muafiyet sağlayan düzenleme, çevrenin korunması açısından hukuka uygun değildir (Alica, 2011, s. 109).

<sup>15</sup> Danıştay, Çevre Kanunu'nun ilgili maddesi ve ÇED Yönetmeliği ile getirilen ve yatırımların çevreye olabilecek etkilerinin araştırılmasını öngören Çevresel Etki Değerlendirmesi sisteminin amacını göz önüne alarak, ÇED Raporu hazırlamadan üretime geçmiş faaliyetlere süre verilmesinin, bu sisteme aykırı olacağı ve amacına ters düştüğü değerlendirilmesinde bulunmuştur. Danıştay anılan uyuşmazlıkta çevrenin korunmasında kamu yararının daha üstün olduğu düşüncesi ile karar vermiştir (Alica, 2011, s. 101).



duruma ayrıca bu projelerden yer seçimi uygun bulunmuş olup faaliyetlerde olanlarının Bakanlığa Çevresel Durum Değerlendirme raporu sunmalarını gerektirir. 2013 ve 2014 yönetmeliklerinde ise bu ifadelere rastlanmaz.

2002 yönetmeliği ile birlikte “Entegre Projeler” kavramı gündeme gelmiş ve devam etmiştir. Buna göre yönetmeliğe tabi birden fazla proje içeren bir projenin planlanması halinde Bakanlık tek bir rapor isteyebilecektir.<sup>16</sup> 2011-b ÇED değişikliği ise bu ifadeye “Arama Faaliyetleri” kavramını da eklemiştir. 2013 ve 2014 yönetmelikleri Arama Faaliyetleri kavramını buradan ayırmıştır ancak yine Bakanlığa başvurma durumu aynıdır. 2003 yönetmeliği ise; bence yönetmeliğin tarihsel süreci içerisinde gerçekleşen en önemli hamle olan «Olağanüstü durumlar ve Özel Hükümler» kavramını getirmiştir.<sup>17</sup>

**Madde 25 -** Aşağıdaki durumlarda uygulanacak Çevresel Etki Değerlendirmesi prosedürü Bakanlıkça belirlenir.

a) Doğal Afetler sonucu yıkılan, bozulan, tahrip olan veya hasar gören herhangi bir yatırımın bulunduğu yerde kısmen veya tümü ile yeniden gerçekleştirilmesi planlanan projeler,

b) Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'ne tabi olmayan veya Ek-II listesinde yer alan projelere kredi almak ve benzeri gibi finansal nedenlerle proje sahibinin talebi üzerine Bakanlığında uygun görmesi halinde Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümleri uygulanabilir.

<sup>16</sup> Kocaeli ili Kandıra ilçesi ve İstanbul ili Şile-Ağva mevkiilerini kaplayan alanda yapımı planlanan Sungurlu barajı projesi bu husustaki güncel bir örnek. Önemli sayıda yerleşim bölgesi, tarım ve orman alanlarını su altında bırakacak olan proje, İstanbul'un su ihtiyacı gerekçe gösterilerek yapılmaya çalışılıyor. Proje; bir baraj, hidroelektrik santral, malzeme ocakları, kırma-eleme tesisi ve hazır beton tesisi gibi birden fazla “ÇED Gereklidir” ve “Ön Araştırma Gereklidir” kapsamındaki projeyi içeriyor. 2015 yılı Haziran ayında hazırlanan ÇED başvuru dosyası tüm bu projeleri bir arada değerlendiriyor. Halkın Katılım Toplantısı'nın yapılamamasına rağmen proje yapılmaya başlandı bile.

<sup>17</sup> Semra Somersan tam da ilk ÇED yönetmeliğinin yayınlandığı günlerde basılan kitabında, hem kitabın isminde hem de içeriğinde ülke açısından olağan ve olağanüstü şeklinde iki farklı çevre ve ekolojik durumdan bahsetmişti: olağan batı-olağanüstü doğu. Galiba 1993 yılı ve öncesi için Güneydoğu Anadolu Bölgesi'ne atfedilen bu “olağanüstü ekoloji” durumunun, ÇED yönetmeliği yoluyla, ve özellikle 2003 sonrasında tüm ülkeye yayılmış olduğu söylenebilir (Semra Somersan, “Olağan Ülkeden Olağanüstü Ülkeye: Türkiye’de Çevre ve Siyaset”, 1993, Metis Yayınları).



c) Organize Sanayi Bölgeleri, İhtisas Organize Sanayi Bölgeleri, Endüstriyel Bölgeler, Serbest Bölgeler, Stratejik Çevresel Değerlendirme yapılacak alanlar ile Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde kurulması planlanan projeler.

2008'de buna ilave olarak "İleri teknoloji uygulamak suretiyle yapılmak istenen değişiklikleri içeren veya prototip üretim yapan projeler" ve "Bu yönetmeliğin EK-1 veya EK-2 listesinde bulunup da eşik değeri olmayan projelerde yapılacak her türlü değişikliği içeren projeler" maddeleri eklenmiştir. 2013 ve 2014 yönetmeliği, "ileri teknoloji uygulamak" ifadesi yerine "teknoloji değişikliği uygulamak" ifadesini kullanmıştır. Ancak 2014 yönetmeliği bu konudaki asıl ölümcül darbeyi "ÇED Olumlu" veya "ÇED Gerekli Değildir" kararı bulunan projelerde yapılacak kapasite artışı ve/veya genişletilmesi planlanan projeler" ifadesini de bu olağanüstü durumlara ilave ederek vurmuştur. Artık mevcut tüm faaliyetler için kapasite artırımı gibi konularda ÇED ya da Ön Araştırma gerekir gerekmediği Bakanlık ve taşra teşkilatının inisiyatifindedir.

**4.2.6. Listelerdeki İç Değişiklikler:** Hatırlanacağı üzere önceki bölümlerde ÇED Yönetmelikleri için iki tür listeden bahsettik. Bunlardan ilki mutlaka ÇED raporu hazırlanmasını gerektiren faaliyetleri gösteren liste, diğeri ise ÇED raporu gerektirip gerektirmediğinin araştırılması gereken faaliyetleri gösteren liste şeklindedir. Ayrıca bir sektör ya da alt sektöre ait bir faaliyetin her iki listede de bulunması mümkündür (İkili Kapsam). Bu listeler 1993 yılından itibaren içerik olarak önemli değişimlere uğramışlardır. Öncelikle, sözü edilen listelerdeki sektörler ve alt sektörlerin yönetmelik açısından nasıl değişimlere uğradığını tek tek takip etmenin oldukça meşakkatli ve uzun bir iş olduğunu belirtmek gerek. Bu çalışmada, 1993 yılından bu yana listelerdeki tüm sektör ve alt sektörler için teker teker bir inceleme yapılmış ve tüm değişimler bazı tablolar aracılığıyla izlenmiştir. Elde edilen sektör bazlı tablolardaki değişimlerin her biri teker teker ve süreç açısından bir bütün halinde incelenmeyi hak ediyorlar. Ama bu iş bu yazının kapsamını oldukça aşacağından şimdilik bir ödev olarak önümüzde duruyor. Sözü edilen tablolardaki tüm bilgilerin bir arada değerlendirilebilmesi için kullanabileceğimiz en kolay yol ise sektör ve alt sektör belirtmeden tüm değişimlerin frekans yani sayılarını incelemek şeklinde olabilir.

Öncelikle, listeler açısından ne gibi değişikliklerin söz konusu olduğunu ortaya koyarak başlamakta fayda var. Listeler açısından olası tüm değişiklikler şu şekilde sıralanabilir:

Bir faaliyet türü, yeni bir yönetmelik ve/veya yönetmelikte değişiklik aracılığıyla;

1. “ÇED Gerektirir” faaliyetler arasındayken ilgili değişim sayesinde “Ön Araştırma” gerektiren faaliyetler kapsamına alınmış olabilir.
2. Yönetmelikte mevcut değilken, ilgili değişim sayesinde “Ön Araştırma” gerektiren faaliyetler kapsamına alınmış olabilir.
3. “İkili Kapsam” açısından değerlendirilirken, ilgili değişim sayesinde “Ön Araştırma” gerektiren faaliyetler kapsamına alınmış olabilir.
4. “ÇED Gerektirir” faaliyetler arasındayken ilgili değişim sayesinde “İkili Kapsam” açısından incelenen faaliyetler kapsamına alınmış olabilir.
5. Yönetmelikte mevcut değilken, ilgili değişimle “İkili Kapsam” açısından incelenen faaliyetler kapsamına alınmış olabilir.
6. “Ön Araştırma” gerektiren faaliyetler arasındayken ilgili değişim sayesinde “İkili Kapsam” açısından değerlendirilmesi gereken faaliyetler kapsamına alınmış olabilir.
7. “Ön Araştırma” gerektiren faaliyetler arasındayken ilgili değişim sayesinde “ÇED Gerektirir” faaliyetler kapsamına alınmış olabilir.
8. Yönetmelikte mevcut değilken, ilgili değişimle «ÇED Gerektirir» kapsamına alınmış olabilir.
9. “İkili Kapsam” açısından değerlendirilirken, ilgili değişim sayesinde “ÇED Gerektirir” faaliyetler kapsamına alınmış olabilir.
10. “Ön Araştırma” gerektiren faaliyetler arasındayken ilgili değişim sayesinde kapsam dışına itilmiş olabilir.
11. “ÇED Gerektirir” faaliyetler arasındayken ilgili değişim sayesinde tamamen kapsam dışına itilmiş olabilir.
12. “İkili Kapsam” açısından değerlendirilen faaliyetler arasındayken ilgili değişim sayesinde tamamen kapsam dışına itilmiş olabilir.

13. Faaliyet türü için, listede verilen kapasite değerinde azaltmaya gidilmiş olabilir.
14. Faaliyet türü için, listede verilen kapasite değerinde artışa gidilmiş olabilir.

Dolayısıyla bu 14 değişim tipi açısından 2 temel kavram çifti türetmemiz mümkün görünüyor: “pozitif/negatif basınç” ve “kapasite azaltma/arttırma”. Burada, söz gelimi, “ÇED Gerektirir” kapsamına doğru yapılan pozitif basınç (5., 6., 7., 8. ve 9. maddeler), söz konusu faaliyeti ÇED Raporu ile kontrol etme yönüne zorlama anlamına gelirken, negatif basınç (1., 3., 4., 11. ve 12. maddeler) bu kontrolü ön araştırma kapsamına, ikili kapsama ya da kapsam dışına doğru itme anlamına gelir. Aynı şekilde ön araştırma kapsamına doğru yapılan pozitif basınç (1., 2., 3., 4. ve 5. maddeler), söz konusu faaliyetin ÇED gerektirip gerektirmediğine karar verme açısından bir ön araştırma yapma yönüne zorlama anlamına gelirken, ön araştırma kapsamına doğru yapılan negatif basınç (6., 7., 9., 10. ve 12. maddeler) bu kontrolü “ÇED Gerektirir”, ikili kapsam ya da kapsam dışına doğru itme anlamına gelir. Çalışma sonucunda elde edilen verilere göre tüm ÇED tarihi boyunca listelerdeki değişimlerin frekanslarını Tablo 1’de görebilirsiniz.

Tablo 1. Tüm Yönetmelik Süreci Boyunca Gerçekleşen Liste İçi Değişim Tiplerinin Frekansı (adet)

		YÖNETMELİKLER						YÖNETMELİKTE DEĞİŞİKLİKLER				Ortalama Frekans
		1997	2002	2003	2008	2013	2014	2000	2004	2009	2011b	
Ön Araştırma’ya Pozitif Basınç	1. ÇED Gerektirirken Ön Araştırma’ya Geçen	3	3	2	1	-	-	-	-	-	-	1
	2. Ön Araştırma’ya İlave	5	18	1	4	7	7	-	-	1	5	5
	3. İkili Kapsamdan Yalnızca Ön Araştırma’ya Geçen	-	3	-	1	-	3	-	-	-	-	1

		YÖNETMELİKLER						YÖNETMELİKTE DEĞİŞİKLİKLER				Ortalama Frekans
		1997	2002	2003	2008	2013	2014	2000	2004	2009	2011b	
İkili Kapsama Pozitif Basınç	4. ÇED Gerekirirken İkili Kapsama Geçen	5	9	3	2	2	-	-	-	-	-	2
	5. İkili Kapsama İlave	1	1	-	1	-	-	-	-	-	1	0-1
	6. Ön Araştırma'dan İkili Kapsama Geçen	3	-	6	2	4	1	-	-	-	2	2
ÇED Gerekir'e Pozitif Basınç	7. Ön Araştırma'dan ÇED Gerekir'e Geçen	-	1	4	1	-	-	-	-	-	-	1
	8. ÇED Gerekir'e İlave	6	8	-	3	2	1	-	-	-	2	2
	9. İkili Kapsamdan Yalnızca ÇED Gerekir'e Geçen	-	1	-	1	-	-	-	1	-	1	0-1
Kapsam Dışına İtme	10. Ön Araştırma'dan Kapsam Dışına Atılan	11	4	-	-	1	1	1	-	-	-	2
	11. ÇED Gerekirirken Kapsam Dışına Atılan	3	2	2	-	-	1	-	-	-	1	1
	12. İkili Kapsamdan Kapsam Dışına Atılan	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	0-1
Kapasite-ye Etki	13. Kapasite Değerinde Azaltma	-	1	1	7	3	7	-	-	-	7	3
	14. Kapasite Değerinde Arttırma	8	6	5	10	23	6	-	-	-	8	7
	TOPLAM	46	57	24	33	42	27	1	1	1	27	

Bu tablodan nasıl sonuçlar çıkarabiliriz? Öncelikle, tabloda verilen frekans değerlerinin mutlak sonuçlar olmadığını söylemekte fayda var. Tablolar arası incelemelerin doğası gereği gözden kaçan hususlar olmuş olabilir. Yine de bu rakamlar sayesinde bazı bulgulara ulaşmak

mümkün. İstatistiksel olarak anlamlı bir tartışma yürütebilmek için, tabloda liste içi değişim görülen tüm metinler açısından (6 yönetmelik ve 4 yönetmelik değişikliği olmak üzere toplam 10 metin) birer ortalama değer bulunmuş (tablodaki en son sütun) ve ilgili satırda bulunup bu ortalama değerlerin üzerinde bir frekansa sahip hücreler koyu olarak işaretlenmiştir. Bu yolla, ilgili hücrede ortalamanın üstünde bir değişim olduğu ve tartışılması gerekliliği vurgulanmıştır. Tablodaki sonuçlara geçmeden önce genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, 1997 yönetmeliğinin genel anlamda, hemen her sektör ve alt sektör için önemli düzeyde bir detaylandırma fonksiyonu görmüş olduğu söylenebilir. İlk yönetmeliğin ardından gelen bu yönetmeliğin böyle bir düzeltme etkisi göstermesi doğaldır. Yine genel bir değerlendirme yapılacak olursa, yönetmelikte değişiklik olarak isimlendirdiğimiz değişikliklerden listeleri ilgilendiren 4 değişikliğin tamamının maden sektörünü etkilemiş olduğunu belirtmekte fayda var. Diğer sektörler ise bu değişikliklerin yalnızca birer tanesinden etkilenmiştir. Tüm sektörleri kapsayan değişiklik olan 2011-b değişikliğinin tablodaki frekans değerlerinin toplamının diğer yönetmelikte değişiklik metinlerine göre yüksek olmasının nedeni de budur. Bu değişiklik tek başına yeni bir yönetmelik gibi işlev görmüştür. Maden sektöründeki bu hareketliliğin sektöre nasıl yansıdığı, Bakanlık web sitesinde sunulan hangi sektörlerle kaç tane olumlu ÇED verildiği türünden bilgilerde bu sektörün, enerji sektörü ile birlikte en üstte bulunuyor olmasından kolaylıkla anlaşılabilir.

Tablodaki verilere göre, 1997 yönetmeliğini göz ardı ettiğimizde, en belirgin etkinin 2002 yılında ve ön araştırma yönünde, yani faaliyetleri “ÇED Gerektirir” kapsamından çıkarma yönünde bir baskı oluşturma şeklinde gerçekleştiği görülmektedir. Karar vericiler bu alanda topu kendi sahalarına almak ve kendileri oynamak yönünde bir adım atmışa benziyorlar. Yine de 8 gibi bir ortalama üstü frekansla ÇED yönünde pozitif bir baskı yapmış olan bu yönetmeliğin bu anlamda bazı sektörler için de seçici davranmış olduğu söylenebilir. 2003 yılına gelindiğinde bu seçicilik 6 ve 4 gibi iki frekansla devam etmiştir. 2008 yılından itibaren ise etkilerin belirgin oranda kapasiteler üzerinde odaklandığı görülmektedir. Ve son olarak 2013 yılında 23 gibi frekansla yapılan kapasite arttırma yönündeki etki mutlaka yorum-

lanmalıdır. Bana kalırsa karar vericiler önceden tanımlanmış kapasite değerlerini arttırmak ya da kapasite değeri tanımlamak yönünde hareket ettiğinde, yönetmelik açısından, “olağanüstünün tanımlanması” konusunda mevcut yapısı açısından sınırlarına ulaştığını ve yeni bir egemenlik alanı tanımlamak zorunda olduğunu haykırmaktadır. Ve son çare olarak yardıma zaman mefhumu çağırılacaktır.

## 5. TARTIŞMA

Bu çalışmada yürütülen işlerin ve elde edilen bulguların kısa bir değerlendirmesini yapmadan önce, bu iş ve bulguların gelecekte anlamlı bir iş görebilmesi için önümüze koymamız gereken bazı ödevleri hemen şimdi saymakta yarar var:

- 1) Bu çalışmanın kapsamı olan ÇED Yönetmeliği ve geçirdiği süreç, Türkiye’de sivil toplum/devlet/sermaye eksenli bir tartışmanın en önemli potansiyel uğrağı olmakla birlikte, bu eksen hakkında kesin yargılara varmak için bu yönetmeliğin kendisi tek başına yeterli olamaz. Bu nedenle, bu çalışmadaki bulguların, ilerleyen dönemlerde gerçekleşmesi muhtemel ÇED değişikliklerinin de takibi ve ilavesiyle sürekli olarak genişletilmesinin yanında, ilgili diğer tüm mekân bağlamı sözleşmelerle bir arada yeniden değerlendirilmesi şarttır.<sup>18</sup>
- 2) Her fırsatta AB ÇED Yönetmeliği ile uyumlu olduğu ifade edilen ÇED sürecinin aslında böyle bir görüntü sergilemekten uzak olduğuna kısaca değinmiştik. Ancak bu husus, bu çalışmada belir-

<sup>18</sup> Örneğin Kamulaştırma Kanunu’nun bir alametifarikası olan “acele kamulaştırma” uygulaması ÇED yönetmeliğinin tarihsel sürecini anlamak açısından son derece faydalıdır. Kaya (2014)’e göre; aslen 1956 yılı İstimlak Kanunu ile ilk kez karşımıza çıkan ve 1983 yılı Kamulaştırma Kanunu ile güncellenen “Acele Kamulaştırma” ifadesi, doğrudan olağanüstü durumları tanımlayan bir maddedir. İlginç olan ise bu maddeye ithafen yapılan uygulama sayısının 56-83 yılları arasında 5, 83-2004 yılları arasında 11, 2004-2013 yılları arasında ise 584 (471 tanesi 2012 yılından sonra) şeklinde gerçekleşmiş olmasıdır. Bu uygulamaların en çoğu enerji alanında (yaklaşık yarısı) gerçekleşirken bu alanı kentsel dönüşüm ve yol çalışmaları izlemiştir. Kaya (2014)’e göre bu uygulamalarda, faaliyetler için arazinin temellük meselesinin kilit bir rol oynadığı açıktır. Hatta EPDK 2011-2015 stratejik planındaki şu ifade, sürecin ÇED ile ilgisini açıkça ortaya koyar. “(...) Mevcut durumda yatırımların hayata geçirilmesinde arazi temini yatırım sürecine etki eden başlıca faktörler arasındadır”. (Alp Yücel Kaya, “Piyasanın Görünmez Eli: Enerji Piyasası Kurulu Acele Kamulaştırma Kararları (2004-2012)”, 2014, Kampplatz Der-gi Sayı:5 içinde)

tilen konumlanma noktaları için AB ÇED Yönetmeliği'nin de aynı şekilde incelemeye tabi tutulması ile açıklığa kavuşturulmak ve detaylandırılmak zorundadır.

- 3) Çalışmanın listelerdeki sektör ve alt sektör değişimleri ile ilgili bulguları, bu çalışma kapsamında yalnızca frekans değerleri gibi genel bir bakış açısından değerlendirilmiştir. Söz konusu bulguların bulunduğu tablolar, yazının boyutunu çok arttıracığı için burada sunulmamıştır. Öte yandan tablolarda göze çarpan değişimlerin gerçekte hangi sermaye grupları ile eşleştirilebileceğini ortaya koyabilecek olası çalışmalar, bu çalışmanın ulaşmak istediği asıl noktayı gerçeğe dönüştürmüş olacaktırlar. Bu anlamda bu husus hala bir ödev olarak önümüzde durmaktadır.

Çalışma boyunca dikkat çekmeye çalıştığımız hususları kaba bir örnek üzerinden değerlendirmeye çalışalım. Bir maden çıkarma faaliyeti söz konusu olsun. Eğer bu işe uygun ya da yapmaya talip sermaye grupları üzerinde bir kontrol unsuru olarak hukuku kullanmak istiyorsam karar verici olarak öncelikle bütün yetkiyi merkezde yani kendi üstümde toplasam iyi olur. Bu anlamda, yeni binyılla birlikte ve özellikle 2002 Yönetmeliği sonrasında ÇED Yönetmeliği'nin temel bileşenlerinin bu arzu doğrultusunda şekillendirildiğini göstermiştik (bkz. Bölüm 4.1.). Ayrıca, bir başka açıdan, söz konusu iktisadi faaliyetin herkes tarafından ve istendiği zaman yapılmasını engellemek durumundayımdır. Faaliyet hiç kimse tarafından yapılamamalı, benim istediğim herkes tarafından ise yapılabilmelidir. Dolayısıyla bu faaliyet biçimini bir yönetmelik uygulamasıyla (burada "ÇED Gerektirir" şeklinde) kontrol altında tutmam son derece işlevseldir. Ama bu yeterli olamaz zira bu durumda koşulları sağlayan ve uygun bir rapor hazırlayan her girişimci bu faaliyeti yapabilme hakkına sahip olacaktır. O halde ikili bir kapsam ya da hiç değilse somut bir rapor sunmaktansa muğlaklık tarafından inşa edilen bir ön araştırma kavramını kullanmam da son derece kullanışlı olabilir. İşte bu, eğer ilk koşul çok sıkıysa ön araştırma ya da ikili kapsam yönünde yapabileceğim pozitif bir basınç anlamına gelir (bkz. 2002 yönetmeliği). Fakat bu da yetmeyebilir. Bazı "olağanüstü durumlar" tanımlamak suretiyle kontrolü elimde tutmaya çalışsam iyi olur (bkz. 2003 yönetmeliği). Peki, bu seçenekler sınırlarına dayandığında ne yapabilirim? Mevcut karar verme biçimleri bize 2 ekstra seçenek göstermiş gibi görünüyor. İlk seçenek söz



konusu proje biçimi için bir kapasite değeri tanımlamak olabilir (“25 hektar ve üzeri alanlarda yapılan çıkarma faaliyetleri için ÇED gerekir, altındakiler için ise Ön araştırma gerekir” gibi). Bu sayede, örneğin 25 hektar üzerindeki uygulamalar için istediğim girişimcinin önünü ÇED raporu ya da ön araştırma<sup>19</sup> ile engelleyebilirim. 2008 yılından itibaren yaşanan liste içi hareketlilikler de bu davranış biçimini işaret etmektedir. Kanunun arkasından dolaşmak olarak tanımlayabileceğimiz ikinci seçenek ise; zaman mevhumunun lehte kullanılması için hukuksal süreci uzatmak ve bu süreçte faaliyeti gerçekleştirip oldu bittiye getirmek şeklinde bir uygulama biçimidir.

Sermayenin bir iktisadi faaliyet yoluyla genişletilmesi sürecinin en önemli ihtiyacı zamandır. “Para yatır-meta al-para kazan” türünden bir dolaşım biçiminde oluşacak artık değerın zamandan ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Klasik anlamda bir zaman-mekân sıkışması, tüm mekanları alt üst etmesi beklenen bu zamanın miktarının olabildiğince kısa olması gerekliliğine vurgu yapar. Ancak burada bir anomaliyle karşı karşıyayız. Tüm stratejilerimiz sınırlarına dayanmasına rağmen beklenmedik bir unsur olarak sivil toplumun baskısı devreye giriyor. Zamanın en kısa biçimine ihtiyaç duyarırken zamanın durdurulması yönünde bir baskı var. Bu durumda yapmam gereken öncelikle zamanı yaratmaktır. Bu ise zamanı görelili olarak yavaşlatmak, ya da öyleymiş gibi göstermek anlamına gelen hukuki bir oyalama biçimi olarak karşımıza çıkıyor. Zaman durmuş gibi görünürken faaliyetler tamamlanıyor. Tabi ki bu zamanın oluşmasına engel olan sivil toplum engelini aşmak için kullanabileceğim bir yargı ilişkisi varsa ivedi yargılama türünden bir uygulama da çok işime yarar. Son yıllarda bu uygulama biçiminin de sıkça kullanıldığını görüyoruz.

Sonuç olarak yönetmelik, sermaye birikiminin mekân dolayımıyla genişlemesi için her şeyi yapmışa benziyor. Ta ki yeni bir strateji ortaya koyana kadar bekleyip göreceğiz.

<sup>19</sup> Burada, özellikle maden uygulamalarında kullanıldığını bildiğimiz ama her sektör için geçerli olabilecek bir uygulama biçimi söz konusu. Karar verici, faaliyeti ön araştırma yönüne çekmek için, faaliyetin yapılacağı alan ya da gerçekleştirilecek kapasite miktarı ÇED Gerektirir kapsamında ise alan ya da kapasite değerini küçük parçalar halinde düşünerek (önce 5 hektar maden çıkarma, sonra 5 hektar daha .... gibi) süreci istediği gibi yönetebilmektedir.

### Kaynakça

- Alıca Süheyla Suzan, "Çevresel Etki Değerlendirmesinin Yargı Kararları Çerçevesinde İrdelenmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 15, Sayı 3.
- ÇED 1993, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği", 1993, Çevre Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 07.02.1993, Sayısı: 21489.
- ÇED 1997, «Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği», 1997, Çevre Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 23.06.1997, Sayısı: 23028.
- ÇED 2002, «Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği», 2002, Çevre Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 06.06.2002, Sayısı: 24777.
- ÇED 2003, «Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği», 2003, Çevre ve Orman Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 16.12.2003, Sayısı: 25318.
- ÇED 2008, «Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği», 2008, Çevre ve Orman Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 17.07.2008, Sayısı: 26939.
- ÇED 2013, «Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği», 2013, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 03.10.2013, Sayısı: 28784.
- ÇED 2014, «Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği», 2014, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 25.11.2014, Sayısı: 29186.
- Değişiklik 1999, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik", 1999, Çevre Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 13.08.1999, Sayısı: 23785.
- Değişiklik 2000a, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 28. inci maddesine Bir Fıkra Eklenmesine Dair Yönetmelik", 2000, Çevre Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 14.04.2000, Sayısı: 24020.
- Değişiklik 2000b, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'ne Geçici Madde Eklenmesine İlişkin Yönetmelik", 2000, Çevre Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 29.09.2000, Sayısı: 24185.
- Değişiklik 2000c, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik", 2000, Çevre Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 26.10.2000, Sayısı: 24212.
- Değişiklik 2002, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 18. maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik", 2002, Çevre Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 08.10.2002, Sayısı: 24900.
- Değişiklik 2004, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik", 2004, Çevre ve Orman Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 16.12.2004, Sayısı: 25672.
- Değişiklik 2009, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik", 2009, Çevre ve Orman Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 19.12.2009, Sayısı: 27437.

- Değişiklik 2011a, “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”, 2011, Çevre ve Orman Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 14.04.2011, Sayısı: 27905.
- Değişiklik 2011b, “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”, 2011, Çevre ve Orman Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 30.06.2011, Sayısı: 27980.
- Değişiklik 2013, “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”, 2013, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Resmi Gazete Tarihi: 05.04.2013, Sayısı: 28609.
- Kaya Alp Yücel, “Piyasanın Görünmez Eli: Enerji Piyasası Kurulu Acele Kamulaştırma Kararları (2004-2012)”, 2014, *Kampplatz Dergi*, S. 5 içinde.
- Somersan Semra, “Olağan Ülkeden Olağanüstü Ülkeye: Türkiye’de Çevre ve Siyaset”, 1993, Metis Yayınları.

# VERGİLENDİRME YETKİSİNİN MEŞRULUK KAYNAKLARI: OPTIMAL VERGİLENDİRME İLKELERİ VE KAMU YARARI

## THE LEGITIMACY SOURCES OF TAX-RAISING POWER: OPTIMAL TAXATION PRINCIPALS AND THE PUBLIC WEAL

Kahan Onur ARSLAN\*

**Özet:** Çalışmamızda öncelikle vergilendirme yetkisinin meşruluk temeli olarak benimsenmesi gereken optimum vergilendirme ilkeleri belirlenmeye çalışılmış, ardından vergilendirme yetkisinin kullanılması bakımından kamu yararı kavramının önemi vurgulanmış ve Anayasa Mahkemesi'nin vergilendirme yetkisi ile ilgili kararlarına dayanak yaptığı kamu yararı kavramına ilişkin yaklaşımı incelenmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Vergilendirme, Vergilendirme Yetkisi, Vergilendirme İlkeleri, Optimal Vergilendirme İlkeleri, Kamu Yararı, Anayasa Mahkemesi

**Abstract:** In this study, first of all, the optimal taxation principals are determined as a fundament of the legitimacy of taxation. Then, the importance of the concept of public weal in terms of using of the taxation power is highlighted and the approach of the Constitutional Court's decisions to public weal on the basis of the taxation is examined.

**Keywords:** Taxation, Tax-Raising Power, Taxation Principals, Optimal Taxation Principals, Public Weal, Public Interest, The Constitutional Court

## GİRİŞ

Verginin hukuksallığının ve meşruluğunun temelinde devletin hukuksallığı ve meşruluğu sorunu yatmaktadır. Öyle ki ancak hukuken geçerli ve meşru bir devletin belirli ilkeler doğrultusunda alacağı değerler vergi karakterini taşıyabileceklerdir.

Meşru devletin en temel gelir kaynağı olan verginin meşruiyeti ise vergi muhataplarının vergi mükellefiyetlerini yerine getirirken göster-

\* Arş. Gör., Erzincan Üniversitesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

dikleri rıza ve verginin verimliliğine olan inançları ile doğru orantılıdır. Bu sebeple devletler, vergilendirme yetkilerini kullanırken muhatapların rızalarını en üst seviyede sağlamak amacıyla çeşitli ilkeler benimsemelidirler. Optimal vergilendirme ilkeleri olarak adlandırılacak bu ilkeler doğrultusunda kurulan bir vergi sistemi, hiç kuşku yok ki verginin meşruiyeti için gerekli olan birincil şarttır.

Verginin meşruiyetinin bu ilk şartının da amacı olan kamu yararının sağlanması ise, vergilendirme yetkisinin kullanılmasında mutlak surette göz önünde bulundurulması gereken ikinci şarttır.

Fakat kanunlar bakımından TBMM'nin, yürütme yetkisini kullanılması bakımından Bakanlar Kurulu ve idari mercilerin yetki sınırını oluşturan ve yargı mercilerince verilen içtihatların meşruiyet kaynağı olan kamu yararı kavramı üzerinde doktrinde henüz üzerinde uzlaşmış bir tanım bulunmamaktadır.

Buna karşın gerek yasama organı ve yürütme organı, düzenleyici işlemleri ihdas ederken ve yürürlüğe koyarken, gerekse mahkemeler millet adına verdikleri kararları gerekçelendirirken sık sık kamu yararı kavramına başvurmakta ve bu soyut kavramı icraatlarına dayanak noktası yapmaktadırlar.

Yasama yetkisi kullanılırken esasen her kanunda temel ölçüt olması gereken kamu yararı, yasama organının mutlak iktidarlar karşısında tarihsel süreçte edindiği ilk yetki olan vergilendirme yetkisi kullanılırken de hiç şüphesiz en temel ölçüt olmalıdır. Aksi takdirde, vergilendirmenin ve vergilerin meşruiyetinden söz edilemeyecektir. Bu ihtimal de kısa vadede iktidarın ve daha ötede devletin meşruiyetinin sorgulanması sonucunu doğuracak sonuçlara dahi yol açabilecektir.

Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle vergilendirme yetkisinin meşruluk temeli olarak benimsenmesi gereken optimum vergilendirme ilkeleri belirlenmeye çalışılacak daha sonra ise ve vergilendirme yetkisinin meşruluk temeli olarak kamu yararının önemi üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Fakat bu noktada yukarıda da vurgulandığı üzere, ne doktrinin, ne yasama organının, ne yürütme yetkisini kullanan mercilerin, ne de yargılama yetkisi kullanan mahkemelerin kamu yararının genel ge-

çer, mutlak ve sihirli bir tanımını yapmamış oldukları gerçeğiyle karşılaşılmaktadır. Yine de kavramın kesin bir tanımının bulunmaması kavramın önemini azaltmamakta bilakis kavramı daha hassas kılarak daha da önemsenmesini gerektirmektedir.

Bu sebeple çalışmamızın ikinci bölümünde kamu yararı kavramı üzerinde nispeten uzlaşmış veriler üzerinden gidilerek, kavramın vergilendirme ile olan ilişkisi irdelenmeye çalışılacak, Anayasa Mahkemesi'nin vergilendirmeye ilişkin önemli olduğu düşünülen bazı kararlarında kamu yararı kavramına karşı nasıl bir algı geliştirdiği ve bu kavramı vergilendirmeye ilişkin kararlarına nasıl gerekçe yaptığı incelenmeye çalışılacaktır.

## I. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN MEŞRULUK KAYNAĞI OLARAK OPTİMAL VERGİLEME İLKELERİ

Devlet ve birey, çıkarları tarih boyunca çarpışan ve bu çarpışma sürecinde birbirlerini sürekli sınırlandırma eğiliminde olan iki kavram olmuştur. Gerek nitelik gerekse nicelik bakımından güçlerin büyük çoğunluğuna sahip bulunan devlet, bireye bir takım hizmetler sunmak durumundayken, bireyden ise kendisine sunduğu bu hizmetler karşılığında getirdiği yükümlülükler uymasını talep etmektedir. İşte devletin bireye yüklediği bu yükümlülüklerin başında vergi yükümlülüğü gelmektedir.

Devletin vergilendirme yetkisi, ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücü olarak tanımlanabilir. Bu yetkinin devletin varlık koşulu olduğu söylenir çünkü devletin egemenliğini sürdürebilmesi için düzenli kaynaklara ihtiyacı vardır. Bu açıdan vergilendirme yetkisinin kullanılması siyasal bir zorunluluktur. Devletin kendisinden beklenen kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi için bu hizmetlere karşılık gelen kaynakları vergilendirme yetkisini kullanarak sağlaması gerekir. Bu bakımdan devlet kavramının ilk belirtisi onun malî talepte bulunmasıdır.<sup>1</sup>

Elbette verginin hukuksallığının ve meşruluğunun temelinde devletin hukuksallığı ve meşruluğu sorunu yatmaktadır. Öyle ki an-

<sup>1</sup> Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982, s. 3-4.

cak hukuken geçerli ve meşru bir devletin belirli ilkeler doğrultusunda alacağı değerler vergi karakterini taşıyabilecektir.<sup>2</sup>

Bu bakımdan, herhangi bir vergi sistemini oluştururken ya da mevcut bir vergi sistemini değişikliğe tâbi tutarken “optimal vergilendirme”<sup>3</sup> ilkelerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Optimal vergilendirmenin dört temel ilkesi ise şu şekilde özetlenebilir:<sup>4</sup>

1. Bir ülkede yaşayan herkes mümkün olduğu ölçüde ödeme gücüyle orantılı olarak devlet harcamalarının finansmanına katkıda bulunmalıdır. Bu ilkenin ihmal edilmesi vergilendirmede adaletsizliği ortaya çıkarır.
2. Her bireyin ödemek zorunda olmadığı vergi keyfi olmamalı, kesin olmalıdır. Ödeme zamanı, ödeme şekli, ödeme miktarı herkes için açık olarak tespit edilmelidir.
3. Her vergi, vergiyi ödeyecek birey için en uygun olan zamanda ve en uygun şekilde tahsil edilmelidir.
4. Halkın cebinden çıkan para ile devlet hazinesine giren para birbirinden çok farklı olmamalıdır. (Bir başka ifadeyle verginin tahsil maliyetinin makul seviyede olması gerekmektedir ki toplanan vergiler verimli/iktisadi olabilsin.)

Bu dört temel ilke kısaca “adalet”, “kesinlik”, “uygunluk” ve “iktisadilik” olarak adlandırılabilir.

Maliye teorisinde de pek çok maliyeci iyi bir vergi sisteminde bulunması gereken normatif vergilendirme ilkeleri üzerinde çalışmalar yapmışlardır. Buna göre günümüzde yukarıda bahsedilen dört temel optimal vergilendirme ilkesini de kapsayan, toplam altı optimal vergilendirme ilkesinin gerekliliğinden söz edilebilir.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Orhan Dikmen, Maliye Dersleri, Birinci Kitap, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1964, s. 81.

<sup>3</sup> “Optimal vergilendirme” kavramı, ideal bir vergi sisteminin temel ilke ve özelliklerini ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

<sup>4</sup> Vergilendirme ilkeleri konusunda Adam Smith’in ünlü Milletlerin Zenginliği adlı eserinde belirttiği bu ilkeler ideal bir çerçeve çizmektedir. Smith’in Milletlerin zenginliği isimli eserinden aktaran: Coşkun Can Aktan; Dilek Dileyici; İstiklal Y. Vural; (Edt.) Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi, Seçkin Yay. , Ankara, 2006, s. 11-12.

<sup>5</sup> Aktan/Dileyici/Vural, s. 13-20.



1. Adalet/Eşitlik İlkesi: Vergi sisteminde kanun önünde eşitlik ilkesi uygulanmalıdır. Bir başka ifadeyle vergi yasaları önünde herkes eşit olarak görülmeli ve vergi yasaları herkese aynı şekilde uygulanmalıdır.

Aynı zamanda “yatay adalet” ve “dikey adalet” ilkeleri uygulanmalıdır. Yatay adalet ilkesi, aynı ya da benzer durumda olan vergi yükümlülerinin aynı esaslar dâhilinde vergilendirilmesini öngörmektedir. Dikey adalet ilkesi ise, vergi konuları itibarıyla farklı gelir ve servete sahip olan farklı harcama eğilimleri olan yükümlülerin aynı ölçüde değil, farklı miktarda vergi ödemelerini öngörmektedir.

2. Genellik İlkesi: Bu ilkeye göre, bir toplumda yaşayan bireyler arasında cinsiyet, dil, din, ırk ve milliyet ayrımı gözetilmeksizin herkes anayasada ve vergi yasalarında belirtilen “vergi konusu” ile bağlantı içerisinde bulunduğu takdirde vergi yükümlüsü olmalı ve vergisini ödemelidir. Aynı zamanda vergi sistemi içerisinde hiçbir kişi ya da kesime vergi imtiyazları tanınmamalıdır.
3. İstikrar İlkesi: Optimal vergilendirmede vergilendirme kurallarının siyasal otoriteleri bağlayıcı olması savunulmakta ve siyasal otoritelerin keyfi vergiler getirmesi ve vergi oranlarını keyfi bir şekilde arttırması önlenmek istenmektedir. Bu bakımdan istikrar ilkesinin bir diğer gerekliliği de “öngörülebilirlik”tir.
4. Tarafsızlık İlkesi: Tarafsızlık, vergilerin ekonomik birimlerin karar ve tercihlerini etkilemeyecek özelliklerde olmasını ifade eder. Tarafsızlık ilkesi gereği, ekonomi politikası amaçlarını (ekonomik kalkınma, gelir dağılımı, ekonomik istikrarın tesis edilmesi, tam istihdamın sağlanması vs.) gerçekleştirmek için vergilerin araç olarak uygulanmasını öngören müdahalecilik anlayışından uzak durulmalıdır. Bir vergi tarafsız olduğu ölçüde ekonomi politikası amaçlarının gerçekleşmesine kendiliğinden daha fazla hizmet eder.
5. Etkinlik İlkesi: İdeal bir vergi sisteminde vergi yükümlülerinin katlandığı maliyetlerin ve aynı zamanda vergi yönetiminde ortaya çıkan maliyetlerin asgari düzeyde olması gerekir.
6. Basitlik İlkesi: Optimal vergi sistemi, özü itibarıyla çok sayıda ve türde vergi alınmasına karşı çıkan ve vergi yönetimindeki keyfi-

yeti eleştiren bir yaklaşımdır. Vergilerdeki karışıklığın önlenmesi ve vergi sisteminde basitliğin tesis edilmesi için optimal vergi sistemi iki reform önermektedir:

- Vergi konularının anayasada açık olarak belirlenmesi,
- Vergilerin düz oranlı olarak anayasada belirlenmesi.

Bu açıdan vergi düzenlemelerinin anayasal düzeyde dizaynı büyük önem taşımaktadır.

Daha çok verginin meşruiyeti ile ilgili olan bu optimum vergilendirme ilkeleri yanında, verginin hukuksallığı ile ilgili olan bir diğer önemli ilke de “temsilsiz vergi olmaz” şeklinde de ifade edilebilecek olan “verginin yasallığı” ilkesidir.

“Temsilsiz vergi olmaz” ilkesi ile işaret edilen temel meseleler devletin vergilendirme yetkisi ve buna bağlı olarak da devletin vergilendirme yetkisini kullandığı alan ile vatandaşın devletin karar alma mekanizmalarında temsili ve kendi temsilcilerinin çıkaracağı yasalarla vergi konulabileceğidir.<sup>6</sup>

Vergilerin ancak kanunla koyulabileceği kuralı birkaç istisna dışında hemen hemen tüm anayasalarda yer almaktadır. Bunun nedeni vergilendirme yetkisinin parlamentoların tarih içinde kazandıkları ilk yetki olması olabileceği gibi kişilerin hak ve özgürlük alanlarına yönelen en etkin müdahalelerden biri olan verginin kanunla konulmasının sağladığı güvence de olabilir.<sup>7</sup>

Verginin yasallığı ilkesi ayrıca, genel olarak yönetilenlerin anayasalarda üstün birer hak olan temel hak ve hürriyetlerin korunmasında da özel önem, güvence ve istikrar isteyen konulara ilişkin olan ve hukuk devleti ilkesinin gereklerinden doğarak kamu hukukunun ve anayasa hukukunun biçimlendirdiği pekiştirici nitelik taşıyan bir ana ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>8</sup> Bu açıdan verginin yasallığı ilkesi aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin temel bir gereği olan hukuk güvenliği ilkesinin sağlanması için de gerekli ve zorunlu bir ilke konumundadır.

<sup>6</sup> Nihal Saban, *Vergi Hukuku*, Beta Yay. , İstanbul, 2009, s. 48.

<sup>7</sup> Nami Çağan, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1982, Cilt: 37, Sayı: 1-4, s. 123-151.

<sup>8</sup> Gülsen Güneş, *Verginin Yasallığı İlkesi*, XII Levha yay. , İstanbul, 2008, s. 6.

Ancak elbette vergilendirme yetkisinin tek sınırı yasallık değildir. Vergi hukuku, devletin kişi hak ve özgürlük alanına müdahalesini düzenleyen bir hukuk dalı olduğu için, hukuk devleti kavramı ile de yakın bir ilişki içerisinde. Devlet, hukuk devletinde vergilendirme yetkisini hukuk kuralları çerçevesinde kullanmalıdır.<sup>9</sup>

Bu bakımdan, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan Anayasa, vergi hukukunun da en temel kaynağıdır. Vergi konusundaki diğer hükümler de kaynağını Anayasadan almak ve Anayasaya aykırı olmamak zorundadır. Vergiler kadar vergilendirme yetkisi de temelini Anayasadan almaktadır. Bu sebeple vergilendirme yetkisinin sınırları da en başta Anayasa ile çizilmektedir.

Vergilendirme yetkisini sınırlandıran en önemli Anayasal ilkeler: Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "demokratik devlet ilkesi", "sosyal devlet ilkesi" ve "hukuk devleti ilkesi" ile Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "kanun önünde eşitlik ilkesi" olarak sıralanabilir.

Bunlardan başka Anayasa'nın vergi hukukunu doğrudan ilgilendiren en önemli maddesi olan ve Anayasa'nın "Temel Hak ve Ödevler" başlıklı İkinci Kısmının "Siyasi Hak ve Ödevler"i düzenleyen Dördüncü Bölümünde yer alan ve "Vergi Ödevi" başlığı altında düzenlenen 73. maddesi de vergilendirme yetkisinin sınırlarını belirlemektedir.

Demokrasi, halkın devlet yönetiminde etkili olması anlamında alındığında, devletin bütün faaliyetlerinde halkı aydınlatmayı, inandırmayı, halkın arzu ve isteklerini göz önünde bulundurmamayı, halkın bilgi, uyarma ve yardımlarından faydalanmayı gerektirir. Bu bakımdan, vergilendirmede demokratik devlet ilkesine uygunluk ancak, halkın işbirliği ve katılımı ile gerçekleştirilebilir. Bu işbirliği ve katılım kişilerin vergilendirme işlemlerini benimsemesi ve toplumun birer bireyi olmaları bilincine varmalarına da yardım etmektedir.<sup>10</sup>

Sosyal devletin temel amaç ve görevleri, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasıdır. Bu amaçlar çerçevesinde devlet, bir yandan ekonomik bakımdan zayıf olan toplum kesimlerini koruyacak, vatandaşları sosyal güvenliğe kavuşturacak, diğer yandan

<sup>9</sup> Ümit Süleyman Üstün, "Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.Ü. 20. Yıl Armağanı, 2003, Cilt: 11, Sayı:1-2, s. 251-271.

<sup>10</sup> Çağan, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", s.135.

da ekonomik kalkınmayı sağlayacaktır. Hukuk devleti kanun önünde eşitliği benimserken, sosyal devlet ilkesi bunu aşarak, sosyal adalete uygun fırsat eşitliğini ve kişilerin milli gelirden adil bir pay almalarını hedefler ve sosyal sınıflar arası dengeyi sağlamaya çalışır.<sup>11</sup> Devletin sosyal devlet olma derecesini anayasadaki ekonomik ve sosyal hakların gerçekleşme derecesi belirler.<sup>12</sup>

Bu bakımdan sosyal devlet, vergilendirme aracını bir yandan sosyal adaletin, gelirin ve servetin yeniden dağılımının gerçekleştirilmesinde, diğer yandan da planlı kalkınma için gerekli özendirici tedbirleri alırken kullanmaktadır.<sup>13</sup> Devletin sosyal devlet ilkesinin kapsadığı ödevlerini yerine getirmesi, özel kesimde oluşturulan kaynakların bir bölümünün devlete aktarılmasını ve bunların devlet düzeyinde kamusal harcamalara dönüştürülmesini gerektirmektedir.<sup>14</sup>

Kanun önünde eşitlik ise, kanunların getirdiği kamusal haklar ve yükümlülükler bakımından eşitliği ifade etmektedir. Aynı durumda bulunan kişilerin kanun önünde hak ve yükümlülükler bakımından eşit durumda bulunması gerekir. Eşitlik ilkesinin kamu maliyesi açısından anlamı ise vergi kanunları önünde eşitliktir. Bunu gerçekleştiren maliye disiplini ilkesi ise vergi adaletidir. Vergi adaleti tüm kişilerin toplam kamu külfetlerine, vergi yüküne kendi mali güçleri ölçüsünde katılmalarını amaçlayan bir ilkedir.<sup>15</sup>

Bunlar yanında Anayasa'nın 73. maddesi, vergi ödevine hâkim olan temel anayasal ilkeleri kapsamaktadır. Bu ilkeler sırasıyla verginin genelliği, verginin kamu giderlerini karşılamaya yönelik olması, mali güçle orantılı olması, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ile verginin kanuniliği ilkeleridir. Bu ilkeler birbirinden kesin çizgilerle ayrılmamaktadır. Bir başka ifadeyle birbirinden farklıymış gibi görünen bu ilkeler aslında birbirleriyle bağlantılı ve çoğu zaman iç içe-dirler.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Üstün, s. 254.

<sup>12</sup> İhsan Bahri Bellek, "Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasal Vergilendirme İlkeleri Açısından Türk Vergi Sisteminin Değerlendirilmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, 1997, Sayı:105, s. 71.

<sup>13</sup> Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 52.

<sup>14</sup> Üstün, s. 255.

<sup>15</sup> Ahmet G. Kumrulu, "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1979, Cilt: 36, Sayı: 1-4, s. 147-162.

<sup>16</sup> Üstün, s. 255.

Örneğin, Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan "herkes" ifadesi, vergi adaletinin birinci unsuru olan genellik ilkesini işaret etmektedir. 73. madde aynı zamanda vergi yükünü "mali güce göre" diyerek sınırlandırmış ve böylece vergi adaletinin ikinci unsurunu da kapsamış olmaktadır.<sup>17</sup> Öyle ki, Anayasa'nın 73. maddesinde düzenlenen bu temel vergilendirme ilkeleri bir bakıma hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerinin de somutlaştırılmış ifadeleridir denilebilir.

## II. VERGİLENDİRME YETKİSİNİN MEŞRULUK KAYNAĞI OLARAK KAMU YARARI KAVRAMI

Günümüzde kamusal eylem ve işlemlerin birincil amacı olarak kabul edilen "kamu yararı" kavramının tarihsel altyapısı "ortak iyi" kavramı üzerine kurulmuştur. "Ortak iyi" kavramı, Antik Yunan'da bulunan Site devletlerinden Roma'ya ve Ortaçağ'a aktarılmış ve 1789 öncesi monarşileri beslemiştir. "Ortak iyi" sanayi ve ticaret toplumuna geçiş öncesinde özellikle Avrupa toplumlarının siyasi tarihinin ortak kavramı haline gelmiştir.<sup>18</sup>

"Ortak iyi" anlayışının temelinde toplumsal yararın, bireysel yararların toplamından oluştuğu düşüncesi yatar. Öyle ki "ortak iyi" düşüncesine göre, bireyin de toplumun da niteliği ve özü aynıdır ve bu sebeple birine aykırı olan ötekine de aykırıdır. Toplum bireylerden oluştuğuna ve devlet de toplumun iktidarı olduğuna göre; birey, toplum ve devlet aynı yönü izler. Öyleyse ortak iyi, toplumun yararından başka bir şey değildir. Örneğin, Akıllıoğlu'nun da ifade ettiği üzere, İlk Çağ'da Çiçero, kamu hukuku ile özel hukukun ortak kavramının "toplum yararı" olduğunu savunurken ya da Orta Çağ'da Aquino'lu Thomas, toplum iyiliğinin birey ve toplumun ortak amacı olduğunu, ikisinin bir bütün oluşturduğunu savunurken bu fikri desteklemekteydiler.<sup>19</sup>

Bu düşüncenin de etkisiyle, siyasal yaşamda, bir siyasal topluluğun mensupları arasında, ortaya çıkarma yükümlülüğünün yönetenlere ait olduğu ön kabulü üzerine kurulan, bir "ortak iyi"nin var olduğu yolunda güçlü bir gelenek yerleşmiş bulunmaktadır. Ancak

<sup>17</sup> Kumrulu, s. 156.

<sup>18</sup> Osman Saraç, "Kamu Yararı Kavramı", *Maliye Dergisi*, Ocak-Nisan 2002, Sayı: 139, s. 1.

<sup>19</sup> Tekin Akıllıoğlu, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1988, Cilt: 9, Sayı: 1-3, s. 16.

yöneticilerin, sözü edilen ortak iyunin peşinden gitme yükümlülüklerinin nasıl yorumlanacağı ve bu yükümlülüklerin nasıl yerine getirileceği sürekli bir tartışma konusu olmuştur. Çünkü modern demokratik ülkelerde grupların, kuruluşların ve yurttaşların arasında herhangi bir ortak iyunin olup olmadığı varsa bile bunun nasıl bulunup ortaya çıkarılacağı merak edilmektedir.<sup>20</sup>

Özellikle 20. yüzyılda birey ve azınlık haklarının ağır ihlallerinin, içinde bireyin eridiği toplum ve ulus gibi kolektif varlıklara dayanılarak meşrulaştırılmaya çalışılması, toplumun genel çıkarını ifade etmek üzere yeni bir kavrama başvurulması gereğini doğurmuştur. Bu gereklilik sebebiyle klasik siyasal düşüncede “genel irade”, “ortak iyi” gibi kavramların yerine günümüzde toplumun tüm üyelerinin çıkarlarını ifade etmek üzere en yaygın şekilde kullanılan kavram “kamu yararı” kavramı olmuştur.<sup>21</sup>

Kamu yararından önce, sanayi toplumu öncesinde var olan Avrupa siyasi toplumunun ortak yarar ve ortak iyi anlayışında devletten başka mevcut bir toplum yararı reddedilmekte iken,<sup>22</sup> günümüzde artık insanların topluluk ve örgütlerin kendilerini oluşturan kişilerden farklı hedefler izleyebilecekleri ve bu hedeflere varmak için izlenen politikaların birbirleriyle ve zaman içinde kendileriyle çelişebilecekleri fikri de kabul görmeye başlamıştır.<sup>23</sup> Fransız Devrimi ile devletten önce ve öte mevcut bir kamu yararı reddedilerek toplum yararı Orta Çağ’da olduğu gibi ilahi olmayan yani dünyevi, ussal ve anlaşılabilir bir değer ölçüsü haline gelmiştir.

Bu bakımdan tanımlanması oldukça güç olan “kamu yararı”nın geniş anlamıyla siyasal, sosyal ve hukuki boyutlara sahip soyut bir kavram olduğunu söylemek gerekir. Ancak “kamu yararı” kavramı siyasal iradenin topluma yönelik politika ve faaliyetleri ile soyutluktan çıkıp somut hale gelebilmektedir. Çünkü kamu yararı, siyasal bir tasarruftur. Siyasal iradeye yön veren ideoloji ve bu ideoloji çerçevesinde

<sup>20</sup> Robert Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 357.

<sup>21</sup> Oktay Uygun, *Demokrasi Tarihsel, Siyasal ve Kültürel Boyutlar*, XII Levha Yayınları İstanbul 2011, s. 379.

<sup>22</sup> N. Münci Çakmak, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*, Seçkin Yayınları, 2013, s.123.

<sup>23</sup> Akıllıoğlu, s. 16.

siyasal iradenin topluma bakış açısı, kamu yararının şekillenmesini de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle kamu yararı öncelikli olarak siyasal irade tarafından tanımlanmalıdır. Ayrıca, kamu yararının belirlenmesi açısından yargı kararları da önem arz eden bir diğer kaynak olmaktadır. Çünkü kamu yararı, yargının karar verirken göz önünde tuttuğu temel ilkelerden biridir.<sup>24</sup> Ancak elbette yargı mercileri kamu yararı kavramına başvururlarken olabildiğince hassas ve dikkatli davranmalıdırlar. Aksi halde mahkemeler salt hukukilik değil aynı zamanda yerindelik denetimi de yapan bir kurumlar haline dönüşebilirler.<sup>25</sup>

Belki de bu sebeple, yani; kamu yararı kavramının belirsizliği hem siyasal iradeye hem de yargıya büyük ölçüde hareket serbestisi tanıdığından, yasama organı ve yargı mercileri kamu yararına ilişkin net bir tanım yapmaktan kaçınmaktadırlar. Anayasa Mahkemesi de kamu yararının dinamik ve çok işlevli bir kavram olduğunu kabul etmekte ve kamu yararının ancak somut olaylara göre yorumlanabileceğini vurgulamaktadır.<sup>26</sup> Öyle ki, bir kararında belli bir dönemde mevcut bulunan kamu yararının, değişebileceği ve hatta zamanla ortadan kalabileceği yönünde de görüş belirtmiştir.<sup>27</sup> Bu bakımdan kamu yararı kavramının gerçekte hukuki olmaktan çok siyasi ve ideolojik bir niteliği olduğu söylenebilir. Çünkü kamu yararı, siyasi iktidarı kullananların dünya görüşüne göre farklı bir anlama bürünebilmektedir.<sup>28</sup>

Anlaşıldığı üzere, kamu yararı kavramının yasal bir tanımı olmadığı gibi, tanımlanması ve formüle edilmesi de kolay değildir. Çok işlevli ve çok boyutlu bir kavram olan kamu yararının sınırlarının çizilerek tanımlanması ve ona belli bir anlam yüklenmeye çalışılması da kavram ile sağlanmak istenen amacı gerçekleştirmede sorunlar yaratacağı gibi idarenin faaliyetlerini sınırlandırabilme ihtimali açısından da tehlike arz etmektedir.

Geniş anlamıyla devletin kamu gücüne dayanarak elde ettiği tüm gelirleri içermek üzere kullanılan vergi hukuku bakımından da, kamu

<sup>24</sup> Esra Dik, Kamu Yararı, Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2006, s. 5.

<sup>25</sup> Ergun Özbudun, Anayasa Hukuku, Yetkin Yay., Ankara, 2010, s. 417.

<sup>26</sup> Dik, s. 5.

<sup>27</sup> Esas Sayısı: 1972/14, Karar Sayısı:1972/34, Karar Tarihi: 22.06.1972, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 10, s. 478-494.

<sup>28</sup> Özbudun, s. 417.



yararı kavramı özel bir önem arz etmektedir. Çünkü vergi ödevinin niteliğine, vergi borcunun doğması ve ortadan kalkmasına ilişkin maddi ve şekli hukuk kurallarının da temelinde kamu yararının sağlanması temel hedef olmalıdır. Bu bakımdan temelinde kamu yararını sağlama amacı olmadan ihdas edilmiş vergiler, verginin mükellefi olan halk tarafından benimsenmez ve devletin işleyişini temelden sarsabilecek eylemlerin fitilini ateşleyebilecek nitelikte hareketlere dönüşebilir.

Belki de bu yüzden mutlak iktidarın halk tarafından sınırlandırılmak istenen ilk yetkisi vergilendirme yetkisi olmuştur. Bilindiği üzere tarihte günümüzdeki anlamıyla ilk demokrasi mücadelesi, iktidarların keyfi vergi koymalarına tepki olarak başlamıştır. Mutlak iktidarın vergilendirme gücünün sınırlandırılarak hukukla bağlı hale getirilmesi modern anayasal demokratik sistemin kurulması yönünde atılmış ilk adım niteliğindedir. Öyle ki, parlamentoların mutlak iktidar karşısında kazandıkları ilk yetki de vergilendirme yetkisidir. Nitekim günümüzde birçok anayasada yer alan “kanunsuz vergi olmaz” ilkesinin kökeninde on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda yerleşmeye başlayan “temsilsiz vergi olmaz” ve “rızasız vergi olmaz” anlayışları yer almaktadır. Bu anlayışlar, yükümlü temsilcilerinden oluşan parlamentoların onayı bulunmaksızın vergi alınamayacağı, aksi halde söz konusu vergilere halkın rıza göstermemiş sayılacağı anlamına gelmektedir.<sup>29</sup> Bu rızanın gösterilmesinin en temel sebebinin ise “halkın, vergilendirmenin temelde kamu yararının sağlanması amacıyla kamunun gelir elde etmesi” olduğu yönündeki kanaati olduğu söylenebilir.

Nitekim devletler, vergilendirme yetkilerini kullanırlarken yasal ve ekonomik sınırlarla bağlıdırlar. Vergilendirme, Anayasal ve yasal sınırlar içinde kaldığı ve yasaların öngördüğü ilkelere uygun olduğu sürece hukuksal; ekonomik sınırları aşmadığı sürece verimli ve güdülen amaç doğrultusunda etkindir.<sup>30</sup>

Devletin kamusal giderlerin finansmanını sağlamak için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradeyle kişilere yüklediği kamu ala-

<sup>29</sup> Mualla Öncel; Ahmet Kumrulu; Nami Çağan; Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 7.

<sup>30</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, “Vergilemenin Ekonomik Sınırları”, Prof. Dr. Akif Erginay’a 65’inci Yaş Armağanı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 460, Ankara, 1981, s. 596.

cağı olan verginin, anayasal sınırlar içinde toplanması zorunludur.<sup>31</sup> Bu bağlamda Anayasanın vergi hukuku ile ilgili birçok hükmü olduğu söylenebilir.

Bu çerçevede, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümleri vergilendirme yetkisinin sınırları bakımından; Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin hükümleri vergi kanunlarının anayasallık denetimi bakımından; idarenin yargı denetimine ilişkin hükümleri vergilendirme işlemlerinde hukuka uygunluğun sağlanması bakımından; kanunların yapılışına ilişkin hükümleri vergi kanunlarının yapılışları bakımından; bütçe ile ilgili hükümleri de yürütme organına verginin tahsil yetkisinin verilmesi bakımından vergi hukuku ile ilgilidir.<sup>32</sup>

Hukuk devletinin temel özelliği, kamu gücü ayrıcalığına dayanan her eylemin yasal düzenlemelere uygun olması bir başka ifadeyle devletin eylem ve işlemlerinde keyfi davranmaması, aynı zamanda da devletin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olmasıdır. Bu bakımdan devletin temel düzenleyici işlemi niteliğini taşıyan kanunların da Anayasa'ya uygun olması gerektiği açıktır. Günümüz modern demokratik devletlerinde Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimini yapmak suretiyle bu misyonu üstlenmekte olan bir yüksek yargı organıdır.

Fakat Anayasa Mahkemesi'nin vergi hukuku açısından denetimi sınırlıdır. Öyle ki, usulüne göre yürürlüğe konulan vergi anlaşmalarının Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılamamakta; olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan vergi konusundaki kanun hükmünde kararnamelelerin de şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmamaktadır.<sup>33</sup>

Anayasa Mahkemesi, vergi yasalarının sadece Anayasa'nın 73. maddesine uygunluğunu denetlemekle yetinmemekte, aynı zamanda Anayasa'nın diğer ilke ve hükümlerine uygun olup olmadığının da tespitini yapmaktadır.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Fatih Saraçoğlu, *Anayasa Mahkemesinin Vergiye İlişkin Kararlarında Kamu Yararı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 42.

<sup>32</sup> A. Bumin Doğrusöz, "Vergilemede Bazı Anayasal İlkeler" *Dünya Gazetesi*, 01 Mayıs 2006.

<sup>33</sup> Sadık Kırbaş, *Vergi Hukuku*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2008, s. 37.

<sup>34</sup> Kırbaş, s. 36.

Bu bakımdan, devletin vergilendirme yetkisi, Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan;

- kamu giderlerinin karşılanması,
- genellik,
- eşitlik,
- mali güç,
- vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı,
- yasallık,

ilkeleriyle birlikte Anayasa'nın genel ilkeleriyle sınırlandırılmış olup; verginin Anayasa'da öngörülen bu ilkeler gözetilecek şekilde yasayla düzenlenmiş olması gerekmektedir.<sup>35</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin vergi yasalarının denetiminde kullandığı yargılama kriterleri arasında da yer alan bu ilkeler ise şu şekilde sıralanabilir:

- Hukuk devleti ilkesi,
- Sosyal devlet ilkesi,
- Hukuki güvenlik ilkesi, (verginin belirliliği ilkesi, vergi yasalarının geriye yürümezliği ilkesi ve kıyas yasağı)
- verginin parasal yükümlülük olması ilkesi,
- verginin karşılıksız olması
- vergi yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde kamu yararı, ekonomik koşullar ve haklı neden ilkeleri,
- olağanüstü vergisel yükümlülüklerle ilişkin ilkeler.<sup>36</sup>

Vergilendirme konusundaki Anayasa Mahkemesi Kararları incelendiğinde de kamu yararı kavramının, kanunların geriye yürütülmemesinin gerekçesi olarak, ek vergiler konulmamasının gerekçesi olarak ve vergilendirmede yasallığın gerekçesi olarak kullanıldığı görülmektedir.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Saraçoğlu, s. 44.

<sup>36</sup> Saraçoğlu, s. 45.

<sup>37</sup> Saraçoğlu, s. 123.

Örneğin Anayasa Mahkemesi, 5084 sayılı Kanun kapsamında gelir vergisi stopajı teşvikinden eksik yararlandırılan tutarın iadesine ilişkin bir kararında geriye yürümenin kamu yararının yokluğu sebebiyle hukuk devleti ilkesiyle örtüşmediğini belirtmiştir. Kararda, “yasaların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca yasaların kamu yararı gibi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarıldıkları ifade edilmiştir.<sup>38</sup> Buna göre, kamu yararı söz konusu olduğunda kanunların geriye yürütülmesinde bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Vergiye ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında kamu yararı kavramı ek vergilerin konulmasına yönelik ya da bu tür düzenlemelerin iptaline yönelik gerekçe olarak da kullanılmıştır.<sup>39</sup>

Örneğin, Ekonomik İstikrarı Sağlamak İçin Ek Vergiler Alınması Hakkında Kanun’a ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının karşı oy yazısında Anayasa Mahkemesi’nin önceki bir kararına atıf yapılarak şöyle ifade edilmiştir:

“Anayasa Mahkemesi’nin daha evvel verdiği bir kararında, deprem nedeniyle oluşan ekonomik kayıpların giderilmesi ve toplumsal dayanışmanın sağlanması zorunlu neden olarak ve burada kamu yararının mevcut olduğu benimsenmiştir. 4837 sayılı Yasa ile getirilen ek vergiler getirilmesi için hiçbir zorunlu nedenler ve kamu yararı da bulunmamaktadır. Bu nedenle ekonomik istikrarı sağlamak gerekçesini, geriye yürütme açısından da zorunlu neden saymak mümkün değildir.”<sup>40</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin ek vergilere ilişkin ve kamu yararına atıfta bulunulan bir başka kararında ise 17 Ağustos 1999 depremi sonrasında getirilen ek vergilere ilişkin yasanın genel gerekçesine atıfta bulunularak, “deprem nedeniyle oluşan ekonomik kayıpların giderilmesi ve toplumsal dayanışmanın sağlanması gibi sosyal ve ekonomik koşulların zorunlu kıldığı nedenlerle, ek vergi getirilmesinde kamu yararının gözetildiği açıktır” denilmiş ve söz konusu iptal davasının

<sup>38</sup> Esas Sayısı: 2010/7, Karar Sayısı: 2011/172, Karar Tarihi: 22.12.2011, Resmi Gazete Tarihi: 14.02.2012, Resmi Gazete Sayısı: 28204.

<sup>39</sup> Saraçoğlu, s. 131.

<sup>40</sup> Esas Sayısı: 2003/48, Karar Sayısı: 2003/76, Karar Tarihi: 23.07.2003, Resmi Gazete Tarihi: 11.09.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25580.

reddine karar verilmiştir. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi, ek emlak vergisi ve ek motorlu taşıtlar vergisi getirilmesine ilişkin hükümleri de kamu yararının gözetildiği gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.<sup>41</sup>

Kamu yararı kavramının, hukuki olmaktan çok, siyasi ve ideolojik bir niteliği olduğuna bir önceki bölümde değinmiştik. Bu bakımdan kamu yararının, siyasi iktidarı kullananların dünya görüşüne göre farklı anlamlar taşıyabileceğini de belirtmiştik. Bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin, kanunda kamu yararı olup olmadığını denetlemesinin, anayasa yargısı ile bağdaşmadığı iddia edilebilir. Zira kanun koyucunun politik tercihlerini değerlendirmek, AYM'nin görevi dışında olup AYM kamu yararı kavramına başvururken çok hassas ve dikkatli davranmalıdır. Aksi halde, yerindelik denetimi yapan bir organ durumuna düşebilir.<sup>42</sup>

Bu bakımdan ek vergilerle ilgili yukarıda yer verilen Anayasa Mahkemesi kararında da, bu vergilerin Anayasa'ya uygun olup olmadığının hukukilik çerçevesi içerisinde denetlenmek yerine kanunun gerekçesinden yola çıkılarak yerindelik denetimi yapılarak değerlendirildiği ve yapılan denetim neticesinde kamu yararı da gerekçe gösterilerek Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan ilkelerin göz ardı edildiği söylenebilir.<sup>43</sup>

Anayasa Mahkemesi, verginin yasallığı ilkesini nasıl değerlendirdiğini ise şu kararında açıkça ortaya koymuş bulunmaktadır:

"Mahkememizin yerleşmiş içtihatlarından da açıkça belirtildiği üzere, Anayasa koyucu, her çeşit mali yükümün kanunla konulmasını buyururken, keyfi ve tekdiri uygulamaları önlemeyi amaçlamıştır. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek bir mali yükümün ilgililere yükletilmesine olur vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeter neden olamaz. Mali yükümlerin, matrah ve oranları,

<sup>41</sup> Esas Sayısı: 1990/51, Karar Sayısı: 2001/63, Karar Tarihi: 28.03.2001, Resmi Gazete Tarihi: 29.03.2002, Resmi Gazete Sayısı: 24710.

<sup>42</sup> Erdoğan Teziç, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun 'Esas' Açısından Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1985, Sayı: 2, s. 30.

<sup>43</sup> Aynı görüşte bkz. Y. Burak Aslanpınar, "Anayasa Mahkemesi'nin Vergi Ve Benzeri Mali Yükümlülüklerle İlişkin Kararlarında Kamu Yararı Ölçütü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Sayı: 104, s. 303.

tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı, yukarı ve aşağı sınırlar gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yüküm bu yönleri dolayısıyla yasayla yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi mümkündür. Bu bakımdan mali yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasalarla düzenlenmelidir...<sup>44</sup>

Bu karardan da anlaşıldığı üzere Anayasa Mahkemesi tarafından bir verginin yasayla konulmuş sayılabilmesi için konu, matrah, tarh, tahakkuk, zamanaşımı gibi verginin kurucu öğelerinin belirlenmiş olması gerekir. Bu kurucu unsurları içermeyen bir düzenleme, biçimsel anlamda vergi yasası adını taşısa bile, maddi anlamda vergi yasası olarak nitelendirilemeyecektir.<sup>45</sup>

Ayrıca, Anayasa'ya uygunluk denetiminde, yasaların yöneldiği amaçlar ne denli geçerli olursa olsun, bu amaçları gerçekleştirmek için yürütme organına verilecek araçların ve yöntemlerin de Anayasa'ya aykırı olmamaları gerekir.<sup>46</sup> Bu bakımdan verginin yasallığı ilkesi de vergiler açısından yürütmenin eline verilecek araçları belirleyerek kısıtlamaya tabi tutan bir anayasal ilke olmaktadır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, söz konusu aykırılıkları incelemek ve denetlemek durumunda kalmaktadır. Ancak elbette yasa koyucuyu bir konuda düzenleme yapmaya iten nedenler ve etkenler veya çıkarılan yasalarda güdülen amaçlar açıkça gerçekliklere ve kamu yararına aykırılık taşımıyorsa, kural olarak takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmeleri gerektiği için denetim dışında kalacaktır.<sup>47</sup>

Bunun yanında, verginin yasallığı ilkesi, takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasada yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılması zorunluluğunu doğurmaktadır.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Saban, s. 49.

<sup>45</sup> Saban, s. 50.

<sup>46</sup> Güneş, s. 221.

<sup>47</sup> Güneş, s. 221.

<sup>48</sup> Saraçoğlu, s. 133.

Bu bakımdan, yasama organı tarafından düzenlenmesi gereken bir konuyu yürütme organının düzenlemesine bırakan veya devreden bir yasa ilk el ve genel bir yetki olan yasama yetkisini ortadan kaldırmakta, yasama organı böyle bir yasayla, kendi yetkilerini kullanmaktan vazgeçmektedir. O halde, yasamanın vergilendirme alanındaki bu görevini yürütmeye devretmesinde verginin yasallığı ilkesi zedelenmiş olacağından Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde bir yasa iptal etmesi gerekecektir.<sup>49</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin vergilendirmede kanunilik ilkesi ilişkili bir kararında ise; hukuk devletinin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ilkesinin de olduğu, bunun anlamının ise kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişilerin yararına herhangi bir yasa kuralının konulamayacağı belirtilmiştir.<sup>50</sup>

Ancak, bu karar mevhumu muhalifinden değerlendirildiğinde, kamu yararının gerektirdiği durumlarda özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişiler yararına da herhangi bir yasa kuralının konulabileceği anlamı da çıkabilmektedir.<sup>51</sup>

Fakat Anayasa Mahkemesi kararlarında, vergide eşitlik ilkesinin, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngördüğü; vergide genellik ilkesinin ise, herhangi bir ayırım yapılmaksızın mali gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade ettiği açıklanmaktadır. Bu bakımdan, "Özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişiler yararına herhangi bir yasa kuralının konulması"nın söz konusu ilkelere aykırılığı açıkça görülmektedir. Dolayısıyla bu açıdan kamu yararı kavramına sığılmamalıdır. Öyle ki, Anayasa Mahkemesi, iptal ya da kabul kararlarını kamu yararı kavramına dayandırmak zorunda da değildir. Eğer illa bu şekilde açıklanacak ise ilk önce kamu yararı kavramının en azından somut olayda ne olduğu açıkça ortaya konulmalıdır.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Güneş, s. 221.

<sup>50</sup> Esas Sayısı: 1992/46, Karar Sayısı: 1992/52, Karar Tarihi: 28.03.2001, Resmi Gazete Tarihi: 203.12.1992, Resmi Gazete Sayısı: 22407.

<sup>51</sup> Saraçoğlu, s. 135.

<sup>52</sup> Saraçoğlu, s. 135-136.



## SONUÇ

Devlet, fonksiyonel görevlerini yerine getirebilmesi için, bir takım mali araçlara gereksinim duymaktadır. Bu mali araçların temininde en önemli kaynak ise vergilerdir. Kısaca devletin, milli gelirden cebir yoluyla aldığı parasal pay şeklinde tanımlanabilecek olan vergi, devletin egemenlik gücünden kaynaklanmaktadır. Egemenlik ise devleti toplum içindeki diğer güçlerden ayıran, ona devlet niteliği kazandıran üstün emretme ve zorlama gücü şeklinde tanımlanabilir. Dolayısıyla vergilendirme, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücün göstergesidir. Vergilendirmenin, toplumun her kesimini ilgilendiren bir olgu olması sebebiyle demokrasi ile yönetilen toplumlarda yönetime seçilen siyasal partilerin oy desteği, vergilendirmede önemli derecede etken olabilmektedir. Bir başka ifadeyle, vergilendirmede çoğunluğun benimseyebileceği bir yöntemi seçemeyen ya da vergi adaleti olgusuna önem vermeyen yönetimler halkın desteğini kaybetme sonucu ile karşı karşıya kalabilmektedir.<sup>53</sup>

Belki de en çok bu sebeple vergilendirme yetkisinin niteliği, özellikleri ve kapsamı anayasal kurullarla belirlenmek zorundadır.<sup>54</sup> Yasama organı vergilendirme konusundaki yasama yetkisini anayasal düzenlemeler çerçevesinde kullanmakla yükümlüdür. Bu bakımdan, vergilendirme yetkisi kullanılırken hem Anayasada yer alan vergilendirmeye ilişkin ilkeler hem de ideal bir maliye politikasının gereği olarak göz önünde bulundurulması gereken “optimal vergilendirme ilkeleri” önem taşımaktadır. Öyle ki vergilendirme yetkisinin hukukiliği kadar meşruiyeti de gereklidir.

Maliye teorisinde pek çok maliyeci tarafından üzerinde çalışılan “iyi bir vergi sisteminde bulunması gereken normatif vergilendirme ilkeleri”nin gerek vergilendirme yetkisinin kullanılmasında gerekse bizzat vergilerde, kamu yararına en uygun şekilde hayata geçirilmesinde temel kural olması gerektiği söylenebilir.

<sup>53</sup> Veysi Seviğ, “Vergilendirme Yetkisinin Kullanımında Yargısal Denetim (Türkiye Modeli Üzerine)”, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları (Prof. Dr. Orhan Dikmen’e Armağan), 33. Seri, İstanbul, 1990, s. 78.

<sup>54</sup> Çağan, Vergilendirme Yetkisi, s. 1.

Çalışmamızda en temel haliyle “adalet/”eşitlik ilkesi”, “genellik ilkesi”, “istikrar ilkesi”, “tarafsızlık ilkesi”, “basitlik ilkesi” ve “etkinlik ilkesi” olarak özetlemeye çalıştığımız optimal vergilendirme ilkeleri verginin meşruiyetini sağlamayı amaçlamakta iken; Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “demokratik devlet ilkesi”, “sosyal devlet ilkesi” ve “hukuk devleti ilkesi” ile Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan “kanun önünde eşitlik ilkesi” ve Anayasa’nın 73. maddesinde düzenlenmiş bulunan, vergi ödevine hâkim olan temel anayasal ilkeler, yani: “verginin genelliği”, “verginin kamu giderlerimi karşılamaya yönelik olması”, “mali güçle orantılı olması”, “vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı” ile “verginin kanuniliği” ilkeleri hem verginin hukukiliğini hem de meşruiyetini sağlamayı amaçlamaktadırlar.

Bunların yanı sıra, vergi ödevinin niteliğine ilişkin, vergi borcunun doğmasına ilişkin ve de verginin ortadan kalkmasına ilişkin maddi ve şekli hukuk kurallarının ihdasında kamu yararının sağlanması temel hedef olmalıdır. Ancak bu noktada kamu yararı kavramının genel ve soyut bir kavram oluşu ve içeriğinin tam olarak belirlenememesi sorun teşkil etmektedir.

İçeriği belirsiz olan ve hukuksal olmaktan ziyade siyasal nitelik taşıyan kamu yararı kavramının, Anayasa Mahkemesi’nin vergilendirmeye ilişkin kararların gerekçelerinde de farklı anlamlara gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir.

Bu çeşitlilik Anayasa Mahkemesi’nin kamu yararı kavramının genel, soyut, tanımlanamayan ve içeriği tam olarak belirlenemeyen bir kavram olması niteliklerinden faydalanmış olduğunu göstermektedir. Ancak böylesine belirsiz ve göreceli bir kavram dayanak yapılarak yasaların iptal edilmesi yargı yetkisinin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olması ilkesini ihlal edebilmekte ve Anayasa Mahkemesi’nin kanunlar üzerinde yerindelik denetimi yapması gibi bir sonuca yol açabilmektedir.<sup>55</sup>

Sonuç olarak, vergilendirme yetkisinin yargısal denetiminde kullanılan kamu yararı kriterinin, yasanın yöneldiği amacı saptamak bakımından önemli olduğu kaçınılmaz ise de, yasanın kamuya yararlı olup olmadığı bir yerindelik sorunu olduğundan Anayasa

<sup>55</sup> Saraçoğlu, s. 154.

Mahkemesi'nin denetimi dışında olması gerekmektedir. Yerindelik ile hukuka uygunluk denetimi arasındaki sınırdaki yer alan kamu yararı, belirtilen sınırın yerindelik lehine genişletilmesinde araç olarak kullanılmamalıdır.<sup>56</sup>

Fakat Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadar kamu yararına dair verdiği kararlarda bir tür denge arayışı kurmak istediği de anlaşılmalıdır. Bu noktada elbette yasamanın takdirine bırakılmış konularda kanun koyucu tamamen serbesttir denilemez. Yasa koyucu hiç kuşkusuz Anayasa kuralları, kamu yararı ve kamu düzeninin kurallarına bağlı kalmak zorundadır. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin de yetkisini aynı sınırlar dahilinde kullanması gerektiği göz ardı edilmemelidir. Aksi takdirde, anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemenin, yerindelik denetimi yapmak suretiyle siyasal hayata yön vermesi sonucunu doğurabilecek kararları ile bir tür "yargıçlar hükümetine" yol açma tehlikesi doğabilir.<sup>57</sup>

### Kaynakça

- Akıllıoğlu Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1988, Cilt: 9, Sayı: 1-3, s. 11-22,
- Aktan Coşkun Can, Dileyici Dilek, Vural İstiklal Y., (Edt.), *Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi*, Seçkin Yay. , Ankara, 2006.
- Aliefendioğlu Yılmaz, "Vergilemenin Ekonomik Sınırları", Prof. Dr. Akif Erginay'a 65'inci Yaş Armağanı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 460, Ankara, 1981, s. 596.
- Aslanpınar Y. Burak, "Anayasa Mahkemesi'nin Vergi ve Benzeri Mali Yükümlülüklerle İlişkin Kararlarında Kamu Yararı Ölçütü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Sayı: 104, s. 299-320.
- Bellek İhsan Bahri, "Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasal Vergilendirme İlkeleri Açısından Türk Vergi Sisteminin Değerlendirilmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, 1997, Sayı:105, s. 71.
- Çağan Nami, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1982, Cilt: 37, Sayı: 1-4, s. 123-151.
- Çağan Nami, *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1982.
- Çakmak N. Münci, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*, Seçkin Yayınları, 2013.
- Dahl Robert, *Demokrasi ve Eleştirileri*, Çev. Levent Köker, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

<sup>56</sup> Saraçoğlu, s. 154.

<sup>57</sup> Teziç, s. 30.

- Dik Esra, Kamu Yararı, Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2006.
- Dikmen Orhan, Maliye Dersleri, Birinci Kitap, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1964.
- Doğrusöz A. Bumin, "Vergilemede Bazı Anayasal İlkeler" Dünya Gazetesi, 01 Mayıs 2006.
- Güneş Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, XII Levha yay. , İstanbul, 2008.
- Kırbaş Sadık, Vergi Hukuku, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2008.
- Kumrulu Ahmet G., "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1979, Cilt: 36, Sayı: 1-4, s. 147-162.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- Özbudun Ergun, Anayasa Hukuku, Yetkin Yay. , Ankara, 2010.
- Saban Nihal, Vergi Hukuku, Beta Yay. , İstanbul, 2009.
- Saraç Osman, "Kamu Yararı Kavramı", *Maliye Dergisi*, Ocak-Nisan 2002, Sayı: 139, s. 1-11.
- Saraçoğlu Fatih, Anayasa Mahkemesinin Vergiye İlişkin Kararlarında Kamu Yararı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Seviğ Veysi, "Vergilendirme Yetkisinin Kullanımında Yargısal Denetim (Türkiye Modeli Üzerine)", *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları (Prof. Dr. Orhan Dikmen'e Armağan)*, 33. Seri, İstanbul, 1990.
- Teziç Erdoğan, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun 'Esas' Açısından Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1985, Sayı: 2, s. 21-38.
- Uygun Oktay, Demokrasi Tarihsel, Siyasal ve Kültürel Boyutlar, XII Levha Yayınları İstanbul 2011.
- Üstün Ümit Süleyman, "Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.Ü. 20. Yıl Armağanı*, 2003, Cilt: 11, Sayı:1-2, s. 251-271.
- Anayasa Mahkemesi Kararları
- Esas Sayısı: 1972/14, Karar Sayısı:1972/34, Karar Tarihi: 22.06.1972, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 10, s. 478-494.
- Esas Sayısı: 1990/51, Karar Sayısı: 2001/63, Karar Tarihi: 28.03.2001, Resmi Gazete Tarihi: 29.03.2002, Resmi Gazete Sayısı: 24710.
- Esas Sayısı: 1992/46, Karar Sayısı: 1992/52, Karar Tarihi: 28.03.2001, Resmi Gazete Tarihi: 203.12.1992, Resmi Gazete Sayısı: 22407.
- Esas Sayısı: 2003/48, Karar Sayısı: 2003/76, Karar Tarihi: 23.07.2003, Resmi Gazete Tarihi: 11.09.2004, Resmi Gazete Sayısı: 25580.
- Esas Sayısı: 2010/7, Karar Sayısı: 2011/172, Karar Tarihi: 22.12.2011, Resmi Gazete Tarihi: 14.02.2012, Resmi Gazete Sayısı: 28204.

**(Küçüğün Korunması Bağlamında)**  
**ADLİ YARGI KARARLARININ**  
**İDARİ YARGIDA YORUMLANMASI**  
REVIEW OF THE DECISIONS OF CRIMINAL  
AND CIVIL COURTS BY ADMINISTRATIVE JURISDICTION  
(In the Context of the Protection of a Minor)

Coşkun ÖZBUDAK\*

**Özet:** Makalede, küçüğün korunması kararının iptaline ve bu kararın bozulmasına ilişkin adli yargı kararlarının idari yargıda değerlendirilme biçimi ve yapılan değerlendirmenin olası sebepleri ile hukuksal sonuçları bir idari yargı kararı üzerinden incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Davanın Konusuz Kılması, Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararı, Koruma Altına Alma Kararı, Hukuki Dinlenme Hakkı, Etkisiz Karar

**Abstract:** In the article, the administrative jurisdiction's way of reviewing the decisions related to the cancellation of the decision of the protection of a minor and to the reversal of these decisions made by criminal and civil courts, and also possible reasons and the legal consequences of this review done is studied through an administrative court decision.

**Keywords:** Case's Remaining Without a Subject, Decision that there is No Need to Make a Decision, Decision to Place a Minor under Protection, Right to a Legal Hearing, Ineffective Decision

## 1. Giriş:

Bazı davalarda taraflarca farklı yargı kollarında alınmış mahkeme kararlarına dayanılmakta ve/veya bu kararlar delil olarak gösterilmekte ve hüküm kurulurken de göz önünde bulundurulmaktadır.

O nedenle bu tür yargılamalarda, taraflarca mahkemeye delil olarak sunulan ve davanın konusu bakımından kesin hüküm teşkil etmeyen ya da mahkeme yönünden bağlayıcılığı olmayan yargı kararlarının doğru anlaşılması, yorumlanması ve değerlendirilmesi, varılacak hükmün hukuka uygunluğu bakımından hayati önem taşımaktadır.

---

\* Avukat , Ankara Barosu

Bilindiği üzere, mahkeme kararları hukukun yardımcı kaynaklarından<sup>1</sup> Mahkeme kararlarını;

- Sadece davanın tarafları için sonuç doğuran ve (kural olarak) kanun yolu açık olan yerel mahkeme kararları,
- Kanun yolu incelemesi sonunda verilen ve emsal nitelik taşıyabilen daire kararları,
- Bozma kararına karşı yerel mahkemenin direnme kararı vermesi sonrasında verilen ve hem kanun yolu mahkemesini hem de yerel mahkemeyi bağlayan yüksek mahkeme genel kurulu kararları,
- Benzer olaylara ilişkin kararlar arasındaki çelişkileri gidermek üzere verilen, Resmi Gazetede yayımlanan ve yazılı hukuk kuralı gibi bağlayıcılık taşıyan İçtihadı Birleştirme Kararları,

Şeklinde bir tasnife tabi tutmak mümkündür.

Yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenmiştir. Keza Anayasa'nın 153. maddesinde de Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı hüküm altına alınmıştır.

Mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü, hukukun genel ilkelelerinden biri olarak kabul edilen "*kesin hükme saygı*" ilkesinin de bir gereğidir.<sup>2</sup> Ancak eldeki çalışma kapsamında da önem arz ettiği üzere, mahkeme kararlarına uymak ile mahkeme kararlarını hukukun yardımcı kaynağı olarak değerlendirip, o karardaki hukuki anlamlandırmayı kabul ederek başka bir davada karar vermek farklı kavramlardır.

Bu anlamda, davanın taraflarınca hukuki sebep olarak yargı kararlarına dayanıldığı ya da yargılama kapsamında dikkate alınması için mahkemeye delil olarak sunulduğu durumlarda, bu kararlar da gözetilip tartışılmadan hukuka uygun bir hüküm kurulması mümkün

<sup>1</sup> Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Ankara, 2000, s. 107

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 22.04.2015 tarih ve 2015/28-42 sayılı kararı

olamaz. Ancak tarafların dayandığı ya da mahkemenin kendiliğinden gözettiği bu kararların salt yargılama sürecinde göz önünde bulundurulmuş olması tek başına yeterli değildir.

Kuşkusuz böyle bir durumda adil bir sonuç bakımından önemli olan, değerlendirmenin hukukun genel ilkeleri, ilgili yargı koluna hâkim kurallar ve diğer yargısal ölçütler çerçevesinde yapıp yapılmadığıdır.

Bu çalışmada, küçüğün korunması kararının iptali kararı ile bu kararı bozan ve yerleşik içtihadı temsil eden adli yargı kararlarının, idari yargıda değerlendirilme biçimi örnek bir olay bağlamında incelenecektir.

## 2. İnceleme:

### a. Olay

12 yaşında olan (A) 1990 yılında Asliye Hukuk Mahkemesi kararıyla, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna (SHÇEK) bağlı yurtlarda barındırılmak suretiyle koruma altına alınmıştır.

Bu koruma kararı, çekişmesiz yargı (nizasız kaza) niteliğinde olan ve 16 yaşındaki (A)'nın yasal temsilcisinin katılımı olmaksızın yapılan yargılama sonunda, yine Asliye Hukuk Mahkemesi kararıyla 1994 yılında kaldırılmış ve karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

(A), gıyabında verilmiş ve şeklen kesinleşmiş olan ancak hak ve menfaatlerini olumsuz etkileyen bu karardan haberdar olduğu 2008 yılında temyiz talebinde bulunmuştur.

Temyiz incelemesi yapan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi; (Aile Mahkemelerinin göreve başlamış olması nedeniyle) görevli mahkemenin değiştiğine işaret etmiş ve koruma kararının kaldırılmasına yönelik istek koruma altındaki kişinin hak ve menfaatleriyle ilgili olduğundan, davanın, hakkında koruma kararı bulunan çocuğa veya yasal temsilcisine yöneltilmemiş ve onların da göstereceği delillere göre karar verilmemiş olması nedenleriyle yerel mahkeme kararını 2009 yılında bozmuştur.



Bozmaya uyan Asliye Hukuk Mahkemesi, (*Aile Mahkemesi sıfatıyla verdiği*) 2009 tarihli kararında bu defa, dava açılan dönemde 16 yaşında olan (A)'nın bozma sonrası yargılama sırasında reşit (31 yaşında) bulunmasından dolayı 2828 sayılı Kanun'un 24. maddesine dayalı *koruma kararının yasal nedenle kalkmış olduğu, bu nedenle davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle, koruma kararının kaldırılmasına (karar verilmesine) yer olmadığına karar vermiştir.*

Koruma kararının kaldırılması yönündeki kararın bu şekilde ortadan kaldırılmasına müteakip (A), 2828 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesine dayalı olarak işe yerleştirilmesi için bilgi formu (Form-A Belgesi) *düzenlenmesi talebiyle Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna (SHÇEK) başvurmuştur. İdare, hakkındaki koruma kararının reşit olmadan önce kaldırılmış olduğu gerekçesiyle talebi reddetmiştir.*

(A)'nın bu işlem aleyhine açmış olduğu iptal davası da İdare Mahkemesince reddedilmiştir. Davanın reddi kararında; *Kanun hükmü uyarınca 18 yaşını tamamlamakla hakkında verilen koruma kararı yasal olarak son bulmuş olan davacının, 18 yaşını tamamlamadan önce yurt ile ilişkisinin kesildiği ve reşit oluncaya kadar davalı idareye bağlı yurtlarda barınmadığı, dolayısıyla Tüzükte aranan koşulları taşımadığı, bu nedenle de korunmaya muhtaç çocukların işe yerleştirilmesini amaçlayan 3413 sayılı Kanun (2828 sayılı Kanununun Ek 1. maddesi) hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmadığı gerekçesine dayanılmıştır.*

(A) bu kararı yürütmenin durdurulması istemli olarak temyiz etmiş ve Danıştay 2011 yılında *yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Kararda "2577 sayılı Kanun'un 52. maddesinin yollamada bulunduğu 27. maddesinde yazılı yürütmeyi durdurma koşullarının gerçekleştiği"* dışında bir gerekçeye dayanılmamıştır.

Bu karar gereğince de (A) için ilgili idarece bilgi formu düzenlenmiş ve bir süre sonra (A) bir bakanlığın açtığı sınavı kazanarak memur kadrosuna atanmıştır.

Ancak dört yıla yakın bir süre geçtikten sonra tamamlanan *temyiz incelemesi sonunda, İdare Mahkemesinin davanın reddi kararı, Danıştay tarafından onanmıştır.*

*Onama kararında da yerel mahkeme kararının usûl ve yasaya uygun olduğu dışında bir gerekçeye yer verilmemiştir.*

*Bu durumda, Kanun hükmü uyarınca 18 yaşını tamamlamakla hakkında verilen koruma kararı yasal olarak son bulmuş olan davacının, 18 yaşını tamamlamadan önce yurt ile ilişkisinin kesildiği ve reşit oluncaya kadar davalı idareye bağlı yurtlarda barınmadığı, dolayısıyla Tüzükte aranan koşulları taşımadığı, bu nedenle de korunmaya muhtaç çocukların işe yerleştirilmesini amaçlayan 3413 sayılı Kanun (2828 sayılı Kanununun Ek 1. maddesi) hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmadığı şeklindeki gerekçeyi Danıştay'ın da aynen kabul etmiş olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.*

#### **b. İlgili Mevzuat Hükümleri ve Adli Yargı Kararlarının Anlamı**

Olayda uygulama yeri bulan ve davaya konu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun (3413 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen) EK 1. maddesi:

*"Kamu Kurum ve Kuruluşları, reşit olana kadar Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü tarafından bakılan ve korunan çocuklar için, her yılbaşındaki, hangi statüde olursa olsun, serbest kadro mevcutlarının binde biri nispetindeki kısmını ayırarak bu çocuklar arasında yapılacak giriş sınavlarında başarılı olanlar arasından atama yaparlar.*

*"Bu maddeden yararlanmak isteyenler,18 yaşını tamamladıkları tarihten itibaren, Kamu Kurum ve Kuruluşlarına; Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü vasıtasıyla başvurmak zorundadırlar."<sup>3</sup> hükmünü taşımaktadır.*

Keza Korunmaya Muhtaç Çocukların İşe Yerleştirilmesine İlişkin Tüzük'ün 3. maddesinde de, bu Tüzük hükümlerinden, korunma ka-

<sup>3</sup> Maddenin 6518 sayılı Kanun'la değiştirildikten sonraki 1. fıkrası "Bu Kanun veya 5395 sayılı Kanun uyarınca haklarında korunma veya bakım tedbir kararı alınmış olup fasıllı olarak geçen yararlanma süreleri dâhil iki yıldan az olmamak üzere, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nun sosyal hizmet modellerinden yararlanan çocuklardan reşit olduğu tarih itibarıyla bu hizmetlerden yararlanmaya devam edenlerin işe yerleştirilmeleri aşağıdaki usûl ve esaslar çerçevesinde yapılır:" şeklindedir.

rarı alınmış olup da; reşit oluncaya kadar sosyal hizmet kuruluşlarında kalmış, bir koruyucu aile yanına yerleştirilmiş, aynı nakdi yardım yapılarak ailesinin yanına gönderilmiş korunmaya muhtaç çocukların yararlanacağı düzenlenmiştir.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, işe yerleştirilme hakkından yararlanabilmek için, hakkında korunma kararı alınmış bulunmak ve korunmaya muhtaç çocuk sıfatını 18 yaşını tamamlayıncaya kadar taşımak gerekmektedir. Bu sürede sosyal hizmet kuruluşlarında kalmış, bir koruyucu aile yanına yerleştirilmiş veya aynı nakdi yardım yapılarak ailesinin yanına gönderilmiş olma halleri, koruma kararının uygulanma şekilleridir. Bir başka ifadeyle, bu haktan yararlanabilmek için aslolan hukuken geçerli bir koruma kararı altında iken reşit olmaktır.

Somut olayda 12 yaşındaki (A) hakkında Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından koruma kararı verilmiş ve (A), SHÇEK'e bağlı yurtlarda barındırılmak suretiyle koruma altına alınmıştır.

Bu koruma kararı, (A) 16 yaşında iken çekişmesiz yargı işine ilişkin olarak yapılan yargılama sonucunda Asliye Hukuk Mahkemesi kararıyla kaldırılmış ve karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

1994 tarihli bu karar, (A)'nın 2008 yılındaki temyizi üzerine, (görev ve taraf teşkili bakımlarından) dava şartı yokluğu nedeniyle usûlden bozulmuştur.

Bozmaya uyulan yargılamada ise koruma kararının kaldırılmasına dair kararın verildiği tarihte 16 yaşında olan (A)'nın, bozma sonrası yargılama sırasında reşit bulunmasından dolayı koruma kararının (18 yaşın bitimiyle) yasal nedenle kalkmış olduğu olgusuna dayalı olarak *koruma kararının kaldırılması hususunda karar verilmesine yer olmadığına* karar verilmiştir.

Şu halde, (A)'nın 2828 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi kapsamındaki hak sahipliği, **reşit olduğu tarihte hakkında hukuken geçerli bir koruma kararı bulunup bulunmadığı** sorusunun cevabına bağlı olarak belirlenebilecektir.

Bu durumda Yargıtay'ın bozma kararının ve Asliye Hukuk Mahkemesinin bozmaya uyma sonrası verdiği *karar verilmesine yer olmadığı* kararının hukuku ne anlam ifade ettiğinin saptanması, bizi doğru cevaba götürecektir.

Ancak bu hususa geçmeden önce, (somut olaydaki uygulamadan dolayı) çekişmesiz yargı kavramı ve kesinleşmiş bir kararın temyiz edilebilirliği üzerinde durmakta yarar vardır.

Velayet altındaki çocuğun korunması için gerekli tedbirlerin alınması; sübjektif hakların yokluğu, önleyici tesir ve kendiliğinden harekete geçme ölçütlerine göre çekişmesiz yargı işidir.<sup>4</sup>

Çekişmesiz yargının ayırt edici unsurları şu şekilde sıralanabilir;

- *Çekişmesiz yargıda aleniyet söz konusu olmadığı gibi duruşma yapılması ise genellikle ihtiyaridir.*
- *Çekişmesiz yargıda hâkimin kendiliğinden harekete geçmesi mümkün olduğu gibi, hâkim tarafların talepleriyle de kural olarak bağlı değildir.*
- *Çekişmesiz yargıda kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır.*
- *Çekişmesiz yargıda verilen kararlar maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Verilen kararın sonradan haksız görülmesi veya kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan değişiklikler nedeniyle yeni bir karar verilmesi mümkündür.*
- *Çekişmesiz yargı kapsamında verilen kararlar herkese karşı geçerlidir.*
- *Çekişmesiz yargıda da hukuki dinlenilme hakkının varlığı söz konusudur.*
- *Çekişmesiz yargı kapsamında verilen kararlar maddî anlamda kesin hüküm gücünü sahip olmadıklarından değiştirilebilirler.<sup>5</sup>*

Çekişmesiz yargıda taraf değil "ilgili" kavramı vardır ve yargılamada yer alsın almasın o konuda maddî hukuk temelli bağlantısı olan

<sup>4</sup> Cenk Akil, "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 4, Ankara, 2013, s. 931

<sup>5</sup> Cenk Akil, agm., s. 958

(hukukî yararı olan) “maddî anlamda ilgili”dir. Oysa davada, şekli ilgili esastır. Yani dava açan davacı, onun muhatap gösterdiği davalıdır.<sup>6</sup>

Şekli anlamda ilgililerden kasıt, dilekçelerde isimleri yazılanlar ile mahkemece süje olarak prosedüre dâhil edilenlerdir. Maddî anlamda ilgililerle kastedilenler ise yargılama nedeniyle hakları ve ödevleri direkt etkilenebilecek olanlardır.<sup>7</sup> Çekişmesiz yargıda şekli değil, maddî ilgili kavramının esas alınması gerekir.<sup>8</sup>

Kesinleşmiş bir kararın temyiz edilebilirliği hususuna gelince, bu nitelikteki kararların (kural olarak) temyizi mümkün değildir. Bununla birlikte, somut olayda söz konusu olduğu üzere, çekişmesiz yargıda verilen kararların maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmediği ve verilen kararın sonradan haksız görülmesi veya kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan değişiklikler nedeniyle yeni bir karar verilmesinin mümkün bulunduğu yukarıda belirtildi.

Kaldı ki, ister çekişmeli isterse çekişmesiz yargı işi olsun, ilgili tarafın davaya katılımı sağlanmadan veya Tebligat Kanunu hükümlerine aykırı tebligatlar geçerli sayılarak, ya da dava veya taraf ehliyeti bulunmayan kişilerin katılımıyla yapılan yargılamada verilen kararlar her ne kadar (temyiz edilmeksizin) kesinleşmiş olsalar da, yukarıdaki hukuki yanlışlıklar, bu kararların maddî anlamda kesin hüküm niteliği kazanmasını önler.<sup>9</sup>

Bunun sonucu olarak da, bu tür kararlardan etkilenen kişiler için temyiz süreleri başlamaz ve bu hakkın kullanılmamış olmasına dayalı bir kesinleşme söz konusu olmaz. Bir başka ifadeyle, bu zorunluluğa uyulmadan verilmiş ve şekli anlamda kesinleşmiş bir kararın, muhatapları nezdinde hüküm ve sonuç doğurması söz konusu olamaz. Bu tip kararlardan etkilenen kişilerin nihai (kesinleşmemiş) kararı öğren-

<sup>6</sup> Muhammet Özkes, “Çekişmesiz Yargının Çekişmeli Yargıdan Temel Farkları”, [www.muglabarosu.org.tr/upload/.../file/Özkes-%206-%20Çekişmesiz%20Yargı.ppt](http://www.muglabarosu.org.tr/upload/.../file/Özkes-%206-%20Çekişmesiz%20Yargı.ppt)(İnd.T.: 05.10.2016)

<sup>7</sup> Cenk Akil, agm., s. 932

<sup>8</sup> Cenk Akil, agm., s. 932 (Muhammet Özkes, “Çekişmesiz Yargıda İlgililerin Kanun Yoluna Başvuru Hakkı”, Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 688)

<sup>9</sup> Muhammet Özkes, “Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, *Yargıtay Dergisi*, C. 26, Ekim 2000, s. 693

me tarihi, temyiz başvuru tarihi olarak kabul edilir ve kesinleşme şerhi kaldırılarak, dosya temyiz merciine gönderilir.

Somut olaya konu bozma kararının kapsamı ve niteliğine gelince: Gerek olay tarihinde yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 73. maddesindeki "*Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hâkim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikân davet etmedikçe hükmünü veremez.*", gerekse halen yürürlükte olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesindeki "*Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir.*" hükümleri, davanın taraflarının ve diğer ilgililerin usulüne uygun biçimde davadan haberdar edilmelerini öncelikli ve zorunlu kılmaktadır. Aksi durum "**hüküm etkisizliği**"ne yol açar.<sup>10</sup>

Öte yandan temyiz incelemesinin yapıldığı tarihte Aile Mahkemelerinin göreve başlamış olması ve dava konusunun da bu mahkemelerin görev alanında bulunması, temyize konu kararın bu yönden de bozulmasını gerektirir.

Yargıtay'ın bozma kararı da (6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan) 1086 sayılı HUMK'un (5236 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile değiştirilmeden önceki) 428/1-4. bendine dayalı olmuştur. Buna göre, hüküm kurulurken, "*Usûlü muhakemeye muhalefet edilmesi*" hükmün öncelikle usûl yönünden bozulmasını gerektirir. Hükmün usûle aykırı olduğu tespit edilince (kural olarak) esas yönünden inceleme yapılmaz. Somut olayda da, 1994 tarihli koruma kararının kaldırılması kararı, usûlden bozma nedeniyle Yargıtay'ca esas bakımından incelenmemiştir.

Bilindiği üzere, ister derhal icra edilebilen isterse icra edilebilmesi kesinleşmeye bağlı olan mahkeme kararlarının, bölge adliye mahke-

<sup>10</sup> Muhammet Özkes, "Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm", s. 689

mesince kaldırılması veya temyizden bozulması halinde kararın icrası olduğu yerde durur. Kesinleşmesi beklenmeden icra edilen kararlar gereğince yapılan ödemeler (kural olarak) iade edilir, konulan kısıtlamalar kaldırılır ve davanın açıldığı tarihteki hale dönülür. Bozmanın usûlden ya da esastan olması arasında bir fark yoktur. Kaldı ki, usûl esastan önce gelir ve esasî etkiler, yanlış usûl yanlış karar doğurur. Bu nedenle de öncelikle usûl denetimi yapılır.

Somut olaydaki bozma nedenleri de dava şartlarına (görev ve taraf teşkili) ilişkindir. Taraf teşkiline ilişkin bozma nedeni hukukî dinlenilme, dolayısıyla da hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamındadır.

Hakkaniyete uygun yargılanma adil yargılanmayı karakterize eden unsurlardan en temel olanıdır. Hakkaniyete uygun yargılanma ile kastedilen, hukukî dinlenilme (iddia ve savunma) hakkının kullanımının eşitlik temeline dayalı olarak gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. Görüldüğü üzere, hakkaniyete uygun yargılanmadan söz edilebilmesi için, şu iki hususun birlikte gerçekleştirilmiş olması şarttır. Bunlar: *Hukukî dinlenilme hakkının (iddia ve savunma hakkının) güvence altına alınmış bulunması ve eşitlik temeline dayalı olarak bu hakkın kullanımının sağlanması; buna uygun ortamın yaratılmış olmasıdır. Hukukî dinlenilme hakkının temel dayanağını, Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü oluşturmaktadır.*<sup>11</sup>

ÖZEKES'in tanımıyla hukukî dinlenilme hakkı, *"Yargılamayla hukukî durumu etkilenecek kişilerin, yargılamanın bir süjesi olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermelerini sağlayan, sürpriz kararlarla karşılaşmanın önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesidir."*<sup>12</sup>

ARTIK'a göre de hukukî dinlenilme hakkı, tarafların hukukun uygulanması konusunda tatmin olmaları yoluyla adaletin gerçekleş-

<sup>11</sup> Süha Tanrıver, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *TBB Dergisi* S. 53, Ankara 2004, s. 204

<sup>12</sup> Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara, 2003, s. 21



miş sayılmasına da hizmet eder. *“Bir başka deyişle, kişinin adil şekilde yargılandığına inanması, kendisine yargılamaya katılarak etki edebilme şansı verildiğine kanaat getirmesine bağlıdır.”*<sup>13</sup>

Bu noktada, ÖZEKES’in tanımındaki *“sürpriz kararlar karşılığında”* durumunun, somut olay bakımından tam da Asliye Hukuk Mahkemesinin yukarıda özetlenen koruma kaldırma kararında vücut bulduğunu kaydetmek gerekmektedir.

Bir diğer bozma nedeni olan görev ise, kamu düzeninden olup, sadece mahkemeyi değil (varsa) uygulanması gereken yargılama usulünü de belirler. Bu nedenle anılan bozma nedenleri basit bir usul yanlışlığına değil, doğrudan anayasal bir hak ihlaline işaret etmektedir. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, Danıştay’ın benzer bazı kararlarında, aile mahkemesinin görevli olması ve davanın, hakkında koruma kararı bulunan çocuğa veya yasal temsilcisine yöneltilmemiş olmasından bahisle, *“Yargıtay’ca verilen kararın usule ilişkin eksiklikten kaynaklandığı”na vurgu yapmış olması yerinde değildir.*<sup>14</sup> Nitekim somut olayda da davanın, hakkında koruma kararı bulunan çocuğa veya yasal temsilcisine yöneltilmemiş olması, basit bir usul yanlışlığı değil, doğrudan anayasal bir hak ihlalidir.<sup>15</sup>

Anayasa Mahkemesi’ne göre de: *“6100 sayılı Kanun’un yargılamaya hakim olan ilkelere ilişkin olan ve hak arama özgürlüğünün bir yansıması sonucu tarafların yargılama ile ilgili bilgi sahibi olmaları, açıklama ve ispat haklarını ifade eden ‘hukuki dinlenilme hakkı’, özel hukuk yargılamasında taraflara sağlanan haklardandır.”*<sup>16</sup>

Nitekim usule ilişkin de olsa, Yargıtay’ın bozma ilamı, koruma kararının kaldırılması yönündeki mahkeme kararının *“etkisiz hüküm”* niteliğini tespit etmiş, maddi anlamda kesin hüküm niteliği kazanmasını önlemiş ve icrasını durdurmuştur.

<sup>13</sup> Sezin Aktepe Artık, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, 2014, s. 365

<sup>14</sup> D.10.D., 27.05.2014, E: 2009/15845, K: 2014/3436, 11.06.2015, E: 2013/6896, K: 2015/2907).

<sup>15</sup> Adem Çelik, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Ankara, 2007, s. 87

<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 05.05.2016 tarih ve 2016/10-36 sayılı kararı

Bu tespitten şu sonuç çıkar: 1990 yılında 12 yaşındaki iken Asliye Hukuk Mahkemesi kararıyla koruma altına alınan (A) hakkında, reşit olduğu tarihte koruma kararının kaldırılması yönünde verilmiş bir mahkeme kararı yoktur. Bir başka ifadeyle, (A), Devletin koruması altında iken reşit olmuştur.

Nitekim bozma ilamına uyularak verilen kararda, 18 yaşın (bozma üzerine yapılan yargılama öncesinde) tamamlanmış olmasından dolayı, “koruma kararının, yasal nedenle kalkmış olduğu” belirtilerek, (A)’nın reşit olduğu tarihi de kapsayan bozma ilamına kadarki dönemde “hukukten geçerli biçimde kaldırılmış bir koruma kararı bulunmadığı” da tespit edilmiştir.

### c. Bu kararların idari yargıya etkisi ve ortaya çıkardığı sonuçlar

Yukarıda da belirtildiği üzere, Danıştay, daha önce yürütmenin durdurulmasına karar vermiş olmasına rağmen, aksi yöndeki onama kararında bir gerekçe belirtmemiştir. Bu durumdan, idare mahkemesi kararındaki gerekçenin aynen benimsendiği sonucu çıkmaktadır.

Benimsenen gerekçeye göre;

(1) (A) 18 yaşını tamamlamakla hakkında verilen koruma kararı Kanun hükmü uyarınca yasal olarak son bulmuştur,

(2) (A)’nın yurt ile ilişkisi 18 yaşını tamamlamadan önce kesilmiş ve reşit oluncaya kadar idareye bağlı yurtlarda barınmamıştır,

(3) Dolayısıyla (A), Tüzükte sayılan koşulları taşımamaktadır,

(4) Bu nedenle de korunmaya muhtaç çocukların işe yerleştirilmesini amaçlayan 3413 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanması mümkün değildir.

Görülebileceği üzere, adli yargıdaki kabulün tersine, idari yargı; 18 yaşını tamamlamakla hakkındaki koruma kararı yasal olarak son bulmadan önce (A)’nın yurt ile ilişkisinin fiilen kesilmiş olmasını, mevzuatta sayılan koşulların taşınmadığı (kaybedildiği) sonucuna ulaşmak için yeterli kabul etmiştir. Bir başka ifadeyle, idari yargı, dolaylı da olsa adli yargıda bozma ile etkisizliği tespit edilen, maddi anlamda kesin hüküm niteliği kazanmayan ve icrası durdurulan koruma kaldırma kararına değer atfetmeyi tercih etmiş ya da “dava konusuz kaldığından

*esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı*’nı yanlış anlamıştır. Çünkü esas hakkında karar verilmediğine göre korumanın kaldırılması yönünde bir karar da yoktur. Dolayısıyla “*karar verilmesine yer olmadığı kararı*”nın, koruma kararının devam ettiği şeklinde yorumlanması gerekirdi. Zira idari yargıda hükme gerekçe yapılan (yurt ile ilişkisinin kesilmiş olması şeklindeki) fiili duruma, bozulan mahkeme kararının yol açtığı dikkate alınmamıştır.

Dolayısıyla yukarıdaki gerekçe birkaç yönden sorunludur. İlk sorun, baş aşağı durmasıdır. Çünkü (A)’nın yurt ile ilişkisinin 18 yaşını tamamlamadan önce kesilmiş ve reşit oluncaya kadar idareye bağlı yurtlarda barınmamış olması, onu sistem dışına çıkaran (*hatalı kararın nedeni değil sonucudur*).

Bir diğer sorun da, (A)’nın yurt ile ilişkisinin 18 yaşını tamamladığı tarihten önce kesilmiş ve reşit oluncaya kadar idareye bağlı yurtlarda barınmamış olması hükme esas alınırken, buna yol açan hatalı idari ve yargısal süreçlerin tamamen göz ardı edilmesi ya da Yargıtay’ın bozma ilamına rağmen ve bu ilamın aksine, anılan süreçlerin hatalı olduğunun kabul edilmemesidir.

İlk olasılık sorunludur, çünkü: (A)’nın koruma kararının kaldırılması talepli dava, idare tarafından açılmıştır, usûle aykırı olarak (A)’nın yasal temsilcisinin katılımı sağlanmadan yürütülen yargılamada savunma yapılamamış, delil toplanmamış, karar gıyapta verilmiş, hükmü temyiz etme olanağı da tanınmamış, ortaya tümüyle hukuka aykırı bir mahkeme kararı çıkmış, bu karara dayalı olarak da idarece hak kaybına yol açan bir uygulama yapılmıştır.

İkinci olasılık da sorunludur, çünkü: Yargıtay’ın bozma ilamı, koruma kararının kaldırılmasına yönelik mahkeme kararının etkisizliğini ve ilgilisi hakkında hüküm doğurmadığını tespit etmiştir. Bu tespitin aksine olarak, yurt ile ilişkin kesilmesine ve ilişkisizlik halinin reşit oluncaya kadar devamına neden olan koruma kaldırma kararının geçerli olduğu, zımnen de olsa kabul edilemez.

Gerçekten de, idare mahkemesi kararında ifadesini bulan ve Danıştay tarafından da onanan bu zımni kabul; hukuk yargılamasındaki usûl hükümlerinin ve bunların sonuçlarının idari yargıda yanlış anlaşılması anlamına gelmektedir.

Hele hele Danıştay'ın bu kabulünün (2014 yılına kadar da devam eden) önceki içtihadına ters olması, durumu daha da ilginç hale getirmektedir. Zira aynı hususta yürütmenin durdurulmasına karar verildiği tarih ile (bu kararın aksi yönde) onama kararı verildiği tarih arasında, ilgili mevzuatta kararın yönünü etkileyecek bir değişiklik olmamıştır.

Nitekim önceki içtihadı yansıtan bir Danıştay kararında: *hakkındaki koruma kararının kaldırılmasına dair karar Yargıtay tarafından bozulan ve bozma üzerine yapılan yargılama sırasında da 18 yaşını ikmal ettiğinden karar verilmesine yer olmadığına karar verilen davacı hakkında, koruma kararının kaldırılmasına dair bir kararın hukuk âleminde varlığının söz konusu olmadığı, dolayısıyla davacının 18 yaşını bitirinceye kadar hakkındaki koruma kararının geçerliliğini koruduğu; 2828 sayılı Yasa'da belirtilen gözetim yükümlülüğünün fiilen yerine getirilmemesinin, davacının isteminin reddine gerekçe oluşturamayacağı* belirtilerek, iptal kararının onanmasına hükmedilmiştir.<sup>17</sup>

Hemen görüleceği üzere buradaki mantık, Yargıtay tarafından bozulan bir koruma kaldırma kararının varlığı ile bu yönde hiçbir karar alınmamış olması halinin, "hukuk âleminde etki yaratma bakımından" eşdeğer kabul edilmesinin bir sonucudur.

Nitekim Danıştay başka bir kararında; *"davacının reşit olana kadar koruma kararlı olarak sosyal hizmet kuruluşlarında kalmadığı, kurum hizmetlerinden yararlanmadığı, mezun olduktan sonra herhangi bir kuruluşta koruma altına alındığına ilişkin olarak kişisel dosyasında bir bilgi bulunmadığı gerekçesiyle tesis edilen ret işlemini, davalı idarenin koruma kararından kaynaklı sorumlulukların, davacı hakkında koruma kararı var olduğu sürece ve davacı reşit olana kadar devam ettiği"* gerekçesiyle iptal eden idare mahkemesi kararını onamıştır.<sup>18</sup>

Yine reşit olmadan anneye teslim edilmiş olması gerekçesiyle talebi reddedilen davacının, *her ne kadar anneye teslim edilmiş olsa da hakkındaki koruma altına alınma kararının kaldırılmadığı ve reşit oluncaya ka-*

<sup>17</sup> D.10.D., 10.03.2009, E: 2006/5322, K: 2009/1583

<sup>18</sup> D.10.D., 24.03.2014, E: 2013/7823, K: 2014/1762

dar koruma altında olduğunun kabulü zorunluluğuna dayalı iptal kararı da onanmıştır.<sup>19</sup>

Bütün bu örneklerle rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi: "...bireylerin makul güvenlerinin korunması ve hukuki güvenlik ilkesi, elbette içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak bahsetmemektedir... Mahkemelerin yorumlarında dinamik ve evrilen bir yaklaşımın sürdürülememesi yenilenme ya da gelişimi engelleyeceğinden, kararlardaki değişim, adaletin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez... Mahkeme içtihatlarındaki değişme yargı organlarının takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup, böyle bir değişiklik özü itibarıyla, önceki çözümün tatminkâr bulunmaması anlamına gelir... Ancak, aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde, mahkemelerce, bu farklılaşmaya ilişkin makul bir açıklama getirilmesi gerekmektedir... Yüksek mahkemelerin oynaması gereken rol tam da yargı kararlarında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir... Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaları yönüyle olumludur. Ancak uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin ya da farklı yargı kollarına ait mahkemelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmalarının, bir kararın belirli bir daireye ya da farklı yargı koluna düştüğü takdirde onanacağı veya olumlu neticeleneyeceği, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı veya olumsuz neticeleneyeceği gibi, birbirine zıt sonuçların ortaya çıkma beklentisinin, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu açıktır."<sup>20</sup>

Bununla birlikte, önceki içtihadın, Anayasa'ya, ilgili mevzuata, hukuk ve idari yargılama kurallarına, idare hukukunun genel ilkelere uygun olduğu da dikkate alındığında, yeni kabulün, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılıkla sınırlı kalmadığı anlaşılmaktadır.

Özetle somut olayda, (A) hakkında bir koruma kararı bulunmasına, koruma kararı idarenin talebi üzerine kaldırılmış olmasına, koru-

<sup>19</sup> D.12.D., 11.04.2011, E: 2009/434, K: 2011/1593

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesi, 21.01.2015, Başvuru No: 2013/135

ma kararını kaldıran mahkeme kararının hukuka uygun olmadığına Yargıtay tarafından tescil edilmesine, koruma kararının mahkeme kararından dolayı değil, 18 yaşın ikmalinden dolayı yasal nedenle kalkmış olduğunun saptanmasına ve reşit oluncaya kadar devam eden ilişiksizlik halinin de hatalı koruma kaldırma kararının sonucu olmasına rağmen, koruma kaldırma kararının geçerli olduğu, yurt ile ilişkin bu karar uyarınca kesildiği ve reşit oluncaya kadar devam eden ilişiksizlik halinin de kararın doğal bir sonucu olduğu kabulüyle hüküm kurulması ve kurulan bu hükmün onanması, konu aldığı davayı aşan sonuçlar yaratma potansiyeline sahiptir.

### 3. Sonuç:

Hak arama özgürlüğünün bir yansıması olan ve tarafların yargılamayla ilgili bilgi sahibi olma, açıklama ve ispat haklarını ifade eden “hukuki dinlenilme hakkı”, tüm yargılamalar bakımından geçerlidir.

Farklı yargı kollarından ve değişik görevli mahkemelerden oluşan her yargı sistemi doğal olarak içtihat farklılıkları barındırabilir. Bu tür farklılıklar aynı yetki çevresinde bile görülebilir. Bunun başlı başına hukuka aykırılık içerdiği de söylenemez. Hâkimlerin karar alma özerkliği, aynı metnin değişik yargı kademelerinde farklı yorumlanması sonucunu doğurabilir.

Kural olarak, aynı derecedeki bağımsız yargı mercileri arasında, aynı hukuki metne ilişkin yorum ve içtihat farklılıkları bulunması veya temyiz mercilerinin, uyumsuzluklara ilişkin olarak tarafların talepleri ve delillerine yönelik yorum farklılıkları da tek başına hak ihlali anlamına gelmez. Bu durum farklı yargı kolları açısından da geçerlidir.

Bununla birlikte, davanın taraflarınca hukuki sebep olarak yargı kararlarına dayanıldığı ya da yargılamada dikkate alınması için mahkemeye delil olarak sunulduğu durumlarda, bu kararlar da gözetilip tartışılmadan hukuka uygun bir hüküm kurulması mümkün olamaz.

Ancak böyle bir durumda adil bir sonuca varabilmek için, değerlendirmenin hukukun genel ilkeleri, ilgili yargı koluna hâkim kurallar ve diğer yargısal ölçütler çerçevesinde yapılması da gerekir.

Kanun yolu incelemesi sonunda verilen bozma kararı, incelemeye konu mahkeme kararının “etkisiz hüküm” niteliğini tespit eder, maddi anlamda kesin hüküm niteliği kazanmasını önlemiş ve icrasını durdurur.

Bu durumda somut olay bakımından, adli yargıda bozma ile etkisizliği tespit edilen, maddi anlamda kesin hüküm niteliği kazanmayan ve icrası durdurulan koruma kaldırma kararına idari yarı tarafından değer atfedilmesi ya da “konusuz kalan davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı” yanlış anlaşılabilir, koruma kararının son bulmuş olduğu kabulüyle sonuca gidilmesi hatalı olmuştur.

Bu tür bir hatanın, konu aldığı davayı aşarak, yüksek mahkemelere yönelik sorun çözme beklentisi açısından ciddi kaygı yaratması kaçınılmazdır.

### Kaynakça

- Akil Cenk, “Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 4, Ankara, 2013
- Aktepe Artık Sezin, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara, 2014
- Bilge Necip, *Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara, 2000
- Çelik Adem, *Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)*, Ankara, 2007
- Özekes Muhammet, “Çekişmesiz Yargının Çekişmeli Yargıdan Temel Farkları”, [www.muglabarosu.org.tr/upload/.../file/Özekes-%206-%20Çekişmesiz%20Yargı.ppt](http://www.muglabarosu.org.tr/upload/.../file/Özekes-%206-%20Çekişmesiz%20Yargı.ppt)
- Özekes Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara, 2003
- Özekes Muhammet, “Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, *Yargıtay Dergisi*, C. 26, Ankara, Ekim 2000
- Tanrıver Süha, “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *TBB Dergisi* S. 53, Ankara 2004
- Anayasa Mahkemesi’nin 21.01.2015 tarih ve 2013/135 Başvuru Numaralı kararı
- Anayasa Mahkemesi’nin 22.04.2015 tarih ve 2015/28-42 sayılı kararı



Anayasa Mahkemesi'nin 05.05.2016 tarih ve 2016/10-36 sayılı kararı

Danıştay 10. Dairesi'nin 10.03.2009 tarih ve E: 2006/5322, K: 2009/1583 sayılı kararı

Danıştay 12. Dairesi'nin 11.04.2011 tarih ve E: 2009/434, K: 2011/1593 sayılı kararı

Danıştay 10. Dairesi'nin 24.03.2014 tarih ve E: 2013/7823, K: 2014/1762 sayılı kararı

Danıştay 10. Dairesi'nin 27.05.2014 tarih ve E: 2009/15845, K: 2014/3436 sayılı kararı

Danıştay 10. Dairesi'nin 11.06.2015 tarih ve E: 2013/6896, K: 2015/2907 sayılı kararı

# VETERİNER HEKİMİN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞU

## THE NON-CONTRACTUAL LIABILITY OF VETERINARY

Ayşe EROL SARIYEV\*

**Özet:** Pozitif hukuktaki bazı kanun ve yönetmeliklerde, veteriner hekimin mesleğini icra ederken uymakla yükümlü olduğu birçok hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlere aykırı davranan veteriner hekimin, diğer hukukî şartlar da sağlandığında Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hukukî sorumluluk sebepleri doğrultusunda sorumlu tutulması mümkündür. Böylece veteriner hekim, hayvanına uygulanan hatalı tıbbî müdahaleler sebebiyle zarara uğrayan hayvan sahibi tarafından açılan maddî ve manevî tazminat davaları ile karşı karşıya kalabilir. Veteriner hekim ile hayvan sahibi arasında sözleşme bulunmuyorsa veya sözleşme geçersiz ise, veteriner hekimin sözleşme dışı sorumluluğunun söz konusu olacağı söylenebilir.

**Anahtar Sözcükler:** Veteriner Hekim, Veteriner Hekimin Sorumluluğu, Veteriner Hekimin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu, Veteriner Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu, Veteriner Hekimin Adam Çalıştıran Olarak Kusursuz Sorumluluğu

**Abstract:** In some laws and regulations of the positive law, there are many provisions that a veterinary is obliged to comply while exercising his/her profession. It is possible that the veterinary who has acted contrary to these provisions to be liable in accordance with the legal liability reasons located in the Turkish Code of Obligations when the other legal conditions have been provided. So, veterinary may be faced with actions for damages for pecuniary loss and mental anguish which are brought by the pet owner who has been injured because of the defective medical treatments applied to his/her animal. If there is not a contract between the veterinary and the pet owner or the contract is invalid; it can easily be said that non-contractual liability of veterinary will come into question.

**Keywords:** Veterinary, Liability of Veterinary, Liability of Veterinary That Arise From Tort, Liability of Veterinary That Arise From Acting Without Authority, Strict Liability of Veterinary as an Employer

---

\* Av., İzmir Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel (Medenî) Hukuk Doktora Öğrencisi

## GİRİŞ

Özellikle son yıllarda, bilim ve teknolojideki gelişim ve değişimin, yaşam koşullarını kolaylaştırmasının yanında insanları yalnızlaştırdığı da bir gerçektir. Bu noktada özellikle yalnız yaşayan insanların imdadına evcil hayvanlar yetişmektedir. Evlerde beslenen hayvanların zaman zaman diğer insanlardan daha iyi birer dost oldukları görülmektedir. Ancak, evinde hayvan besleyen ya da geçimini hayvanı sayesinde sağlayan hayvan sahipleri, veteriner hekim tarafından uygulanan tıbbî müdâhale sebebiyle hayvanları bir zarara uğradığında başvuracakları hukukî yollar hakkında yeterli bilgiye sahip değillerdir. Bu doğrultuda, çalışmamızda öncelikle, hayvanın hukukî niteliğinden ve veteriner hekimin hukukî statüsü ile görev ve sorumluluklarından söz edilmiştir. Veteriner hekimin sözleşme dışı sorumluluğunun hukukî sebepleri ile hukukî sonucu olarak maddî ve manevî tazminat davası, davanın ikame edileceği görevli ve yetkili mahkeme, davada göz önünde bulundurulması gereken zamanaşımı süreleri ve sorumluluktan kurtulmanın yolları da çalışmamızda ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

## VETERİNER HEKİMİN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞU

### I. SORUMLULUĞUN POZİTİF HUKUKTAKİ KAYNAKLARI

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu,<sup>1</sup> 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu,<sup>2</sup> 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun,<sup>3</sup> 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu,<sup>4</sup> Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği,<sup>5</sup> Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliği,<sup>6</sup> Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği,<sup>7</sup> Veteriner Hekim Muayenehane ve Poliklinik Yönetmeliği,<sup>8</sup> Hayvan Hastaneleri Yönetmeliği,<sup>9</sup> Ev ve Süs

<sup>1</sup> RG., 1.7.2004, S. 25509.

<sup>2</sup> RG., 13.6.2010, S. 27610.

<sup>3</sup> RG., 18.3.1954, S. 8661.

<sup>4</sup> RG., 16.5.1986, S. 19109.

<sup>5</sup> RG., 13.9.2006, S. 26288.

<sup>6</sup> RG., 15.3.1989, S. 20109.

<sup>7</sup> RG., 12.5.2006, S. 26166.

<sup>8</sup> RG., 15.10.2011, S. 28085.

<sup>9</sup> RG., 21.12.2011, S. 28149.

Hayvanlarının Üretim, Satış, Barınma ve Eğitim Yerleri Hakkında Yönetmelik,<sup>10</sup> Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları ile Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmelik,<sup>11</sup> Veteriner Hekimlik Meslek Etiği Kuralları,<sup>12</sup> sorumluluğun pozitif hukuktaki kaynaklarıdır. Belirtilen kanun ve yönetmeliklerde yer verilen, veteriner hekimin hayvan üzerindeki tıbbî müdâhalesinde uymakla yükümlü olduğu ilgili hükümlere çalışmamızda yeri geldiğince değinilmiştir.

## II. SORUMLULUĞUN NESNESİ

Veteriner hekimin uyguladığı tedavi sebebiyle sorumluluğunun nesnesi, hukukî anlamda eşya sayılıp sayılmadığı tartışmalı olan ve yaşama hakkına sahip olan<sup>13</sup> hayvanlardır. Hukukî anlamda eşya genel olarak, üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilen, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismanî varlık olarak tanımlanmaktadır.<sup>14</sup> Hayvanın eşya değil fakat eşya benzeri olduğu-

<sup>10</sup> RG., 8.10.2011, S. 28078.

<sup>11</sup> RG., 20.01.2012, S. 28179.

<sup>12</sup> Türk Veteriner Hekimleri Birliği'nin 13 Ağustos 2000 tarihli Büyük Kongresinde kabul edilerek, Merkez Konseyi'nin "Dayanışma Dergisinin" Kasım 2000 sayısında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>13</sup> Hayvanların yaşama hakkına sahip oldukları 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun amaç ve kapsam başlıklı maddeleriyle hüküm altına alınmıştır: "Bu Kanunun amacı; hayvanların rahat yaşamalarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamaktır." (m. 1) "Bu Kanun, amaç maddesi doğrultusunda yapılacak düzenlemeleri, alınacak önlemleri, sağlanacak eş güdümü, denetim, sınırlama ve yükümlülükler ile tâbi olunacak cezaî hükümleri kapsar." (m. 2). Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde de, bütün hayvanların hak sahibi oldukları, var olma ve insanlarla birlikte yaşama, saygı görme, bakım ve korunma gibi haklara sahip oldukları belirtilmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmet Sungurbey, Hayvan Hakları Bir İnsanlık Kitabı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1999, s. 1033 vd.). Bunlarla birlikte hayvanlara ancak belirli şartlar altında ötenazi uygulanabilir: "Hayvanlara ötenazi yapmak yasaktır. Ancak a) Hayvanlara acı ve ıstırap çektiren veya iyileşme durumu bulunmayan hastalık durumlarında b) Akut bulaşıcı bir hayvan hastalığının önlenmesi ya da eradikasyonu amacıyla veya insan sağlığı için risk oluşturan durumlarda c) Davranışları insan ve hayvanların hayatı ve sağlığı için tehlike teşkil eden ve olumsuz davranışları kontrol edilemeyen durumlarda, veteriner hekim tarafından ötenazi yapılmasına karar verilebilir. Ötenazi işlemi veteriner hekim tarafından veya veteriner hekim gözetiminde yapılır." (5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu m. 9/f. 3).

<sup>14</sup> M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 17. Basi, İstanbul 2014, s. 8.

nu kabul eden yazarlar,<sup>15</sup> bu durumun, hayvanın aynı hak konusu olmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmektedirler.<sup>16</sup> Buna karşılık, bazı yazarlarca, hayvanların alım-satım konusu oldukları, üzerlerinde mülkiyet hakkı ve rehin gibi sınırlı aynı hakların kurulabildiği göz önüne alındığında,<sup>17</sup> Türk hukuku bakımından eşya olma niteliklerini korudukları ifade edilmektedir.<sup>18</sup> Hayvanın hukukî anlamda eşya sayıldığını kabul eden yazarlara göre, ekonomik değerinin bulunup bulunmadığı önem taşımaksızın, üzerinde fiili hâkimiyet kurulabilen, kişisel nitelik taşımayan, sınırları belirli cismanî (maddî) varlıklar hukukî anlamda eşya sayılır.<sup>19</sup> Nitekim hayvanın eşya olmadığı sonucuna varılabilmesi için, Almanya, İsviçre ve Avusturya'da olduğu gibi bazı kanunî düzenlemelere<sup>20</sup> ihtiyaç bulunmaktadır.<sup>21</sup> Hukukumuzda

<sup>15</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 10, dn. 33; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Mimoza Yayıncılık, 7. Bası, Konya 2014, s. 575; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2014, s. 9; Hayvanların eşya benzeri olduğuna dair görüşün, hayvanların hukukî konumlarına ilişkin mevcut kanunî düzenlemelerinde değişiklik yapılan İsviçre, Almanya ve Avusturya hukukları açısından kabul edilebileceği yönünde bkz. Sanem Aksoy Dursun, Eşya Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 185-186.

<sup>16</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 8-10.

<sup>17</sup> Hayvanları Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin 5. fıkrası gereğince ev ve süs hayvanlarının haczinin yasaklanması dışında, hayvanların diğer eşyalar gibi alım-satımı, ticareti yasaklanmamıştır (Mehmet Ünal/ Veysel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku (Giriş Zilyetlik Tapu Sicili), Yetkin Yayınevi, 6. Bası, Ankara 2012, s. 71; Veysel Başpınar, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 108).

<sup>18</sup> Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara 2012, s. 39; Ünal/Başpınar, s. 71-72; Başpınar, Mülkiyet Hakkı, s. 108; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, Fakülteler Barış Yayınevi, 11. Bası, İzmir 2014, s. 7; Jale Akipek/Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 26.

<sup>19</sup> Erol Cansel, Türk Menkul Rehni Hukuku (Teslim Şartlı Menkul Rehni), Sevinç Matbaası, C. 1, Ankara 1967, s. 56; Başpınar, Mülkiyet Hakkı, s. 65-72; Esener/Güven, s. 37-38, 41.

<sup>20</sup> Almanya, İsviçre ve Avusturya Medenî Kanunları'nda, hayvanların eşya olmadıkları, özel kanunlarla korundukları ancak farklı bir düzenleme bulunmadığı sürece eşya için geçerli olan kanun hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde hayvanlara da uygulanabileceği yönünde birbirine benzer hükümler bulunmaktadır (Aksoy Dursun, s. 183-184; Arzu Genç Arıdemir, "Hayvanların Hukukî Konumlarının İyileştirilmesi Amacıyla İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, C. 1, s. 334-335). Hayvanların eşya olmaktan çıkarılmalarına ilişkin İsviçre Hukukundaki gelişmelere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Genç Arıdemir, s. 329 vd.

<sup>21</sup> Eşyanın bütün unsurlarını tam olarak sağlayan bir varlığın eşya olmaktan çıkarılması, ancak hayvan haklarının daha iyi korunması için gerekli olduğu düşünülen bir kanun hükmüyle gerçekleştirilebilir (Aksoy Dursun, s. 187).

da benzeri kanunî düzenlemeler getirildiğinde, hayvanların nitelikleri bakımından diğer eşya türleri arasında farklı bir konumda oldukları veya olmaları gerektiği yönünde zihinlerde yer eden düşüncelerin<sup>22</sup> hukukî bir zemin kazanması sağlanabilir. Bununla birlikte öğretilerde, hayvanın muhtaç olduğu özel statüye ve korunmaya kavuşturulması için sadece “*hayvan eşya değildir*” şeklindeki bir düzenlemeye değil; özellikle İsviçre ve Almanya’da olduğu gibi hayvanların hukukî konumları ile ilgili getirilen bir dizi değişikliğe<sup>23</sup> ihtiyaç bulunduğu da özellikle vurgulanmaktadır.<sup>24</sup>

Hayvanın, hukukî anlamda eşya sayılıp sayılmadığı tartışmalı olsa da, aynı hak<sup>25</sup> konusu olduğuna dair fikir birliği mevcuttur. Aynı hakkın sağladığı tasarruf ve korunma imkânından, hayvanlar üzerinde hak sahibi olan kişiler yararlanır. Sonuç itibariyle, mevcut hukukî düzenlemelere göre eşya olarak kabul ettiğimiz ve aynı hak konusu olan hayvanlar, veteriner hekimin uyguladığı tedavi sebebiyle ortaya çıkacak hukukî, cezaî, idarî veya meslekî sorumluluğun nes-

<sup>22</sup> Zira bir kimsenin arabasına zarar vermek ile hayvanına zarar vermenin aynı şey olmadığı herkesin malûmudur (Aksoy Dursun, s. 185). Bunun aksi yönde düşünce toplumda hoş karşılanmaz (Genç Arıdemir, s. 328).

<sup>23</sup> İsviçre Medenî Kanunu’na, kayıp hayvanın bulunmasına dair düzenleme (maliki tespit edilemeyen kayıp eşyanın mülkiyetinin kazanılması için geçmesi gereken süre beş yıl iken, ev alanında, maddî veya kazanç amacı olmaksızın beslenen ev hayvanı için bu sürenin, hayvanla sahibi arasında kurulan yakın bağ da göz önüne alınarak iki ay olarak belirlenmesine dair) ile ev hayvanlarının kazandırıcı zamanlaşımı ile kazanılmasına dair düzenleme (ev alanında, maddî veya kazanç amacı olmaksızın beslenen ev hayvanının iyiniyetli zilyedi davasız ve aralıksız iki ay süre ile malik sıfatıyla zilyetliğini sürdürürse mülkiyeti zamanlaşımı ile kazanacağına dair) getirilmiştir (Genç Arıdemir, s. 340-342). İsviçre Borçlar Kanunu’nda, ev alanında, maddî veya kazanç amacı olmaksızın beslenen hayvanların tedavi masrafları hayvanın satış değerini aşarsa, bunun zarar verenden talep edilip edilemeyeceğine mahkemece karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Buna benzer hükümlere Avusturya ve Alman Medenî Kanunları’nda da yer verilmiştir (Aksoy Dursun, s. 186; Genç Arıdemir, s. 342-343). İsviçre Borçlar Kanunu’nun bir başka maddesinde de, yaralanan ve ölen ev hayvanı için onu idare edenin veya yakının manevî tazminat isteyebileceği hükmüne yer verilmiştir (Aksoy Dursun, s. 186; Genç Arıdemir, s. 344 vd.). İsviçre İcra İflas Kanunu’nda da, ev alanında, maddî veya kazanç amacı olmaksızın beslenen hayvanların haczedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (Genç Arıdemir, s. 328, dn. 5). Alman hukukunda da buna benzer bir düzenleme yer almaktadır (Genç Arıdemir, s. 329, dn. 10).

<sup>24</sup> Aksoy Dursun, s. 187-188.

<sup>25</sup> Aynı hak, sınırları belli eşya üzerinde bir kişinin doğrudan doğruya sahip olduğu ve herkese karşı ileri sürebildiği hâkimiyet olarak ifade edilmektedir (Esener/Güven, s. 42).

nesini oluştururlar. Bunlarla birlikte, veteriner hekimin sözleşme dışı hukukî sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, hayvanın sahipli bir hayvan olması, başka bir deyişle 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nda belirtilen ev ve süs hayvanı,<sup>26</sup> kontrollü hayvan<sup>27</sup> ya da sahipli çiftlik hayvanı<sup>28</sup> olması gerekir. Nitekim hukukî sorumluluk, veteriner hekimin hayvana uyguladığı tedavi sonucu hayvanının uğradığı zarar sebebiyle hayvan sahibinin<sup>29</sup> de zarara uğramış olması halinde söz konusu olur.

### III. SORUMLULUĞUN SUJESİ

Veteriner hekimin sözleşme dışı sorumluluğunun sujesi, bazı durumlarda yardımcı sağlık personeli olsa da, genellikle veteriner hekimdir. Zira Hayvanları Koruma Kanunu'nun 7. maddesinde, hayvanlara uygulanacak tıbbî ve cerrahî müdahaleler ile kontrolsüz üremenin önlenmesi için acı vermeden kısırlaştırma müdahalelerinin sadece veteriner hekimler tarafından yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple, bu bölümde veteriner hekimin hukukî statüsü gereği sahip olması gereken özellikler ile görev ve yetkilerine değinilmiştir.

6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 1. maddesine göre veteriner hekim, yüksek veteriner okulları ile veteriner fakültelerinden veya denkliği Milli Eğitim

<sup>26</sup> "İnsan tarafından özellikle evde, işyerlerinde ya da arazisinde özel zevk ve refakat amacıyla muhafaza edilen veya edilmesi tasarlanan bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvanı ifade eder." (m. 3/1). 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun 3. maddesinin 22. bendinde de, ev ve süs hayvanı, sahiplerinin ya da sahipleri adına sorumluluğunu almış kişilerin yanında bulunan, üçüncü bir şahsa satışı ya da devredilmesi amaçlanmayan arılar, kabuklu hayvanlar ve kümes hayvanları haricindeki omurgasızlar, amfibik hayvanlar, köpek, kedi, gelincik, süs balıkları, sürüngen, kemirgen, evcil tavşan ve tüm kuşlar olarak tanımlanmaktadır.

<sup>27</sup> "Bir kişi, kuruluş, kurum ya da tüzel kişilik tarafından sahiplenilen, bakımı, aşıları, periyodik sağlık kontrolleri yapılan işaretlenmiş kayıt altındaki ev ve süs hayvanlarını ifade eder." (m. 3/j).

<sup>28</sup> Çiftlik hayvanı, et, süt, yumurta da dâhil olmak üzere gıda, deri, kürk, yün, tüy veya diğer ürünlerin temini için veya işgücü amacıyla insanlar tarafından yetiştirilen ve beslenen hayvanlar olarak tanımlanmaktadır (5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu m. 3/14).

<sup>29</sup> Hayvan sahibi, hayvanların mülkiyet hakkını üzerinde bulunduran gerçek veya tüzel kişidir (5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu m. 3/32).



Bakanlığınca onaylanmış veteriner okullarından diploma almış kimsedir. Aynı Kanun'da, veteriner hekimlerin mesleklerini serbestçe icra edebilmelerinin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmalarına ve sahip oldukları diplomalarını Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı'na tescil ettirmelerine (m. 2) ve yasada belirtilen engel hallerinin bulunmamasına (m. 6)<sup>30</sup> bağlı olduğu belirtilmektedir. Kanun'da belirtilen şartlara sahip bir veteriner hekim bulunan şehir, kasaba ve köylerde, veteriner hekim sıfatına sahip olmayanların her türlü hayvan hastalıklarını muayene ve tedavi etmelerinin yasak olduğu da aynı Kanun'un 11. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Serbest çalışan veteriner hekimler için, veteriner hekim odasına kayıtlı olmak da veteriner hekimlik mesleğini yerine getirebilmenin diğer bir şartıdır.<sup>31</sup> Buna karşılık, memur sıfatına sahip veteriner hekimler ve mesleğini icra etmeyenler için ise, veteriner hekim odasına üye olmak bir zorunluluk olmayıp, isteğe bağlıdır.<sup>32</sup> Veteriner hekimin istisnaî durumlar haricinde özel muayene ve tedavi yapabilmesi usule ve hukuka uygun şekilde işyeri açmasına bağlıdır.<sup>33</sup>

6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere

<sup>30</sup> "Aşağıda yazılı haller, veteriner hekimlik mesleğinin yürütülmesine engel teşkil eder: a) Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) (1) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmak b) Bu Kanun ile oluşturulan Yüksek Haysiyet Divanının kararları ile mesleğin yürütülmesinin yasaklanması. c) Yüksek Haysiyet Divanınca haklarında diplomalarının geri alınması kararı verilmesi."

<sup>31</sup> "Bir veteriner hekimler odası bölgesinde, meslek ve sanatını sürekli olarak serbest olarak icra eden veteriner hekimler bir ay içinde o il veya veteriner hekimler odasına yazılmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler." (6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun m. 17/f. 1).

<sup>32</sup> "Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ve herhangi bir sebeple meslek ve sanatı ile uğraşmayanlardan isteyenler veteriner hekim odalarına üye olabilirler." (6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun m. 17/f. 2).

<sup>33</sup> "Veteriner hekimler, Kanuna ve yürürlükteki diğer mevzuata uygun işyeri açmadıkça, bu Yönetmeliğin ilgili maddelerinde belirtilen durumların dışında özel muayene ve tedavi yapamazlar." (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 80).

Dair Kanun'un 5. maddesinde veteriner hekimlerin görev ve yetkileri, hayvanları muayene etmek, hayvan hastalıklarını tedavi etmek, hayvanlar üzerinde yapabileceği her türlü ameliyatı yapmak, uzmanlığı gerektiren durumlarda uzman veteriner hekime<sup>34</sup> başvurulmasını önermek, hayvanların vasıfları ve sağlık durumları hakkında rapor vermek, kara ve deniz hayvanlarından elde edilen gıda ve benzeri sınıai maddelerle ürünlerini, hayvan yemi olarak kullanılan maddeleri incelemek ve konunun uzmanı ise tahlil etmek, uzman olmak ve bu uygulamalar için düzenlenmiş özel kanunların hükümlerine uymak şartıyla veteriner hekimlikte uygulanan her türlü aşı, serum, biyolojik maddelerle ilaçları hazırlamak, incelemek, tahlil etmek ve bu konularda rapor vermek, eczanesi bulunmayan yerlerde hayvan hastalıklarında kullanılan her türden aşı, serum, ilaç ve biyolojik maddeleri içeren bir ecza dolabı temin etmek ve bu ilaçları satmak, memleket hayvancılığının iyileştirilmesi ve gelişimini engelleyici hareketleri ve gördüğü veya duyduğu bulaşıcı hayvan hastalıklarını en kısa zamanda resmî makamlara haber vermek, aciliyet arz eden durumlarda derhal önleyici tedbirlere girişmek ve zootekni<sup>35</sup> alanında sahip olduğu bilimsel yetkisini kullanmak olarak belirtilmektedir. Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin 63. maddesinde de veteriner hekimlerin görevleri, görevleri gereği ilişkili oldukları iş, meslek sahipleri ve meslektaşları ile tam bir uyum ve anlayış içerisinde çalışarak hayvan refahı kurallarına uymak ve uygulanmasını temin etmek, hayvan sağlığını korumak, hayvan varlığının ve hayvansal ürünlerin arttırılmasını sağlamak, veteriner halk sağlığını ve gıda güvenliğini sağlamak, hayvan sahiplerinin duygu ve düşüncelerine saygı göstermek olarak belirtilmektedir.

<sup>34</sup> "Uzman ünvanını taşıyabilmek için Veteriner Hekim Uzmanlık Yönetmeliği'nde yazılı olan branşlardan birinde ihtisas yapmış olmak ve Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı'na hazırlanacak yönetmeliğe göre yapılacak imtihanı kazanmak ve uzmanlık belgesi almak şarttır." (6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odalarının Teşekkül Tarzına Ve Göreceği İşlere Dair Kanun m. 7/f. 1). Bununla birlikte, Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin 66. maddesine göre, veteriner hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, zorunlu ve acil durumlarda hayvanlar üzerinde ilk yardım yapabilir. Ancak, bir zorlama karşısında bunu ret hakkına sahiptir.

<sup>35</sup> Zootekni; hayvanların yetiştirilmesi, ıslahı, bakımı, beslenmesi, üremesi, çoğalması ve belgelendirme ile ilgili uygulamaları ifade eder (5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu m. 3/84).

Veteriner hekimlerin, hukukî düzenlemelerde, serbest veteriner hekim,<sup>36</sup> sorumlu veteriner hekim,<sup>37</sup> resmî veteriner hekim,<sup>38</sup> yetkilendirilmiş veteriner hekim,<sup>39</sup> hükümet veteriner hekimi,<sup>40</sup> işyeri veteriner hekimi<sup>41</sup> ve kamu veteriner hekimi<sup>42</sup> olarak adlandırıldıkları görülmektedir.

<sup>36</sup> Serbest veteriner hekim, 18/3/1954 tarihli ve 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odaların Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun uyarınca mesleğini icra eden, bu Kanun'un 5. maddesinde sıralanan görev ve yetkileri bulunan, sermayeden ziyade kişisel özelliklere, ilim veya meslekî bilgiye veya uzmanlığa dayanan ve ticarî nitelikte olmayan hekimlik hizmetlerini işverene tâbi olmaksızın şahsî sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapan, bu Yönetmeliğin uygulanmasında görevlendirilen, 23/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi olmaksızın çalışan, mevzuatlar çerçevesinde mesleğini serbest olarak icra etme yetkisine sahip veteriner hekimdir (Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği m. 4/gg).

<sup>37</sup> Sorumlu veteriner hekim, belediye bakımevlerinde yasalarla belirlenmiş hizmetleri ve sorumlulukları yerine getirecek olan veteriner hekimdir (Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği m. 4/ğğ). Sorumlu veteriner hekimin, muayenehane veya polikliniğin, kuruluş, işleyiş ve denetimi ile ilgili her türlü işlemde birinci derecede sorumlu veteriner hekim olduğu da belirtilmektedir (Veteriner Hekim Muayenehane ve Poliklinik Yönetmeliği m. 4/n).

<sup>38</sup> Resmî veteriner hekim, 5996 sayılı Kanun kapsamında verilen görevleri Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı adına yapan Bakanlık personeli veteriner hekimdir (Veteriner Hekim Muayenehane ve Poliklinik Yönetmeliği m. 4/1 ve Hayvan Hastaneleri Yönetmeliği m. 4/n). Resmî veteriner hekimin, 5996 sayılı Kanun kapsamında verilen görevleri Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı adına yapan Bakanlık personeli veteriner hekimi olduğu da belirtilmektedir (5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu m. 3/53).

<sup>39</sup> Yetkilendirilmiş veteriner hekim, Bakanlıkta görevli veteriner hekimler dışında, verilecek resmî görevleri yürütmek üzere Bakanlık tarafından yetki verilen veteriner hekimdir (5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu m. 3/81).

<sup>40</sup> Hükümet veteriner hekimi, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı'nca 3285 sayılı Kanun'un uygulamasında görevlendirilen veteriner hekimdir (3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu m. 3/b).

<sup>41</sup> İşyeri veteriner hekimi, ev ve süs hayvanları üretim, satış, barınma ve eğitim yerleri ile buralardaki hayvanların her türlü hijyenik ve sağlık sorunları ile koruyucu önlem ve aşılamalardan sorumlu veteriner hekimdir (Ev ve Süs Hayvanlarının Üretim, Satış, Barınma ve Eğitim Yerleri Hakkında Yönetmelik m. 4/k).

<sup>42</sup> Kamu veteriner hekimi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi olarak çalışan veteriner hekimdir (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 4/i). Kamu veteriner hekimleri aynı zamanda, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil sağlık personeldir: "Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı; sağlık hizmetlerinde (hayvan sağlığı dahil) meslekî eğitim görenek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizyoterapist, tıp teknolojisi, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler uzmanı, biyolog, psikolog, diyetisyen, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı (fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcısı, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlığı memuru ve benzeri sağlık personelinin kapsar." (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (RG., 23.7.1965, S. 12056) m. 36/3).

#### IV. SORUMLULUĞUN HUKUKÎ SEBEPLERİ

Veteriner hekimin, hayvan sahibi ile arasında sözleşme bulunup bulunmaması önem arz etmeksizin mesleğine dair en önemli yükümlülüğü, “evrensel tıbbî etik ilkelere uyma yükümlülüğü” dür. Bu ilkeler, Veteriner Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 6. maddesinde “*yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik*” olarak belirtilmektedir.

Hekim ile hasta arasında olduğu gibi, veteriner hekim ile hasta hayvanın sahibi arasında da henüz sözleşme ilişkisi kurulmamışken sözleşme görüşmeleri esnasında hayvan sahibi bir zarara uğrayabilir. Bu durumda, hukukî niteliği hakkında farklı görüşler bulunan culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olabilir.<sup>43</sup> Örneğin, veteriner hekimin özel muayenehanesine hasta hayvanını getiren hayvan sahibinin hayvanına müdâhale yapılacağı inancıyla oyalanması, bu sebeple gecikme sonucu hayvanın şikâyetlerinin artması ve başka bir sağlık kuruluşuna gitmek durumunda kalması halinde meydana gelen zararlar culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak talep edilebilir. Culpa in contrahendo sorumluluğu, Türk Hukuku'nda sıklıkla uygulanmayan bir sorumluluk türü olması sebebiyle çalışmamızda ayrı bir başlık altında incelenmemiştir.

Yukarıda sorumluluğun sujesi başlığı altında söz edilen, serbest veteriner hekim, sorumlu veteriner hekim, işyeri veteriner hekiminin, haksız fiil sorumluluğu, vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk ve adam çalıştıranın sorumluluğu hükümlerine göre gerekli hukukî şartlar sağlandığı takdirde sorumlulukları söz konusu olabilir. Bununla birlikte, bazı kanunlar kapsamında Bakanlık tarafından görevlendirilen resmî veteriner hekim, hükümet veteriner hekimi, yetkilendirilmiş veteriner hekim ile 657 sayılı Kanun'a tâbi kamu veteriner hekimlerinin de görevden ayrılabilir kişisel kusurları bulunduğu sürece<sup>44</sup> aynı sorumluluk sebepleri doğrultusunda sorumlu tutulmaları mümkündür.

<sup>43</sup> Mehmet Ayan, Tıbbî Müdâhelelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s. 49; Mehmet Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, *AÜHFD.*, Ankara 2008, C. 57, S. 3, s. 228; Hasan Petek, Sağlık Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2859, Eskişehir 2013, s. 85; Hasan Petek, “Güçleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, *DEÜHFD.*, İzmir 2006, C.8, S.1, s. 186-187.

<sup>44</sup> Anayasa'nın 125/5., 40/2. ve 40/3. maddeleri ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi gereğince, kamu personeli sayılan hekim veya diğer

## A. Veteriner Hekimin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu

### 1. Genel Olarak

Veteriner hekim, hayvan sahibi ile aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan veya sözleşmenin imkânsızlık, hukuka, ahlâka veya kişilik haklarına aykırılık, ehliyetsizlik, şekle aykırılık, irade ile beyan arasında uyumsuzluk sebebiyle geçersiz olduğu hallerde hayvana uyguladığı tıbbî müdâhale esnasında bir zarara sebebiyet vermiş olabilir. Bu durumda, Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi gereğince kusur sorumluluğu esasına dayanan haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilir. Ancak haksız fiil sorumluluğu kapsamında korunanın, hayvan üzerindeki mülkiyet hakkı olduğu; bu sebeple mülkiyet hakkı sahibinin tedavi öncesi göstermiş olduğu rızasının sorumluluğun doğmasını engelleyeceği kabul edilmektedir.<sup>45</sup> Haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, her şeyden önce haksız fiili işleyenin

---

personelin tıbbî müdâhalelerdeki zarar verici fiilleri sebebiyle idare aleyhine dava açılması gerekir. Bu durumda idarenin de kusurlu personele rücu hakkı bulunmaktadır. Hekimin, görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği kusurları idarenin hizmet kusuru sayılır. Bu sebeple davanın idareye yöneltilmesi gerektiğine dair HGK., 1. 2. 2012, 2011/4-592, 2012/25: "Davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında kanamalı ve acil durumda olduğu halde destekleri olan hastaya müdâhalede bulunmayıp, dış gebelik olan başka bir hastayla ilgilendiği; böylece, dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla ve doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmışlardır. ...Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı olsa da eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. ...Mahkemece, davalı doktor hasım gösterilerek açılan davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi usul ve yasaaya uygun olup, direnme kararının onanması gerekir." (KHYK-J). Aynı doğrultuda yönetmelik maddesinde belirtilen, hayvana uygulanacak tedavi, aşı veya ilaç uygulamalarının hatalı uygulanması, veteriner hekimin görevi ile ilgili bir kusur sayılır:"Bakanlıkça ihbarı zorunlu olarak tespit ve ilân edilen hastalıklardan birinin çıkışında hastalıkla mücadele, tedavi ve koruma amacı ile aşı, serum ve ilaç uygulaması resmi veteriner hekim, yetkilendirilmiş veteriner hekim veya onların sorumluluğunda yardımcı sağlık personeli tarafından yapılır." (Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları ile Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmelik m. 25/f. 2). Bu sebeple, söz konusu hüküm kapsamındaki uygulamalarda da veteriner hekimin değil, idarenin sorumluluğu gündeme gelir. Buna karşılık, kamu personelinin görevden ayrılabilir şahsî kusurunun varlığı halinde, örneğin, veteriner hekimin bulunduğu klinikten ayrılarak hayvan sahibinin evine giderek hayvana orada müdâhalede bulunmasında olduğu gibi görevi haricinde yaptığı hatalı tıbbî müdâhalelerde ise, kamu görevlisine karşı adli yargıda dava açılabilir.

<sup>45</sup> Tuğçe Oral, "Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2014, Y. 5, S. 16, s. 327.

ayırt etme gücüne sahip olması gerekir.<sup>46</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür. Kanun'un 50. maddesine göre de zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Bu sebeple, haksız fiil sorumluluğuna dayanarak dava açan hayvan sahibi, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağını ispatlamak zorundadır. Ancak bazı durumlarda veteriner hekimin tıbbî müdâhaledeki kusurunun, özensizliğinin ve zarar ile fiil arasındaki nedensellik bağının ispatı bu konularda yeterince bilgisi olmayan hayvan sahibi için zor olabilir. Bu durumda, somut olay bakımından normal hayat tecrübelerine göre olmaması gereken durumun varlığının (emarelere dayalı kesin bir ihtimalin) ispatlanması (ilk görünüş ispatı) ile nedensellik bağının ispatlanmış sayılması gerektiği kabul edilebilir. Hekimin müdâhalesinin tıp biliminin verilerine ya da somut vakiyaya uygun olup olmadığının, kusurunun ve özensizliğinin tespiti çoğu durumda teknik bilgiyi gerektirir. Bu sebeple, insanlar üzerindeki tıbbî müdâhalelerde sorumluluğun doğup doğmadığının belirlenmesi açısından genellikle bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>47</sup> Aynı durum veteriner hekimin müdâhalesi için de söz konusu olmalıdır.

## 2. Sorumluluğun Şartları

### a. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, haksız fiil ilişkisinde hukuk normunun ihlâlini ifade eder.<sup>48</sup> Hukuka aykırı fiil, hukukun koruduğu değerlerin ihlâl edilmesi suretiyle hukukun koyduğu kurala uymayan fiildir.<sup>49</sup> Buna

<sup>46</sup> Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara 2014, s. 281. Haksız fiil sorumluluğunda ayırt etme gücüne sahip olma koşulunun istisnası, fiili işleyen ayırt etme gücüne sahip olmadığı halde hakka niyet gerektiriyorsa hâkimin kısmen veya tamamen zararın giderilmesine karar verebileceğini öngören TBK.m.65 hükmüdür (Kılıçoğlu, s. 281).

<sup>47</sup> Bkz. 13. HD., 8.2.2001, 380/1303 (KHYK-J).

<sup>48</sup> Ayan, Tıbbî Müdâhale, s. 167.

<sup>49</sup> M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, C. 2, 11. Bası, İstanbul 2014, s. 14; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 16. Bası, Ankara 2014, s. 586-587; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, C. 1, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 431; Hüseyin Durdu, Sağlık Mesleğinde Hukukî Sorumluluk, Adalet Yayınevi, İzmir 1986, s. 12-13; Mehmet Emin Özgül, Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 150.



karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nun 63. maddesi ve Türk Medenî Kanunu'nun 24. maddesi hükümleri kapsamında yer verilen hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde ise, müdâhale hukuka aykırı sayılmaz. Türk Medenî Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasında hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, rıza, üstün nitelikte özel yarar, üstün nitelikte kamusal yarar, kanunun verdiği yetkinin kullanılması olarak belirtilmektedir. Bunlar, kişilik hakkının ihlâli ile ilgili haksız eylemlere özgü olan özel hukuka uygunluk sebepleridir. Özel hukuka uygunluk sebeplerinden rıza insanlar üzerinde uygulanan her türlü müdâhaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği gibi verilen rıza, müdâhalenin tıbbın kurallarına ve bilimsel yöntemlere uygun yapılması şartını da taşımaktadır.<sup>50</sup> Ancak, insan üzerinde uygulanan tıbbî müdâhalelerin aksine<sup>51</sup> burada hayvanın bedensel bütünlüğüne, yaşam hakkına zarar verilmesine ilişkin hayvan sahibinin verdiği rıza, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi ile Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesine aykırılık teşkil etmez. Zira burada kişilik hakkının değil, malvarlığı hakkının ihlâline verilen rıza söz konusudur. Hayvan üzerindeki hak, zarar gören hayvan sahibinin serbestçe tasarruf edebileceği bir mülkiyet hakkı olup, rıza burada fiili hukuka uygun hale getirir.

Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 63. madde hükmünde hukuka uygunluk sebepleri, rıza, üstün nitelikte özel yarar, üstün nitelikte kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılmasının dışında ayrıca meşru müdafaa, zorunluluk hali ve hakkını kendi gücüyle koruma olarak belirtilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 63. maddesinde, Türk Medenî Kanunu'nun 24. maddesinin aksine hukuka uygunluk sebepleri, sadece kişilik haklarına saldırı halinde geçerli olacak şekilde sınırlandırılmamıştır. Bu sebeple, hayvan sahibinin hayvanına uygulanan tıbbî müdâhalelerdeki hukuka uygunluk sebeplerini Türk Borçlar Kanunu'nun 63. maddesi kapsamında değerlendirmek yerinde olur. Ancak burada da hukuka uygunluk sebepleri, hayvanlar üzerinde uygulanan tıbbî müdahaleler kapsamında değerlendirildiğinde, rıza, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin, hayvan

<sup>50</sup> Kılıçoğlu, s. 292.

<sup>51</sup> Eren, Borçlar, s. 604.



sahibinin tıbbî müdâhaleye rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olmasının dışında, tıbbî zorunluluk sebebiyle yani hayvanın hayatının kurtarılması ve sağlığına kavuşturulması için hayvan sahibinin rızası alınmaksızın acil müdâhale gerektiren durumlarda da üstün nitelikte özel yararın varlığı bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir. Bu durumda yapılan müdâhale de hukuka uygun sayılabilir. Bunun dışında, insanlar ve diğer hayvanların sağlığı açısından tehlike teşkil eden bulaşıcı bir hastalığa yakalandığı tespit edilen bir hayvanın öldürülmesi hali de, üstün nitelikli kamusal yarar ve kanunun verdiği yetki için bir örnek teşkil edebilir. Böyle bir durumda da müdâhale hukuka uygun kabul edilebilir.

Yukarıda belirtilen hukuka uygunluk sebepleri bulunmayan hallerde, veteriner hekimin tıp biliminin verilerine ve hukukî düzenlemelere aykırı olarak hayvanın yaşam hakkına, bedensel bütünlüğüne yönelik müdâhaleleri hukuka aykırı sayılır. Sorumluluğa neden olan davranış, yapma şeklinde pozitif bir davranış (hayvana yanlış ilaç verilmesi) veya yapmama şeklinde ihmalî bir davranış (ameliyat öncesi hayvana ne kadar ilacın verilmesi gerektiğinin araştırılmaması) da olabilir.<sup>52</sup> Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin 64. maddesinde, veteriner hekimin mesleğini doğrulukla icra etmek ve yüceltmekle yükümlü olduğu, meslekî faaliyetleri dışında da meslek onurunu zedeleyici davranışlardan kaçınmak zorunda olduğu belirtilmektedir. Bu sebeple, hayvanın durumuna göre tıbbî özenin gösterilmesi ile hayvanın yaşamının, sağlığının korunması veteriner hekimin öncelikli ödevi olmalıdır. Diğer tıbbî müdâhalelerde hekimler için geçerli olduğu gibi hayvana yönelik tıbbî müdâhalelerde de veteriner hekim hasta hayvanı iyileştirmek zorunda olmasa dahi,<sup>53</sup> iyileştirmek için her şeyi yapmakla yükümlüdür.<sup>54</sup> Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetleri-

<sup>52</sup> Oral, s. 329, dn. 47, dn. 48.

<sup>53</sup> "Hastalığın şifa ile sonuçlanmayışı veteriner hekimin başarısızlığını göstermeyeceği gibi bu nedenle veteriner hekimin kınanması da kabul edilemez." (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 86/f. 2).

<sup>54</sup> Şeref Ertaş, "Alman Hukukunda Hekimin Meslekî Kusurdan Sorumluluğu", *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 1981, s. 191. Aynı yönde: "Veteriner hekim, müşterisine karşı kanunların ve mesleğin kendisinden istediği tüm görevleri yapmakla yükümlüdür." (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 85).

nin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin 83. maddesinde de, veteriner hekimin hayvan sahibinin üzüntü ve duygusallığını anlayışla karşılama ve hasta hayvana gerekli özeni göstermesinin yanında, onu tedavi etmek ve hayatını kurtarmak olasılığı bulunmayan durumlarda bile hasta hayvanın acısını azaltmaya ve gidermeye çalışmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Bunlarla birlikte, her ne kadar veteriner hekimin uygulayacağı tedavi yönteminin seçiminde serbest olduğu hüküm altına alınmış olsa da,<sup>55</sup> bu yöntemin seçiminde ve uygulanmasında genel hekimlik kurallarına<sup>56</sup> ve bilimsel yöntemlere uyması<sup>57</sup> ve önceden yeterince denenmiş, hayvana yarar sağlayacak en emin yöntemi seçmesi gerektiği<sup>58</sup> de göz ardı edilmemelidir; aksi halde veteriner hekimin müdâhalesi hukuka aykırı sayılır. Keza Hayvanları Koruma Kanunu'nun 8. maddesi ile bir hayvanın neslini yok edecek her türlü müdâhale ve hayvanlar yaşadıkları sürece tıbbî amaçlar dışında organ veya dokularının tümünün ya da bir bölümünün çıkarılıp alınması veya tahrip edilmesi de açıkça yasaklanmıştır. Aynı hükme göre veteriner hekimin, veteriner hekimlik uygulamaları ile ilgili tıbbî sebeplerle veya hayvanın yararı için gerektiğinde tedavi edici olmayan müdâhaleyi gerekli görmesi veya üremenin önlenmesi durumları hariç olmak kaydıyla ev ve süs hayvanının dış görünüşünü değiştirmesine veya diğer tedavi edici olmayan kuyruk ve kulaklarını kesmesine, ses tellerini almasına, tırnak ve dişlerini sökmeye yönelik müdâhaleleri de hukuka aykırılık teşkil eder. Bunlarla birlikte, aynı hüküm ile yasaklanan, bir hayvana tıbbî amaçlar dışında onu türüne ve etolojik (içgüdüsel) özelliklerine aykırı hale getirecek şekilde ve

<sup>55</sup> "Veteriner hekim, hekimlik görevini yaparken herhangi bir etki altında kalmaksızın, kişisel kanı ve mesleki inancına göre hareket eder. Uygulayacağı bilimsel yöntem ve tedavinin seçiminde serbesttir." (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 67).

<sup>56</sup> "Veteriner hekim, genel hekimlik kurallarına aykırı aldatıcı teşhis ve tedavi yapamaz, meslektaşlarını ve halkı yanıltıcı davranışlarda bulunamaz." (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 78).

<sup>57</sup> "Veteriner hekim, bilimsel yöntemlere uyarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi yapar." (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 86/f. 1).

<sup>58</sup> "Veteriner hekim, uygulayacağı tedavide maddî ve manevî en emin yolu seçmeli ve önceden denenmiş ve yarar sağlamayacağı anlaşılmış olan yöntemleri uygulamaktan sakınmalıdır." (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 79).

dozda hormon ve ilaç verilmesi, çeşitli maddelerle doping uygulanması, hayvanların türlerine özgü davranış ve fizikî özelliklerinin yapay yöntemlerle değiştirilmesi de hukuka aykırıdır.

Bunların dışında, veteriner hekimin, hayvanın tedavisi sırasında öğrendiği sırları açıklaması,<sup>59</sup> hayvan sahibine zamanında gerekli uyarı ve önerilerde bulunmaması<sup>60</sup> veya gerekli şartlar sağlanmadan hayvanın tedavisini bırakması,<sup>61</sup> bulaşıcı hastalıklardan koruma ve hastalıkları tedavi amaçlı yapılacak aşuları usulüne uygun yapmaması,<sup>62</sup> gördüğü hayvan hastalığını ya da sebebi belli olmayan hayvan ölümlerini ihbar etmemesi<sup>63</sup> sebebiyle hayvan ve dolayısıyla hayvan sahi-

<sup>59</sup> "Veteriner hekim, meslek ve sanatını uygulaması sırasında öğrendiği sırları, kanunî zorunluluk olmadıkça açıklayamaz." (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 68).

<sup>60</sup> "Veteriner hekim, 8/5/1986 tarihli ve 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunundaki ilgili hükümler saklı kalmak koşuluyla, hayvan sahibinin özel ve çevresel yaşamına karışamaz. Ancak, hayvanın kendisinin ve çevresinin sağlığı bakımından zorunlu durum varsa gerekli uyarıları ve önerileri yapar." (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 84).

<sup>61</sup> "Veteriner hekim, başlamış olduğu tedaviyi, sonuçlandırmadan bırakabilir. Ancak, bu gibi durumlarda başka bir veteriner hekimin tedavi ve girişimlerine olanak verecek zamanı önceden hesaplayarak hasta sahibine bildirmesi gerekir." (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 94/f. 1). "Hasta hayvanın bırakılması durumunda, hayvanın yaşamının tehlikeye girmesi, sahibinin ekonomik yönden zarar görmesi veya hasta hayvanın çevresine zarar vermesi söz konusu ise, veteriner hekim mevzuata uygun önlemleri almadıkça hastasını bırakamaz." (Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m. 94/f. 2). "Veteriner hekim ancak veteriner hekimlik bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir veteriner hekim bulunduğu durumlarda, hastanın bakımını ve tedavisini üstlenmeyebilir veya yarım bırakabilir. Yukarıdaki koşullarda tedaviyi bırakacak hekim, bu durumu ve hastanın sağlığının tehlikeye düşmeyeceğini hayvan sahiplerine anlatır ve onları başka olanaklar konusunda bilgilendirir. İkinci veteriner hekim bulunmadan veteriner hekim hastasını bırakamaz. Veteriner hekim tedaviyi üstlenen meslektaşına hasta hakkındaki tüm bilgileri aktarmakla yükümlüdür." (Veteriner Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 25).

<sup>62</sup> "Serbest veteriner hekimler almış oldukları aşuları usulüne uygun olarak nakletmek, muhafaza için işyerlerinde soğutucu bulundurmak ve prospektüsünde yazılı şekilde saklamak ve uygulamak zorundadır. Bu hususlar il/ilçe müdürlüğüne denetlenir." (Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları İle Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmelik m. 25/f. 6).

<sup>63</sup> "Serbest veteriner hekim veya serbest veteriner sağlık teknisyenleri bir yerde hayvan hastalığı yahut sebebi belli olmayan hayvan ölümleri gördüğünde en yakın köy muhtarına, jandarma karakoluna, polis veya belediye zabıtasına, mahallin mülki amirine veya Bakanlık il veya ilçe müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür."

bi bir zarara uğradığında da veteriner hekimin hukukî sorumluluğu doğabilir. Benzer şekilde, veteriner hekimin mesleğini yürütürken uyması gerekli kurallara uymaması da hukukî sorumluluğuna yol açabilir. Bu kurallar, Veteriner Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın ilgili maddelerinde, her bir hayvan sahibine karşı eşit davranmak, vicdanî ve bilimsel kanaatine göre hareket etmek, sır saklamak, bilimsel ve çağdaş tanı ve tedavi yöntemleriyle koruyucu hekimlik ilkelerini göz önünde bulundurmak, hayvan sahibini aydınlatmak, hayvan sahibinin bilgilenme, aydınlatılmış onam<sup>64</sup> hakkı ve tedaviyi kabul veya red hakkına saygı göstermek, acil vakıalar gibi zorunlu durumlar dışında hayvanı bizzat muayene etmeden tedaviye başlamamak, kesin zorunluluk olmadıkça pahalı ilaçlar ve yöntemler önermemek, hasta hayvan ile ilgili bilgi ve belgeleri isteği halinde hayvan sahibine vermek, hayvan sahibinin yazılı onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapmamak olarak belirtilmektedir.<sup>65</sup> Veteriner hekimin belirtilen meslekî kurallara uymaması, hayvan sahibinin kişilik haklarının zedelenmesine sebep olmuşsa, hayvan sahibinin manevî zararı gündeme gelebilir.

Bunların dışında, Hayvanları Koruma Kanunu'nun 13. maddesinde, "*Kanunî istisnalar ile tıbbî ve bilimsel gerekçeler ve gıda amaçlı olmayan, insan ve çevre sağlığına yönelen önlenemez tehditler bulunan acil durumlar*<sup>66</sup> dışında yavrulama, gebelik ve süt anneliği dönemlerinde hayvanlar

(Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliği m. 32).

<sup>64</sup> Bir hasta hakkı olan ve aynı zamanda hekimi de bazı sorumluluklardan koruyan aydınlatılmış onamın, veteriner hekimlik uygulamalarında da hayvan sahibi tarafından verileceği, hasta hayvanın çıkarı ile faturayı ödeyen müşterinin çıkarlarının ya da hayvan sahibinin duygusal beklentileri ile veteriner hekimin bilimsel tercihlerinin her zaman uyuşmayabileceği, bu ve benzer çatışmaların yaşandığı durumlarda, hayvan haklarının her zaman için ön planda tutulması gerektiği belirtilmektedir. Bu sebeple, veteriner hekim, hayvan sahibinin hayvana müdahale için izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır (R. Tamay Başağaç Gül, "Hasta Hakları Ve Veteriner Hekimlerin Yasal - Ahlâki Sorumlulukları", *Veteriner Hekimler Derneği Dergisi*, 2007, C. 78, S. 3, s. 60-61).

<sup>65</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.turkvet.biz/bilgi\\_dosyalar/arsiv/mevzuat\\_vet\\_meslek\\_etik\\_kural.htm](http://www.turkvet.biz/bilgi_dosyalar/arsiv/mevzuat_vet_meslek_etik_kural.htm) (Erişim Tarihi: 11.12.2014).

<sup>66</sup> Kanunî istisnalar ve acil durumlarda dahi öldürme sırasında şu hususlara dikkat edilmesi gerekir: "... öldürme işlemi, hayvanlara en az acı veren ilaçlarla, veteriner hekim tarafından uygun bir yöntem ve anestezi dozu verilme suretiyle gerçekleştirilecektir. Veteriner hekim kararıyla tespit edilen durumlarda yapılacak öldürme işlemi, şuur kaybı ve ölümü hemen gerçekleştirilip, derin genel anestezi ile başlayarak, kesin ve mutlak ölümle sonuçlandırılır." (Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği m. 31/1). "İnsan ve hayvan sağlığı açısından

*öldürülemez.*" hükmüne yer verilmektedir. Aynı Kanun'un 14. maddesinde de, hayvanların kesin olarak öldüğü anlaşılmadan, vücutlarına müdahalelerde bulunmak (m. 14/e), tıbbî gerekçeler hariç hayvanlara ya da onların ana karnındaki yavrularına veya havyar üretimi hariç yumurtalarına zarar verebilen sunî müdahalelerde bulunmak, yabancı maddeler vermek (m. 14/h) ve sağlık nedenleri ile gerekli olmadıkça bir hayvana zor kullanarak yem yedirmek, acı, ıstırap ya da zarar veren yiyecekler ile alkollü içki, sigara, uyuşturucu ve bunun gibi bağımlılık yapan yiyecek veya içecekler vermek (m. 14/k) de yasak faaliyetler arasında sayılmaktadır. Belirtilen hükümlere aykırı davranan veteriner hekimin fiilleri, hukuka aykırılık teşkil etmesinin yanında idarî para cezası yaptırımına da tâbidir.<sup>67</sup>

## b. Kusur

Veteriner hekimin hayvan üzerinde uyguladığı tıbbî müdahalelerden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğu, kural olarak bir kusur sorumluluğudur. Bu sebeple, veteriner hekimin hukuka aykırı davranışının aynı zamanda kusurlu da olması gerekir. Haksız fiil sorumluluğunda kusuru ispat yükü, insan üzerinde uygulanan tıbbî müdahalelerde hastanın üzerinde iken, burada da hayvan sahibinin üzerindedir. Hukuka aykırı sonucu isteyen veya hukuka aykırı sonucu önlemek için gerekli iradeyi göstermeyen kimse kusurlu sayılır.<sup>68</sup>

---

tehlike oluşturacak hastalığa yakalanmış ve tedavisi mümkün olmayan zorunlu olarak öldürülmesi gereken hayvanlar için, 3285 sayılı Kanun hükümleri uygulanır." (Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği m. 31/2). Hayvanların öldürülmesinin uygun olduğu durumlarda şu yöntemlere de başvurulamaz: Dozu ve uygulaması kontrol edilemeyen herhangi bir zehirli madde veya ilaç kullanımı yöntemi, ani şuur kaybı meydana getirilmeden yapılan elektrikli öldürme yöntemi, veteriner hekim tarafından gerekli görülmedikçe ateşli silahlarla öldürme yöntemi, derin anestezi kullanılmasına rağmen ölümün gerçekleşmemesi durumunda boğma veya nefessiz kalmasına neden olacak yöntemler. (Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği m. 33).

<sup>67</sup> Hayvanları Koruma Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrasında, hukuka aykırılık teşkil eden ve idarî para cezalarına sebep olan bu fiillerin, veteriner hekim, veteriner sağlık teknisyeni, hayvan koruma gönüllüsü, hayvan koruma derneği üyeleri, hayvan koruma vakfı üyeleri, hayvan toplama, gözetim altına alma, bakma, koruma ile görevlendirilmiş olan kişilerce işlenmesi hâlinde verilecek cezanın iki kat artırılarak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

<sup>68</sup> Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 492 vd.; Oğuzman/Öz, s. 53; Eren, Borçlar, s. 569-570.

Kast veya ihmal olarak ortaya çıkan kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip, onaylanmayan davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır.<sup>69</sup>

Hekimin hukuksal ve meslekî sorumluluğunun temelini, tıbbî meslek kusuru oluşturur.<sup>70</sup> Tıbbî müdâhaleler sonucu zarar görenin açacağı tıbbî sorumluluk ve tazminat davasında tıbbî kusur olgusunun belirleyici bir öneme sahip olduğu kabul edilmektedir.<sup>71</sup> Tıbbî meslek kusuru da genel anlamdaki kusurdaki gibi, kast veya ihmal biçiminde ortaya çıkabilir. Kasıtlı eylemde, örnek davranıştan bilerek ayrılıp, zararlı sonucun doğumunun istenmesi söz konusudur.<sup>72</sup> Bir veteriner hekimin, mikroplu iğneyi sterilize etmeden hasta hayvana enjekte etmesi sonucunda hayvana bir başka hastalığın bulaşması kasıtlı bir eylem olarak kabul edilebilir. İhmalî eylem ise, kusurun yoğunluk derecesine göre ağır ihmal ve hafif ihmal şeklinde gerçekleşebilir. Ağır ihmalde, aynı somut olaydaki durum ve koşullar altında makûl her bir hekimin göstereceği en basit düzeydeki dikkat ve özenin gösterilmemiş olması söz konusudur.<sup>73</sup> Buna karşılık, hafif ihmalde ise, ameliyatta kullanılan bir aletin teknik işlevini göremeyecek derecede bozuk olduğunun ancak dikkatli bir kontrolle anlaşılabilmesi gibi, sadece öngörülü ve özenli hekimlerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi söz konusudur.<sup>74</sup> İnsan üzerinde uygulanan tıbbî müdâhaleler için kabul edildiği gibi<sup>75</sup> veteriner hekimin sorumluluğunu gerektiren tıbbî müdâhalelerde de kasttan çok ihmale rastlanabilir. Bazı hukukî düzenlemelerde ve öğretide, insanlar üzerinde uygula-

<sup>69</sup> Oğuzman/Öz, s. 14; Eren, Borçlar, s. 569; Ayan, Tıbbî Müdâhale, s. 100; Kılıçoğlu, s. 313; Antalya, s. 422.

<sup>70</sup> Mehmet Demir, Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 39.

<sup>71</sup> Demir, Hastane, s. 40.

<sup>72</sup> Demir, Hekim, s. 245.

<sup>73</sup> 4.Hukuk Dairesi'nin 11.2.1976 gün ve 4260/1393 sayılı kararında, hastanın ameliyat yerinde pens unutan doktorun, Adli Tıp Kurumu'nun da raporu doğrultusunda ağır kusurlu olduğuna karar verilmiştir: "Müdâhalenin acilliği, ameliyatın yapılma günü sonuca etkili olmadığı gibi, işin ağırlığının kusurun ağırlık derecesini bertaraf etme olanağı yoktur. Unutma ise hoş görülebilecek tarafı olmayan çok ağır bir savsamadır." (Halide Savaş, Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdâhale Hataları Tıbbî Malpraktis- Tıbbî Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2013, s. 229); Antalya, s. 426.

<sup>74</sup> Demir, Hekim, s. 245-246.

<sup>75</sup> Ayan, Tıbbî Müdâhale, s. 102; Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 132; Özgül, s. 153.



nan tıbbî müdâhalelerin hatalı ve kusurlu yapılmasının, “hekimliğin kötü uygulanması”,<sup>76</sup> “tıbbî uygulama hatası”<sup>77</sup> veya “tıbbî kötü uygulama (malpraktis)”<sup>78</sup> olarak adlandırıldığı görülmektedir. Veteriner Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 13. maddesinde de, “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hayvanın zarar görmesi “veteriner hekimliğin kötü uygulanması” anlamına gelir.” hükmü yer almaktadır. Bu sebeple, veteriner hekimin özensizliği ile hatalı, kusurlu müdâhalelerini de “tıbbî uygulama hatası” veya “tıbbî kötü uygulama (malpraktis)” olarak adlandırmak mümkündür.

Kusurun derecesinin belirlenmesi, tazminat miktarının tespitinde rol oynar. Türk Borçlar Kanunu’nun 51. maddesine göre, hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Türk Borçlar Kanunu’nun 52. maddesinin 2. fıkrasında da, zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsünün tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin de gerektirdiği durumlarda, hâkimin tazminatı indirebileceği<sup>79</sup> belirtilmektedir.

<sup>76</sup> “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi” hekimliğin kötü uygulanması” anlamına gelir.” (Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 13).

<sup>77</sup> “Hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdâhale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak, iyileşmesinin gecikmesinden hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki şartların tamamı” tıbbî uygulama hatası sayılır (Gürsel Çetin, “Tıbbî Malpraktis”, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Tıbbî Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sempozyum Dizisi, No: 48, 2006, s. 31).

<sup>78</sup> Tıbbî Kötü Uygulama (Malpraktis), Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Yasa Tasarısı’nda, “Sağlık personelinin kasıt, kusur ve ihmali ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhiste bulunması ya da hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlardır” ifadeleriyle tanımlanmaktadır. Ön muayeneden başlayan, hastanın aydınlatılması ve tedavi sonrası bakıma kadar olan süreçte tedavi kusuru, aydınlatma kusuru veya yeterli personel bulunmaması, kullanılan aletlerin kurallara uygun olmaması şeklinde organizasyon kusuru olarak karşımıza çıkan özen yükümlülüğünün ihlalinin, malpraktis olarak adlandırıldığı da görülmektedir (Petek, Sağlık, s. 124). Tıbbî malpraktisin, tıp mesleği mensuplarının hatalı, kusurlu hareketleri sonucu ortaya çıktığı belirtilmektedir (Çetin, s. 31).

<sup>79</sup> Haksız eylem sonucu açılan maddî ve manevî tazminat davasında kusur oranında tazminat miktarından indirim yapılması gerektiğine dair bkz. 4.HD., 21.4.2005, 2004/10210, 2005/4239 (KHYK-J).



### c. Zarar

Veteriner hekimin haksız fiil sorumluluğunun doğması için, hukuka aykırılığın kusurlu bir hareketle gerçekleşmesinin yanında hasta hayvanın ve dolayısıyla hayvan sahibinin bir zarara uğramış olması da gerekir. Sorumluluk hukukuna göre maddî zarar, saldırıya uğrayan kişinin malvarlığının fiilen azalması (fiilî zarar) veya artması gerekirken artmaması (yoksun kalınan kâr) şeklinde ortaya çıkabilir.<sup>80</sup> Örneğin, veteriner hekimin yaptığı hatalı ameliyat sebebiyle hasta hayvanın ikinci kez ameliyat edilmesi ve bu sebeple hayvan sahibinin ödemek zorunda kaldığı ameliyat masrafları, fiilî ve doğrudan zarar olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte, hayvancılık işiyle uğraşan ve hayvanı sayesinde geçimini sağlayan hayvan sahibinin, hayvanının hatalı ameliyatı sebebiyle uğradığı kazanç kaybı ise, yoksun kalınan kâr ve dolaylı zarar olarak adlandırılabilir.

Manevî zarar, malvarlıksal değerlerdeki kayıpların karşılığı olarak ele alınan teknik anlamdaki maddî zararların dışında kalan,<sup>81</sup> kişinin ruh dünyasında yaşadığı üzüntü sebebiyle manevî varlığının sarsılmasıdır. Hasta hayvanın hatalı ameliyat sebebiyle yeniden ameliyat edilmesi halinde hayvan sahibinin duyduğu üzüntü, yaşama sevincinde meydana gelen azalma doğrudan zarar olarak kabul edilen manevî zarardır. Meydana gelen maddî ve manevî tüm zararlar, hukuka aykırı ve kusurlu fiil ile zarar arasında nedensellik bağı bulunması halinde talep edilebilir.

### d. Nedensellik Bağı

Sorumluluğun şartlarından biri de, zarar ile hukuka aykırı ve kusurlu müdâhale arasında sebep sonuç ilişkisinin, başka bir deyişle nedensellik bağı bulunmasıdır.<sup>82</sup> Veteriner hekimin özen yükümlülü-

<sup>80</sup> Oğuzman/Öz, s. 40; Eren, Borçlar, s. 526; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku, Beta Yayınevi, C. 1, 11. Bası, İstanbul 2014, s. 406; Ayan, Tıbbî Müdâhale, s. 110; Yavuz İpekyüz, s. 136; Petek, Sağlık, s. 96; Özgül, s. 159.

<sup>81</sup> Demir, Hekim, s. 250.

<sup>82</sup> Eren, Borçlar, s. 536; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 407; Ayan, Tıbbî Müdâhale, s. 110-111; Antalya, s. 526; Yavuz İpekyüz, s. 137. Nedensellik bağı, işlenen fiil ile meydana gelen zarar arasında, olayların akışına ve genel hayat tecrübelerine göre insan mantığının kavrayabileceği bir sebep sonuç ilişkisidir (Oğuzman/Öz, s. 44-45; Eren, Borçlar, s. 541).

ğüne aykırı icraî veya ihmalî davranışı ile hasta hayvanın yaralanması veya ölümü arasında bir neden-sonuç ilişkisi kurulabilmelidir. Hukuka aykırı fiil, normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, yani “nedensellik bağı” kurulamıyorsa<sup>83</sup> ya da “nedensellik bağı kesilmişse” veteriner hekimin veya diğer sağlık personelinin sorumluluğu doğmaz. Nedensellik bağının kesilmesine yol açan sebepler, mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zarar görenin ağır kusuru olarak kabul edilmektedir.<sup>84</sup>

### B. Veteriner Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu

Veteriner hekim ile hayvan sahibi arasında sözleşme ilişkisi bulunmayan hallerde söz konusu olan bir başka sorumluluk türü, insanlar üzerinde uygulanan tıbbî müdâhalelerde olduğu gibi,<sup>85</sup> hayvan sahibinin iradesine dayanmaksızın hasta hayvana uygulanan tıbbî müdâhalelerde de söz konusu olabilen vekâletsiz iş görme sorumluluğudur. Vekâletsiz iş görme genellikle, depresyon, trafik kazası gibi sözleşme yapılması imkânı bulunmayan, hayvan sahibinin izninin alınmadığı veya hayati tehlike sebebiyle ameliyatın genişletilmesinin zorunlu olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Ancak burada işin görülmesi, hayvanın yararına veya hayvan sahibinin muhtemel iradesine uygun değilse, veteriner hekimin fiili hukuka aykırı sayılır. Başka bir deyişle, veteriner hekimin sorumluluğu için, hukuka aykırı vekâletsiz iş görme söz konusu olmalıdır. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 526. mad-

<sup>83</sup> 13.HD., 4.3.1994, 8557/2138: “...maddi tazminat yönünden; davalıların meslekî özen ve ihtimama ilişkin yükümlülüklerini ifa sırasında gösterdikleri az yukarıda açıklanan eksik eylemleri ile zararlı sonuç (bebeğin ölümü) arasında uygun illiyet bağının var olup olmadığı, eylemin niteliği itibarıyla olayların doğal ve alışılmış (mutat) akışına, hayat deneyimlerine ve objektif ihtimallere göre, meydana gelmiş zarar türünden bir zararı doğurmaya elverişli olup olmadığı öncelikle saptanmalıdır.” (KHYK-J). 13.HD., 9.3.2002, 1376/3840: “Hükme esas alınan Yüksek Sağlık Şurası rapor ve ek raporunda ibraz edilen deliller tek tek ele alınıp irdelenmemiş, davacıya 25.3.1998 gününde davalı hastanede yapılan anjiyografi sırasında, davalının hastane mikrobiyoloji kapıp kapmadığı ve bunun sonucunda ayağının kesilip kesilmediği, yapılan anjiyografi eylemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı açıkça ortaya konulup tartışılmamıştır.” (KHYK-J).

<sup>84</sup> Ayan, Tıbbî Müdâhale, s. 111; Antalya, s. 536 vd.; Yavuz İpekyüz, s. 139; Özgül, s. 161.

<sup>85</sup> Ayan, Tıbbî Müdâhale, s. 60; Hasan Özkan/Sunay Akyıldız, Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2012, s. 298; Petek, Sağlık, s. 88; Özgül, s. 91.

desine göre vekâleti olmadan başkası hesabına iş gören kimse, o iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak yapmakla yükümlüdür. Veteriner hekimin iş görme edimi, kendi yararına olduğu takdirde hukuka aykırı (gerçek olmayan/eksik) vekâletsiz iş görme olarak; iş sahibinin yararına ise hukuka uygun (gerçek/tam) vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilmektedir.<sup>86</sup> Vekâletsiz iş görme hükümlerine göre sorumluluğun doğması, hukuka aykırı fiilin, kusur, zarar ve illiyet bağı şartlarının yanında sözleşme yapılmamasını haklı kılan bir sebebin varlığına dayanır.

Hukuka aykırı vekâletsiz iş görmenin, haksız eylem niteliği taşıdığı; bu sebeple, hukukî sorumlulukta haksız fiillere ilişkin kurallara da başvurulabileceği kabul edilmektedir.<sup>87</sup> Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 528. maddesinde düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında müdâhalede bulunan sözleşme ehliyeti olmayan veteriner hekime haksız fiil sorumluluğuna kıyasen daha sınırlı bir sorumluluk yüklendiği görülmektedir. Burada veteriner hekim, yaptığı tedaviden ancak zenginleştiği ölçüde veya iyiniyetli olmaksızın elden çıkardığı zenginleşme miktarıyla sorumludur. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nun 527. maddesinde ise, vekâletsiz iş görenin (veteriner hekimin) her türlü ihmalinden sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. İş görenin bu işi, iş sahibinin (hayvan sahibinin) karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapması durumunda sorumluluğunun daha hafif olacağına da madde metninde yer verilmektedir. Ancak tıbbî müdâhalelerde aciliyetin, aynı türdeki olaylarda gösterilmesi gerekli özenin hafifletilmesi için haklı bir sebep oluşturmayacağı kabul edilmektedir.<sup>88</sup> Bu sebeple madde hükmü eleştirilmektedir. Veteriner hekim, hayvan sahibinin hayvanın üzerinde belirli bir tedavi yönteminin uygulanmasına karşı olduğunu biliyorsa ya da somut olayın özelliklerine göre bilmesi gerekiyorsa, Türk Borçlar Kanunu'nun 527. maddesinin 2. fıkrası gereğince tüm zararlardan ve beklenmedik halden dâhi sorumlu olur. Veteriner hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi için, müdâhalede bulunmamış olsaydı dâhi bu zararın beklenmedik hal sonucunda gerçekleşeceğini ispat etmesi gerekir (TBK.m.527/f.2).

<sup>86</sup> H. Gökçe Özdemir, Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 93; Ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, Hastane, s. 197 vd.

<sup>87</sup> Demir, Hastane, s. 198.

<sup>88</sup> Ayan, Tıbbî Müdâhale, s. 114; Petek, Sağlık, s. 98.

### C. Veteriner Hekimin Adam Çalıştıran Olarak Kusursuz Sorumluluğu

Kusursuz sorumluluk sebebi olan adam çalıştıranın sorumluluğu da, veteriner hekim ile hayvan sahibi arasında sözleşme bulunmayan hallerde söz konusu olabilir. Bunun için, Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesi gereğince, veteriner hekimin yanında çalışan personelin hayvana ve dolayısıyla üçüncü kişi sayılan hayvan sahibine yönelik zarar verici bir fiili bulunmalıdır. Bununla birlikte, veteriner hekim ile zarar veren yardımcı sağlık hizmetleri personeli<sup>89</sup> arasında bir istidam, bağımlılık ilişkisi<sup>90</sup> bulunmalı, zarar hizmetin ifası sırasında ve hizmetle ilgili olarak meydana gelmiş olmalıdır. Bir haksız fiil sorumluluğu olan adam çalıştıranın sorumluluğunda da, haksız fiil sorumluluğunun kusur dışında<sup>91</sup> diğer koşullarının gerçekleşmesi gerekir. Bu durumda adam çalıştıran konumundaki veteriner hekim, hiçbir kusuru olmasa da,<sup>92</sup> adam çalıştıranın sorumluluğu hükümlerine göre sorum-

<sup>89</sup> "Yardımcı sağlık hizmetleri personeli, veteriner hekime, hayvan sağlığı hizmeti sırasında yardımcı olan ve veteriner hekim sorumluluğunda görev yapan hayvan sağlık teknisyeni/teknikeri, veteriner sağlık teknisyeni/teknikeri, sağlık teknikeri ve laborantıdır" (Hayvan Hastaneleri Yönetmeliği m. 4/f.1/y). "Hastanelerde, yardımcı sağlık hizmetleri personeli olarak görev yapacak olan personel, kendi yetkileri ile sınırlı işleri veteriner hekimin sorumluluğunda yürütür." (Hayvan Hastaneleri Yönetmeliği m. 9/6). "Muayenehanelerde veya polikliniklerde, yardımcı sağlık hizmetleri personeli adı altında görev yapacak olan personel, kendi yetkileri ile sınırlı işleri veteriner hekimin sorumluluğunda yürütebilir." (Veteriner Hekim Muayenehane ve Poliklinik Yönetmeliği m. 13/2).

<sup>90</sup> Bağımlılık ilişkisinin en önemli unsuru, adam çalıştıranın amaç ve menfaatine yönelmesidir. Geçici veya sürekli, ivazlı veya ivazsız bir hizmet olabileceği gibi, bir sözleşmeye, fiili bir ilişki veya bir aile hukuku ilişkisine de dayanabilir (Petek, Sağlık, s. 159).

<sup>91</sup> Adam çalıştıranın somut olayda ayrıca kusuru da bulunuyorsa, bunun ek kusur olarak dikkate alınacağı ve illiyet bağının kesilmesine yol açan sebeplerle sorumluluktan kurtulmaya engel olacağı ifade edilmektedir (Veysel Başpınar, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2004, s. 211).

<sup>92</sup> HGK., 12.11.2003, 21-673/641: " ..Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi (TBK.m.66) kusursuz sorumluluk arasına konulmuştur. Bu nedenle 55. madde (TBK.m.66) hükmü kusur sebebine dayanılarak değil fakat sosyal tehlike dolayısıyla kabul edilmiş hükümlerden sayılmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 55. madde (TBK.m.66) hükmünün sosyal tehlike esasına dayandığı kabul edilince, bir kimsenin bir işini görmekle görevlendirdiği diğer kimsenin bu işi görmesi nedeniyle meydana gelen zarardan, ne kendisinin ne de iş görenin herhangi bir kusuru aranmaksızın sorumlu tutulacağı sonucuna varılır. Bu esas "nimet külfete göredir" şeklinde anlatılabilir. Bu nedenle bir kimseyi işinde kullanarak onun emeğinden fayda sağlayan kimsenin, kullanılan adamın işini gördüğü sırada neden olduğu zararlardan da sorumlu tutulması yani elde ettiği nimete karşılık külfete de katlanması hakka-

lu tutulurken; kusuru bulunan yardımcı sağlık personeli de, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilir.<sup>93</sup> Böylece veteriner hekim ve yardımcı sağlık personeli, Türk Borçlar Kanunu'nun 61. maddesinde yer verilen, "*Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.*" hükmü doğrultusunda müteselsilen sorumlu tutulurlar. Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinin 2. fıkrasına göre, veteriner hekim, zararın doğmaması için çalışanını seçerken, gözetim ve denetimde bulunurken, işiyle ilgili talimat verirken gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Veteriner hekim, bu şekilde sorumluluktan kurtulmak yerine, ödediği tazminatı kusuru oranında istihdam edilene rücu etme yolunu da tercih edebilir (TBK. m. 66/f. 4). Bunların dışında, veteriner hekim bir klinik işletiyorsa, kliniğin çalışma düzeninden kaynaklanan zararlar sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinin 3. fıkrası gereğince organizasyon sorumluluğu kapsamında da sorumlu tutulabilir. Burada kliniğin mevcut işleyişinden ya da yemek, barınma hizmetlerinden kaynaklanan sorunlar, yardımcı kişiye uygun malzeme ve araç sağlanmaması, yardımcının aşırı iş yükü altında çalıştırılması, klinikteki tıbbî alet ve makinalardaki arızalar veya yeterli personel bulundurulmaması sebebiyle meydana gelen zararlar sonucunda klinik işleteni veteriner hekim, ancak kliniğin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulabilir; aksi halde zararı gidermekle yükümlüdür.

## V. SORUMLULUĞUN HUKUKÎ SONUCU OLARAK TAZMİNAT DAVASI

Hayvanın yaşamına ve bedensel bütünlüğüne yönelik tıbbî müdâhalelerin hukuka aykırı ve kusurlu olarak uygulanması sebebiyle

niyete uygundur." (KHYK-J).

<sup>93</sup> 11. HD., 23.11.2004, 1960/11435: "BK.nun 55 nci maddesi (TBK.m.66) gereğince adam kullananın tazminat ile sorumlu tutulabilmesi için, kendisinin kusuru şart olmadığı gibi, kullandığı adamın dahi kusuru kanunî şartlardan değildir. Somut olayda, zararı doğuran olay davalı işverenin işinin görüldüğü, işverenin emir ve talimatı dâhilinde hareket edildiği sırada meydana geldiğinden, nedensellik bağı çerçevesinde işverenin mal varlığına risk yükleyen tehlike ( risk ) esasına dayanan sorumluluk hükümlerine ve çalışanlar bakımından da haksız fiil hükümlerine göre tarafların sorumlu tutulması gerekirken, yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." (KHYK-J).

le hayvan sahibi, maddî ve manevî yönden zarar görmüşse, bu durumda hayvan sahibinin başvuracağı dava tazminat davasıdır. Zararın miktarını ispat yükü, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 1. fıkrası gereğince hayvan sahibine aittir. Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrası gereğince, uğranılan zararın miktarının tam olarak ispat edilemediği hallerde hâkime, olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleme yetkisi tanınmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin 1. fıkrasına göre, hayvan sahibi, zararı doğuran fiile razı olmuş veya hayvan sahibinin kusuru zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş, tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise, bu durum tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir ya da tazminat tamamen reddedilebilir. Tazminat miktarından indirime sebep olacak bir başka durum ise, zarara hafif kusuru ile sebep olan tazminat yükümlüsünün tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşeceği ve hakkaniyetin de gerektirdiği haller olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin 2. fıkrasında hüküm altına alınmıştır.

## A. Davanın Konusu

### 1. Maddî Tazminat

Maddî tazminat kapsamında talep edilen malvarlığı zararlarında tazminatın amacı, malvarlığının haksız fiilden önceki duruma gelmesini temin etmektir.<sup>94</sup> Zararın tazmininde, zarar vereni cezalandırmak ya da zarar göreni zenginleştirmek amaçlanmaz. Bu sebeple, uğranıldığı ispat olunan maddî zarar miktarından daha fazla tazminata hükmedilemez.<sup>95</sup> Hayvan sahibi maddî tazminat davasında, hayvanına uygulanan hatalı tıbbî müdâhale sebebiyle uğradığı fiili zararlarını ve yoksun kaldığı kârını talep edebilir. Kanaatimizce, hayvan sahibinin maddî tazminat talebi de, insanlar üzerinde uygulanan tıbbî müdâhalelerde olduğu gibi niteliklerine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu'nun 53. ve 54. maddelerindeki hükümlere dayanabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi kapsamında, hayvanı bedensel zarara uğrayan kimse hayvanının tedavisine ilişkin giderlerini talep

<sup>94</sup> Eren, Borçlar, s. 762; Kılıçoğlu, s. 416.

<sup>95</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 583; Oğuzman/Öz, s. 84; Eren, Borçlar, s. 724.



edebilmelidir.<sup>96</sup> Hayvan sahibi, konuşma yeteneği olan papağanı ile gittiği gösterilerden para kazanan bir animator veya hayvanları sayesinde para kazanan bir sirk işletmecisi olabilir. Hayvan sahibi, hayvancılık veya faytonculuk yaparak ya da ev ve süs hayvanı satıcılığı ile geçimini sağlıyor da olabilir. Böyle durumlarda hayvan sahibinin, hatalı tıbbî müdâhale sebebiyle hayvanının yaralanması veya sakatlanması halinde mesleğinde uğradığı kazanç kaybını ve ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan zararlarını da talep edebileceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre, hukuka aykırı ve kusurlu şekilde uygulanan tıbbî müdâhale hayvanın ölümüne sebep olmuşsa, maddî tazminat talebi, defin giderleri ile ölüm hemen gerçekleşmemişse hayvan sahibinin hayvanı için yaptığı tedavi giderlerini de içerebilir.

## 2. Manevî Tazminat

İnsanlar üzerinde uygulanan tıbbî müdâhaleler için kabul edildiği gibi,<sup>97</sup> veteriner hekimin yanlış teşhis koyması ya da uygun olmayan tedavi yöntemini uygulaması sebebiyle hayvanın bedensel bütünlüğü zarar görmüşse, manevî tazminata konu zarar, hayvan sahibinin acı ve ıstırap duyması, yaşama sevincinin yok olması<sup>98</sup> ya da azalması halinde ortaya çıkan zarardır. Manevî tazminat davasıyla, manevî acıların giderilmesi (tazmini) değil, bir anlamda dindirilmesi veya yatıştırılması amaçlanır.<sup>99</sup> Yargıtay kararlarında, manevî tazminatın miktarının birden çok şartın ve somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi suretiyle hâkimin takdirine bırakıldığı, hakkaniyete uygun bir miktara hükmedilmesi gerektiği ve hükmedilen manevî tazminat

<sup>96</sup> Ev alanında, maddî veya kazanç amacı olmaksızın beslenen hayvanların tedavi masrafları hayvanın satış değerini aşılırsa, bunun zarar verenden talep edilebileceği yönünde İsviçre Borçlar Kanunu, Avusturya ve Alman Medenî Kanunları'ndaki kanunî düzenlemelere (bkz. yukarıda II, B, Sorumluluğun Nesnesi) benzer şekilde Türk Hukukunda da düzenlemeler yapılması ile bu konuda yaşanacak tereddütlerin ortadan kalkması sağlanabilir.

<sup>97</sup> Demir, Hekim, s. 250.

<sup>98</sup> Yavuz İpekyüz, s. 146.

<sup>99</sup> 13.HD., 17.06.1996, 3880/6163: "Manevî tazminat zarara uğrayana bir huzur duygusu vermeli, ruhî ızdırabın dindirilmesini amaç edinmelidir. Esasen manevî tazminatın fonksiyonu bu noktada toplanmaktadır. O nedenle tazminatın miktarı tayin edilirken, bu amaç ve fonksiyonun göz ardı edilmemesi kaçınılmazdır." (Özkan/Akyıldız, s. 362-363).



miktarının bir taraf için ceza, diğer taraf için zenginleşme aracı olmaması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>100</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun 56. ve 58. maddeleri, genel olarak manevî tazminat talebinin dayanağını oluşturmaktadır. Bununla birlikte öğretide, Türk Borçlar Kanunu'nun 56. ve 58. maddelerinde düzenlenen manevî tazminat isteminin konusunun, maddî kişisel varlıklara ve maddî olmayan kişisel varlıklara saldırı halinde ortaya çıkan manevî zarar olarak ayrı ayrı incelenmesi gerektiği ifade edilmekte ve her iki hükmün aynı madde altında düzenlenmemiş olması eleştirilmektedir.<sup>101</sup> Kişinin yaralanması halinde bedensel bütünlüğünün zedelenmesi veya ölümü halinde maddî kişisel varlıklara bir saldırı olduğundan Türk Borçlar Kanunu 56. madde hükmü kapsamında manevî zarar talep edilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>102</sup> Buna karşılık, maddî nitelikte olmayan kişisel varlıkların (şeref, haysiyet, özel yaşam, ses, isim, resim, özgürlükler gibi) ihlâlinden ya da anı değeri yüksek bir eşyanın parçalanmasından duyulan üzüntü hallerinin ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 58. madde hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>103</sup> Bu kabule göre, mevcut mevzuatımız doğrultusunda hukukî anlamda eşya olarak kabul edilen hayvanın, tıbbî müdâhale sonucunda bir zarara uğraması halinde hayvan sahibinin duyduğu üzüntü sebebiyle ortaya çıkan manevî zararı için Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi doğrultusunda manevî tazminat talebi<sup>104</sup> mümkün olmalıdır.<sup>105</sup> Bununla birlikte, kişilik hakkının ihlâli sebebiyle ileri sürülen manevî tazminat talebinin Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin 3. fıkrası hükmüne dayandırılması da mümkündür.<sup>106</sup>

<sup>100</sup> Bkz. 13. HD., 23.05.2003, 3392/6425 (KHYYK-J).

<sup>101</sup> Kılıçoğlu, s. 440, 448.

<sup>102</sup> Oğuzman/Öz, s. 277 vd.; Eren, Borçlar, s. 781; Kılıçoğlu, s. 441-444.

<sup>103</sup> Oğuzman/Öz, s. 256 vd.; Eren, Borçlar, s. 781; Kılıçoğlu, s. 444-446.

<sup>104</sup> Hayvanın ölümü ya da yaralanması halinde hak sahibinin duyduğu acı ve üzüntüye karşılık ödenecek manevî tazminatın belirlenmesinde, hayvanın ne şekilde, nasıl yaralandığı, kalıcı bir sakatlığının oluşup oluşmadığı, sahibi tarafından ona ne kadar süreyle bakıldığı gibi hususların dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir (Genç Arıdemir, s. 345).

<sup>105</sup> Yaralanan ve ölen ev hayvanı için onu idare edenin veya yakının manevî tazminat isteyebileceği yönünde İsviçre Borçlar Kanunu'ndakine benzer bir düzenlemenin (bkz. yukarıda II, B, Sorumluluğun Nesnesi) hukukumuzda da getirilmesi suretiyle uygulamada bu konuda yaşanacak tereddütlerin önüne geçilmesi mümkün olabilir.

<sup>106</sup> Eren, Borçlar, s. 781; Ayan, Tıbbî Müdâhale, s. 123; Yavuz İpekyüz, s. 147; Petek, Estetik Ameliyat, s. 232. Aynı yönde 4.HD., 16.10.1979, 6924/11432: "MK'nun 24.

## B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

### 1. Görevli Mahkeme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesinde "*Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Bu kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir.*" hükmü yer almaktadır. Bu durumda, veteriner hekim ile hayvan sahibi arasında sözleşme bulunmayan hallerde, bağımsız çalışan veteriner hekimler veya diğer yardımcı sağlık personeli aleyhine haksız fiil sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğu veya vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanılarak açılan maddî ve manevî tazminat davalarında görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir.<sup>107</sup> Buna karşılık, Bakanlık tarafından görevlendirilen veya 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında belediye bakımevleri ve diğer kamu hastaneleri bünyesinde görev yapan veteriner hekimler aleyhine ise, ancak görevden ayrılabilir kişisel kusurları bulunduğu takdirde asliye hukuk mahkemelerinde dava açılabilir;<sup>108</sup> aksi halde davanın idareye yöneltmesi gerekir.<sup>109</sup>

---

maddesinde düzenlenen (TMK.m.25) ve BK.49. maddesi (TBK.m.58) ile de teyit edilen esas kural uyarınca manevî tazminat istenebilmesi, kişisel hak ve yararların halele uğraması hallerinde mümkündür". (KHYK-J).

<sup>107</sup> Aynı yönde HGK, 17.02.2010, 4-61/84 : "... taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından ve uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişki, "haksız fiil" den kaynaklandığından, eldeki davaya genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılması gerekir." (KHYK-J).

<sup>108</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 5.6.2006, 26/75: "...Olayımızda, adli yargı yerinde, tazminatın konusunu oluşturan zararın davalı doktorun kişisel kusurundan doğduğu iddiasıyla doğrudan doğruya doktora karşı dava açıldığı, idarenin sorumluluğunu gerektiren bir görev ya da hizmet kusurundan söz edilmediği anlaşılmıştır. Dava idareye karşı açılmadığından idari yargı yerince idarenin sorumluluğunun saptanmasına da olanak bulunmamaktadır. Belirtilen duruma göre, kişisel kusuruna dayanılarak doğrudan doğruya kamu görevlisinin aleyhine açılan tazminat davasının, özel hukuk hükümleri çerçevesinde görüşüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu açıktır...Davanın çözümünde adli yargının görevli olduğuna...oybirliği ile kesin olarak karar verildi." (KHYK-J).

<sup>109</sup> 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin, 16.02.2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmesi sebebiyle, 01.10.2011 tarihi ile iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanma tarihi olan 19.05.2012 tarihi arasında meydana gelen olaylara konu zararlarda idare aleyhine açılacak tam yargı (tazminat) davalarında asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Buna karşılık, belirtilen tarihler haricinde idareye karşı açılacak davalarda ise,

## 2. Yetkili Mahkeme

Veteriner hekimin hatalı tıbbî müdâhalesinden kaynaklanan ve sözleşme bulunmayan hallerde açılan maddî ve manevî tazminat davalarında yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6. maddesinin "*Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.*" genel hükmü gereğince belirlenebilir. Bununla birlikte, haksız fiil sorumluluğuna dayandırılan tazminat davalarının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 16. maddesi gereğince haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde de açılması mümkündür. Veteriner hekim bir yerde geçici olarak görev yapıyorsa ve orada bulunuyorsa, orada bulunması uzunca bir süre devam edecekse, bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olabileceği de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 8. maddesinde belirtilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde de, birden fazla davalının bulunduğu hallerde davanın, bunlardan birinin yerleşim yerinde açılabilmesi, ancak dava sebebine göre kanunda davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, o yer mahkemesinde davaya bakılabileceği belirtilmektedir. Belirtilen hükümlerin hiçbiri kesin yetki kuralı değildir. Bu sebeple, davacının davasını ikame edeceği yetkili mahkeme hakkında seçim hakkı bulunmaktadır.

## C. Zamanaşımı

Taraflar arasında sözleşme bulunmayan hallerde, zarar gören hayvan sahibi tarafından açılacak davalar, Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesi uyarınca zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği<sup>110</sup> tarihten itibaren 2 yıllık ve fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Buna karşılık, aynı hükümde yer verildiği üzere, veteriner hekimin haksız fiili Türk Ceza Kanunu'na

2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca idare mahkemeleri görevlidir.

<sup>110</sup> Burada zararın öğrenilmesinin, tazminat hesabı için gereken zararın kapsamının ve miktarının öğrenilmesi değil; zararın varlığının, niteliği ve esaslı unsurlarının öğrenilmesi anlamına geldiği kabul edilmektedir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 718-719; Oğuzman/Öz, s. 72; Eren, Borçlar, s. 831; Kılıçoğlu, s. 489; Antalya, s. 768-769).

göre suç teşkil ediyorsa ve ceza kanunları daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörüyorsa, veteriner hekim hakkında açılacak tazminat davasının zamanaşımı süresi de suçun bağlı olduğu ceza zamanaşımı süresine göre belirlenir. Bunların dışında, adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulan veteriner hekim, diğer yardımcı sağlık hizmetleri personeline veya birden fazla kişinin birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri halinde de müteselsilen sorumlu olanlar birbirlerine karşı rücu davası açabilirler. Bu durumda dava, Türk Borçlar Kanunu'nun 73. maddesi gereğince, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu olunan kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak 2 yıllık ve herhalde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak 10 yıllık zamanaşımı süresine tâbi olur.

## VI. SORUMLULUKTAN KURTULMANIN YOLLARI

### A. Nedensellik Bağının Kesilmesi

Veteriner hekim, hasta hayvan üzerinde hukuka aykırı ve kusurlu şekilde uyguladığı tıbbî müdâhale ile meydana gelen zarar arasındaki nedensellik bağının aşağıda ele alınan sebeplerden biriyle kesildiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir.

#### 1. Mücbir Sebep

Mücbir sebep, meydana gelen zararlı sonuca mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde sebep olan, gerçekleşme şekli ve yoğunluğu itibarıyla olayların normal akışına göre öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü olay olarak tanımlanmaktadır.<sup>111</sup> Mücbir sebebin varlığı sebebiyle nedensellik bağının kesildiğinin ve zarar verenin sorumluluktan kurtulduğunun kabul edilebilmesi için, hukuk kuralının ihlâline mücbir sebebin yol açması ve zarar verenin mücbir sebebi ispatlaması gerekir. Örneğin, veteriner hekimin hayvana uyguladığı tedavi sırasında meydana gelen yer sarsıntısı sonucunda, hayvanın, üzerine düşen dolabın altında kalarak ölmesi hâlinde veteriner heki-

<sup>111</sup> Zahit İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949, s. 201; Fikret Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:361, Ankara 1975, s. 176; Eren, Borçlar, s. 557; Petek, Sağlık, s. 169.

min davranışı ile hasta hayvanın ölümü arasındaki illiyet bağı beklenmedik bir olay nedeniyle kesilmiştir. Bu sebeple, veteriner hekim hayvanın ölümünden sorumlu tutulamaz.

### 1. Zarar Görenin Ağır Kusuru

Zarar verenin sorumluluktan tamamen kurtulabilmesi için, zarar görenin kusuru<sup>112</sup> nedensellik bağına kesecek düzeyde olmalıdır. Somut bir olay kapsamında, veteriner hekimin hukuka aykırı ve kusurlu müdahalesi zararlı sonucu doğurmaya tek başına elverişli olsa da; zarar görenin ağır kusurlu davranışı hukuka aykırı fiili bertaraf ederek zararlı sonucun tek sebebi haline gelebilir. Başka bir deyişle, hayvan sahibinin üzerine düşen yükümlülüklerine<sup>113</sup> aykırı davranması sebebiyle zarar meydana gelirse, kusurun derecesine göre veteriner heki-

<sup>112</sup> Zarar görenin kusuru, makûl bir insanın aynı şartlar altında kendi yararına olarak yapmaması gereken şeyleri yapması veya yapması gereken şeyleri yapmaması olarak ifade edilmektedir (Eren, Borçlar, s. 572).

<sup>113</sup> "Bir hayvanı, bakımının gerektirdiği yaygın eğitim programına katılarak sahiplenen veya ona bakan kişi, hayvanı barındırmak, hayvanın türüne ve üreme yöntemine uygun olan etolojik (içgüdüsel) ihtiyaçlarını temin etmek, sağlığına dikkat etmek, insan, hayvan ve çevre sağlığı açısından gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür." (Hayvanları Koruma Kanunu m. 5/f. 1). "Bu Kanunun hayvanları korumaya yönelik hükümlerine aykırı hareket eden ve bu suretle bulundurduğu hayvanların bakımını ciddi şekilde ihmal eden ya da onlara ağrı, acı veya zarar veren kişilerin denetimle yetkili merci tarafından hayvan bulundurma yasaklanır ve hayvanlarına el konulur. Söz konusu hayvan yeniden sahiplendirilir ya da koruma altına alınır." (Hayvanları Koruma Kanunu m. 24). "Ev ve süs hayvanı veya kontrollü hayvanı bulunduranlar ile yeni hayvan sahiplenecekler; hayvanın türüne uygun olan etolojik ihtiyaçlarını karşılamak, gerekli aşılarını ve tedavilerini veteriner hekime yaptırmak, sağlığına dikkat etmekle, görevli ve sorumludur." (Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği m. 10/f. 1/c). "Hayvan hastalıkları ile mücadele, tedavi veya koruyucu amaçla hükümet veteriner hekiminin yahut onun görevlendireceği veteriner sağlık teknisyeninin yapacağı aşı, serum ve ilaç uygulamalarını hayvan sahipleri yaptırmaya mecburdur. Hayvan sahipleri bu maksatla lüzumlu araç ve gereçleri temin eder ve hükümet veteriner hekiminin alınmasını istediği tedbirleri yerine getirir." (Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliği m. 47). "İhbarı zorunlu hastalıklara karşı tedavi veya koruyucu amaçla resmî veteriner hekim, yetkilendirilmiş veteriner hekim ya da yardımcı sağlık personeli tarafından yapılacak Bakanlıkça programlanmış aşı, serum ve ilaç uygulamalarını hayvan sahipleri yaptırmaya mecburdur. Hayvan sahipleri bu maksatla gerekli araç ve gereçleri temin eder ve resmî veteriner hekimin alınmasını istediği tedbirleri alır. Aşı, serum ve ilaç uygulamaları resmî veteriner hekimin tespit edeceği yerde veya ayrı ayrı yerlerde yapılır." (Bulaşıcı Hayvan Hastalıkları ile Mücadelede Uygulanacak Genel Hükümlere İlişkin Yönetmelik m. 25/f. 7).

min tazminat yükümlülüğü ortadan kalkabilir. Örneğin, bulaşıcı hastalığı olan bir hayvan, aşılarının hayvan sahibi tarafından zamanında yaptırılmaması sebebiyle ölmüşse, bu durumda hayvana sonradan uygulanan tedavi hatalı olsa bile veteriner hekim hayvan sahibinin ağır kusuru sebebiyle sorumluluktan kurtulabilir.

## 2. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

Zarar verenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, üçüncü kişinin<sup>114</sup> kusuru da nedensellik bağına kesecek düzeyde olmalıdır. Aksi halde üçüncü kişinin kusuru, yalnızca zararlı sonucun sebeplerinden biri sayılır. Bu durumda müteselsil sorumluluk gündeme gelir. Örneğin, hatalı tıbbî müdahale uygulanan bir hayvan, daha sonra araba çarpması ve çarpan sürücünün hayvanı zamanında tedavi ünitesine götürmemesi<sup>115</sup> sebebiyle ölmüşse, bu durumda üçüncü kişinin ağır kusurunun varlığı veteriner hekimi sorumluluktan kurtarabilir.

## B. Kurtuluş Kanıtı Getirilmesi

Adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine göre sorumlu tutulan veteriner hekimin, zararın meydana gelmesinde kendi kusurunun veya yardımcı kişinin kusurunun olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Ancak veteriner hekimin, Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinin 2. fıkrası gereğince, öğretilde kurtuluş kanıtı olarak isimlendirilen, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkündür.

## SONUÇ

Veteriner hekim ile hayvan sahibi arasında sözleşme ilişkisi bulunmayan veya sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde, veteriner he-

<sup>114</sup> Üçüncü kişi, zarar veren ve zarar gören ile bu kişilerin sorumluluğu altındaki yardımcı dışındaki kişidir.

<sup>115</sup> "Bir hayvana çarpan ve ona zarar veren sürücü, onu en yakın veteriner hekim ya da tedavi ünitesine götürmek veya götürülmesini sağlamak zorundadır." (Hayvanları Koruma Kanunu m. 21).

kimin hasta hayvana yönelik uyguladığı hukuka aykırı ve kusurlu tedavi sonucunda hayvan ve dolayısıyla hayvan sahibi bir zarara uğramış olabilir. Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlık, culpa in contrahendo sorumluluğu, haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk, vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk veya adam çalıştıranın sorumluluğu hükümlerine göre çözümlenebilir. Hukukî düzenlemelerde yer verilen yükümlülükler ve meslekî kurallara aykırı davranan, hasta hayvanın tedavisinde gerekli tıbbî özeni göstermeyen, daha önce yeterince denenmiş, bilimsel, çağdaş tanı ve tedavi yöntemlerini kullanmayan, tedavi esnasında öğrendiği sırları açıklayan, hayvan sahibini tedavi konusunda aydınlatmayan, hayvan sahibine gerekli uyarı ve önerilerde bulunmayan veteriner hekim, diğer hukukî şartlar da gerçekleştiği takdirde maddî ve manevî tazminat davaları ile karşı karşıya kalabilir. Böyle bir durumda veteriner hekimin ancak, mücbir sebebi, üçüncü kişinin veya zarar görenin ağır kusurunu ispatlayarak veya adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulmuş ise, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması mümkün olabilir. Her ne kadar veteriner hekimin, hukuka aykırı tıbbî müdâhalesi sebebiyle niteliklerine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunumuzdaki genel hükümler kapsamında sorumlu tutulabileceği söylene de, bu konuda özel düzenlemelere ihtiyaç olduğu da bir gerçektir. İsviçre Medenî Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, Türk Medenî Kanunu'muza ve Türk Borçlar Kanunu'muza gerek hayvanın hukukî niteliğine gerekse hayvanlar üzerinde uygulanan tıbbî müdâhalelerde maddî-manevî tazminat istemlerine ilişkin hükümlerin getirilmesi ile hayvanların daha iyi bir şekilde korunmaları mümkün olabilir.

Hayvanların son zamanlarda insanların hayatında eskiye kıyasen oldukça önemli bir yer edindikleri yadsınamaz bir gerçektir. Evlerini, özellikle kedi ve köpeklerle paylaşan kişi sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Günümüzde yargısal sürecin uzun sürmesi veya ispat zorlukları sebebiyle, hayvanı tıbbî müdâhale sebebiyle zarara uğrayan hayvan sahiplerinin veteriner hekime karşı hukukî yollara başvurdukları sık görülen bir durum değildir. Ancak gelecekte, hayvan sahipleri tarafından veteriner hekimlere karşı ikame edilen maddî-manevî tazminat davalarının daha sık görüleceği kanaatindeyiz.



### Kaynakça<sup>116</sup>

- Akipek Jale/Akıntürk Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku, Beta Yayınevi, C. 1, 11. Bası, İstanbul 2014.
- Aksoy Dursun Sanem, Eşya Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, C. 1, 2. Bası, İstanbul 2013.
- Ayan Mehmet, Eşya hukuku II, Mülkiyet, Mimoza Yayıncılık, 7. Bası, Konya 2014 (Eşya).
- Ayan Mehmet, Tıbbî Müdâhelelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Kazancı Yayınevi, Ankara 1991 (Tıbbî Müdâhale).
- Başagaç Gül R. Tamay, "Hasta Hakları Ve Veteriner Hekimlerin Yasal - Ahlâkî Sorumlulukları", *Veteriner Hekimler Derneği Dergisi*, 2007, C. 78, S. 3, s. 58-62.
- Başpınar Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2004 (Özen Borcu).
- Başpınar Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdâhaleler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009 (Mülkiyet Hakkı).
- Cansel Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku (Teslim Şartlı Menkul Rehni), Sevinç Matbaası, C. 1, Ankara 1967.
- Çetin Gürsel, "Tıbbî Malpraktis", Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Tıbbî Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sempozyum Dizisi No: 48, 2006, s. 31-42.
- Demir Mehmet, Tıbbî Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010 (Hastane).
- Demir Mehmet, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", *AÜHFD.*, Ankara 2008, C. 57, S. 3, s. 225-252 (Hekim).
- Durdu Hüseyin, Sağlık Mesleğinde Hukukî Sorumluluk, Adalet Yayınevi, İzmir 1986.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 16. Bası, Ankara 2014 (Borçlar).
- Eren Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:361, Ankara 1975 (İlliyet).
- Ertaş Şeref, Eşya Hukuku, Fakülteler Barış Yayınevi, 11. Bası, İzmir 2014 (Eşya).
- Ertaş Şeref, "Alman Hukukunda Hekimin Meslekî Kusurdan Sorumluluğu" *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 1981, s.173-204 (Meslekî Kusur).
- Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara 2012.
- Genç Arıdemir Arzu, "Hayvanların Hukukî Konumlarının İyileştirilmesi Amacıyla İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009,

<sup>116</sup> Birden fazla yayınına atıf yapılan yazarların eserlerinde, ilk atıflar hariç olmak üzere yazarın soyadı ile birlikte parantez içindeki kısaltmalar kullanılmıştır.

- C. 1, s. 327-348.
- İmre Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara 2014.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, C. 2, 11. Bası, İstanbul 2014.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 17. Bası, İstanbul 2014.
- Oral Tuğçe, "Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2014, Y. 5, S. 16, s. 319-335.
- Özdemir H. Gökçe, Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.
- Özgül Mehmet Emin, Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Özkan Hasan/Akyıldız Sunay, Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2012.
- Petek Hasan, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk", *DEÜHFD.*, İzmir 2006, C.8, S.1, s. 177-239 (Estetik Ameliyat).
- Petek Hasan, Sağlık Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını No:2859, Eskişehir 2013 (Sağlık).
- Savaş Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdâhale Hataları Tıbbî Malpraktis- Tıbbî Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2013.
- Sirmen Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2014.
- Sungurbey İsmet, Hayvan Hakları Bir İnsanlık Kitabı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1999.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Ünal Mehmet/Başpınar Veysel, Şekli Eşya Hukuku (Giriş Zilyetlik Tapu Sicili), Yetkin Yayınevi, 6. Bası, Ankara 2012.
- Yavuz İpekyüz Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

# TÜRK İŞ MAHKEMELERİNDE YARGILAMA USULÜ

## PROCEEDING IN TURKISH LABOUR COURTS

Özgür OĞUZ\*  
Özge DOĞAN\*\*

**Özet:** İş mahkemeleri iş uyuşmazlıklarını çözmekle görevli özel mahkemelerdir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile tüm iş uyuşmazlıklarında basit yargılama usulü uygulanmaya başlanmıştır. İş yargılamasında uygulanan basit yargılama usulü de genel mahkemelere göre özel düzenlemeler barındırmaktadır. Bu düzenlemeler özellikle davanın açılması aşamasında ve ispat yükünü işçi yararına ters çeviren kurallarda kendini göstermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Basit Yargılama Usulü, İş Mahkemesi, İş Yargısı

**Abstract:** Labour courts are in charge of settlement of labour disputes. With Code of Civile Procedure simple procedure of trial has been implemented in all labour disputes. Simple procedure of trial has special regulations in comparison with general courts. These regulations stand out especially in phase of filing a court case and the rules which reverse the burden of proof in favour of the worker.

**Keywords:** Simple Procedure of Trial, Labour Court, Labour Judiciary

## GİRİŞ

İş mahkemelerinin görevine giren iş davaları İş Mahkemeleri Kanunu ve bazı özel kanunlarda düzenlenmiştir. Bu kanunlarda belirlenen dava türleri miktar yönünden sınırlandırılmamıştır. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nu yürürlükten kaldırarak 12.01.2011 tarihinde kabul edilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yargılama usullerinin çeşitleriyle ilgili bazı değişiklikler getirmiştir. Kanunun sistematüğinden yazılı (genel) yargılama usulünün temel alınarak hazırlandığı görülmektedir.

\* Yardımcı Doçent Doktor, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ooguz1@anadolu.edu.tr.

\*\* Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Bütünlük Doktora Programı Öğrencisi, ozge\_d@anadolu.edu.tr.

Basit yargılama usulü HMK'nın 316-322. maddeleri arasında düzenlenmiş, yazılı yargılama usulüne göre daha hızlı ve basit bir şekilde çözümlenmesi gerektiği düşünülen dava ve işler için getirilmiştir. 1086 sayılı HUMK döneminde bu yargılama usullerine ek olarak seri ve sözlü yargılama usulleri de düzenlenmişti. Ancak bu yargılama usullerinin fiilen işlerliği kalmadığı için HMK'da yer verilmemiştir. Diğer kanunlarda sözlü ya da seri yargılama usulüne yapılan atıfların da basit yargılama usulüne yapılmış kabul edileceği belirlenmiştir.

30.01.1950 tarihli, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda iş mahkemelerinde uygulanacak yargılama usulünün sözlü yargılama usulü olarak belirlenmesine rağmen bu atıf yeni kanun ile birlikte basit yargılama usulünü düzenleyen hükümlere yapılmış olacaktır. İş Mahkemelerinde uygulanacak yargılama usulüne ilişkin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda özel birtakım düzenlemeler bulunmakla birlikte bu kanunda boşluk bulunması halinde HMK'nın basit yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu nedenle öncelikle basit yargılama usulünün özellikleri açıklanıp iş yargılamasında uygulanan İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki özel düzenlemeler belirlendikten sonra basit yargılama usulünün safhalarına da atıflar yapılarak iş mahkemelerinde uygulanan yargılama usulü açıklanmaya çalışılacaktır.

## 1. Basit Yargılama Usulü

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda iki çeşit yargılama usulü öngörülmüştür. Bunlar yazılı yargılama usulü ve basit yargılama usulüdür. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen sözlü ve seri yargılama usullerine yeni kanunda yer verilmeyerek, iş mahkemeleri bakımından getirilen en büyük yenilik yargılama usulünün değiştirilmesi olmuştur.<sup>1</sup>

HUMK döneminde 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine göre iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanıyordu. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3 maddesine göre ise işe iade davaları seri yargılama usulüne tabiydi.<sup>2</sup> Bu hükümler, HMK'nın 316.

<sup>1</sup> E. Baskan, (2013). "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İş Davalarındaki Yargılama Usulüne Etkisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2013, 4 (12), s. 324.

<sup>2</sup> Bu konuda bkz. S. Aktepe, "İşe İade Davalarının Medeni Usul Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*,

maddesindeki, diğer kanunlarda yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işlerde basit yargılama usulünün uygulanacağı düzenlemesi ile zımnen kaldırılmış oldu.<sup>3</sup> Aynı maddede daha açık bir şekilde hizmet ilişkisinden doğan davalarda basit yargılama usulünün uygulanacağını düzenlemiştir.

HMK'nın 447/1 maddesine göre: "Diğer kanunlarda yer alan ve yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işler basit yargılama usulüne tabidir".<sup>4</sup> Bu durumda diğer kanunların sözlü ya da seri yargılama usulüne yapılan atıflar basit yargılama usulüne yapılmış sayılacaktır.<sup>5</sup> Böylece HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte işe iade dâhil olmak üzere iş mahkemelelerinin görevine giren tüm dava ve işlerde basit yargılama usulü uygulanmaktadır.<sup>6</sup>

İş Mahkemeleri Kanunu, iş mahkemelerinde uygulanacak yargılama usulü hakkında birkaç özel düzenlemeye yer vermiş; düzenleme bulunmayan hallerde genel kanun olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun basit yargılamaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirlemiştir.<sup>7</sup> Ayrıca basit yargılama usulünde hüküm bulunmaması halinde yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır.<sup>8</sup> Hukuk yargılamasına egemen olan aleniyet, dürüst davranma ve doğruyu söyleme, hukuki dinlenilme, usul ekonomisi ilkeleri basit yargılama usulü ve dolayısıyla iş yargılamasında da geçerlidir.<sup>9</sup> İş Mahkemeleri

İzmir 2009, 11 (özel sayı), s. 73 vd.

<sup>3</sup> H. Yaşar, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun İş Aktinin Feshi Sebebiyle Açılacak Davalara Etkisi", İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 2012, 86 (5), s. 268; Ü. Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı), 2014, s. 69.

<sup>4</sup> Madde gerekçesi, "... yazılı yargılama usulü dışında kalması gereken, daha kısa ve basit şekilde sonuçlanmasında yarar bulunan dava işlemin basit yargılama usulüne tabi tutulması..." şeklindedir.

<sup>5</sup> H. Yaşar, (2012). a.g.e. s. 267.

<sup>6</sup> E. Başkan, (2013). a.g.e. s. 324; A. Uğur, "İş Mahkemeleri Kanununun Temel Özellikleri ve HMK Karşısındaki Durumu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2014,1 (110), s. 20.

<sup>7</sup> B. Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, s. 679; E. Akyiğit, İş Hukuku, Ankara 2014, s. 54-55; N. Çelik/N. Caniklioğlu/T. Canbolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 18; İMK md. 15: "Bu Kanunda sarahat bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanır".

<sup>8</sup> B. Kuru, (2015). a.g.e. s. 681; H. Yaşar, (2012). a.g.e. s. 268.

<sup>9</sup> H. Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İş Yargılamasında Ne Değişti?", Sicil, İstanbul 2011, (24), s. 190.

Kanunumuzda belirtilmemekle birlikte uluslararası hukukta iş yargılaması için kabul edilen beş ilke: kolaylık, çabukluk, ucuzluk, emredicilik (kendiliğinden araştırma), zayıfın korunması ilkeleridir.<sup>10</sup>

## 2. Davanın Açılması

*İş mahkemelerinde, diğer mahkemelerde olduğu gibi dava dilekçe ile açılır. Ancak iş mahkemelerinde diğer mahkemelerden farklı olarak idari merciin başvurusu üzerine ve sendikaların, üyelerini ya da yasal mirasçılarını temsili ile de dava açılabilir. İş mahkemelerine özgü bu yollar, ekonomik ve sosyal yönden zayıf olan işçinin davayı takip etmekte ve yargılama giderlerini ödemekte yaşayacağı zorlukların önüne geçilebilmesi için düzenlenmiştir.*<sup>11</sup>

### 2.1. Dava Dilekçesiyle

İş mahkemelerinde davanın açılması kural olarak bir dava dilekçesi ya da yönetmelikte belirtilen formun doldurulup mahkemeye verilmesi ile gerçekleşir.<sup>12</sup> Ancak diğer mahkemelerde öngörülenlerden daha farklı yollarla da dava açılması mümkündür.<sup>13</sup>

HMK'nın 119. maddesine göre dava dilekçesinde bulunması zorunlu olan unsurlar, davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri, davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri, talep sonucu, davacı veya varsa vekilinin imzasının bulunması zorunludur. Hâkim söz konusu unsurların varlığını resen inceler ve bir eksikliğin var olması durumunda, bunun giderilmesi için bir haftalık kesin süre verir, bu süre içinde eksikliğin giderilememesi durumunda davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. Davacı, aynı yargı koluna dâhil olması ve tüm talepler için yetkili mahkemenin ortak olması şartıyla birden fazla talebini aynı dava dilekçesinde belirtebilir.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> B. Kar, "İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2013, 15 (özel sayı). s. 869 vd.

<sup>11</sup> N. Kurt Koca, "İş Kanunu'nun 6111 sayılı Kanun ile Değişik 91. ve 92. maddelerinin Medeni Usul ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Ankara 2012, 24 (1-2). s. 70.

<sup>12</sup> E. Baskan, (2013). a.g.e. s. 325; B. Kuru, (2015). a.g.e. s. 680.

<sup>13</sup> H. Yılmaz, "İş Yargılamasının Gösterdiği Özellikler", *Sicil*, İstanbul 2010, (18), s. 71.

<sup>14</sup> A. Bozkurt, *İş Yargılaması Usul Hukuku*, Ankara 2012, s. 33-34; E. Baskan, (2013). a.g.e. s. 326; H. Yılmaz, (2011). a.g.e. s. 192.

## 2.2. İdari Mercinin Başvurusuyla

İşçiler kanuna ya da sözleşmeye dayanan bir haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle matbu bir şikâyet dilekçesiyle Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne başvurabilirler. İş davalarının açılması idari mercilerin mahkemeye başvurusuyla da gerçekleşebilir. İdari merci kendisine yapılan başvuruları öncelikle tarafları çağırarak sulh yoluyla çözüme kavuşturmaya çalışır ancak yaptığı iş, yargılama niteliğinde olmadığı için bağlayıcı değildir.<sup>15</sup> Taraflar idari mercie yapılan başvuru sonunda sulh olsalar bile sonradan uyuşmazlığı mahkemeye taşıyabilirler.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 10. maddesine göre İş Kanunu'nun uygulanması ile görevli olan idari merciler, kendilerine yapılan müracaatları 15 gün içinde idari yoldan neticelendiremedikleri ve iş mahkemelerinin görevi içinde gördükleri takdirde bu hususa dair olan evrak ve belgeleri yetkili iş mahkemesine tevdi ederler.<sup>16</sup> İdari merciiye müracaatı sonlandırmak için 15 günlük kısa bir süre verilmesinin sebebi zamanaşımı sonucu hak kayıplarının önüne geçebilmektir.<sup>17</sup> Çünkü mahkeme, resen gün tayin ederek tarafları davet eder ve müracaat sahibinin davacı olduğunu tespit ederek zabıtnameye imzasını aldıktan sonra dava açılmış sayılır. Davanın açıldığı tarih idari mercinin mahkemeye başvurduğu tarih değil, müracaat sahibinin davacı olduğunu belirttiği ve bunun tutanakla belirlenip imzalandığı tarihtir.<sup>18</sup> Müracaat edenin davacı olduğu bu şekilde saptandıktan sonra mahkeme, davacıya dava dilekçesini vermesi ve delillerini bildirmesi için 15 günlük süre verir. Bu süre içinde dava dilekçesi verilmezse evrakların işlem- den kaldırılmasına karar verilir.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> E. Manav Özdemir, (2015). "İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri", Çalışma ve Toplum, İstanbul 2015, 4 (47). s. 195; A. Bozkurt, (2012). a.g.e. s. 35.

<sup>16</sup> Bu maddenin konuluş nedeni adalet komisyonu raporunda açıklanmıştır: "Memleketimizde işçilerin işverenlerle ücret vesair iddialarından mütevellit ihtilâfların halli hususunda dava açmak külfetinden kaçınarak umumiyetle... idari mercilere dilekçe ile başvurmalarından ileri gelen ve birçok hallerde delillerin kaybolmasına ve zamanaşımına yol açan durumlara mahal kalmamasını sağlamak bakımından idareye yapılan müracaatların görevli mahkemelere resen intikal ettirilmesi düşüncesine dayanmaktadır."; Bkz. F. Şahlanan, "İş Yargılaması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1976, 42 (1-4). s. 412.

<sup>17</sup> A. Bozkurt, (2012). a.g.e. s. 35; A. Kılınç "İş Mahkemeleri Ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2009, 1 (86). s. 395.

<sup>18</sup> B. Kar, (2013). a.g.e. s. 871; F. Şahlanan, (1976). a.g.e. s. 413.

<sup>19</sup> A. Bozkurt, (2012). a.g.e. s. 43.



İdari merciiin başvurduğu mahkeme görevli ve yetkili hale gelmez, mahkeme göreve ve yetkiye ilişkin kuralara göre görevsizliğine ya da yetkisizliğine karar verebilir.<sup>20</sup> Davacı işçi ilk duruşmada idari mercie başvururken belirttiği talep ve iddialarla sınırlı olmaksızın iddia ve taleplerini değiştirip arttırabilir; bu durum iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi olarak düşünülemez.<sup>21</sup> Ancak idari makamlara başvurmak ve bu yolla davayı mahkemeye taşımak zorunluluk değildir.<sup>22</sup> Davacı isterse doğrudan mahkemeye başvurarak uyuşmazlığın çözümlenmesini talep edebilir.

### 2.3. Sendikanın Temsili

İş mahkemelerinde dava açmanın diğer bir yolu sendikaların üyelerini ya da üyelerinin mirasçılarını temsilen dava açmasıdır.<sup>23</sup> 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26/2. maddesine göre kuruluşlar çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesi ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onayı alındığı takdirde bu yetkiyi etkilemez. Buna benzer bir düzenlemeyle HMK'nın 113. maddesinde derneklere ve diğer tüzel kişilere üyelerinin veya temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için kendi adlarına dava açabilme yetkisi tanınmıştır.

## 3. Davaya Cevap

Dava dilekçesini alan mahkeme dava dilekçesinin bir örneğini ve iki haftalık süre içinde cevap verilebileceğini davalıya tebliğ eder.<sup>24</sup> Davaya cevap, dilekçeyle olabileceği gibi yönetmelikte belirlenen formun doldurulması suretiyle de verilebilir.<sup>25</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 317. maddesine göre mahkeme durum ve koşullara

<sup>20</sup> F. Şahlanan, (1976). a.g.e. s. 412.

<sup>21</sup> B. Kuru, (2015). a.g.e. s. 680-681; E. Baskan, (2013). a.g.e. s. 325-326; F. Şahlanan, (1976). a.g.e. s. 412.

<sup>22</sup> Ü. Narmanlıoğlu, (2014). a.g.e. s. 71; E. Manav Özdemir, (2015). a.g.e. s. 194.

<sup>23</sup> E. Baskan, (2013). a.g.e. s. 326.

<sup>24</sup> B. Kuru, (2015). a.g.e. s. 667.

<sup>25</sup> A. Bozkurt, (2012). a.g.e. s. 34.

göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir süre verebilir. Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhal tebliğ edilir.

Cevap dilekçesinde yazılı yargılama usulündeki gibi mahkemenin adı, davalı ve davacının adı, soyadı ve adresleri, davalı yurt dışında ise açılan dava ile ilgili işlemlere esas olmak üzere yurt içinde gösterebileceği bir adresi, davalının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa tarafların kanuni temsilcilerinin veya vekilinin ad, soyadı ve adresleri, davalının savunmasının dayanağı olan vakıalar, deliller, dayanılan hukuki nedenler, talep sonucu ile davalının veya vekilinin imzası bulunmalıdır. Davalının verdiği cevap dilekçesi herhangi bir harca tabi değildir.<sup>26</sup>

Söz konusu unsurlarda bir eksiklik olduğunda, hâkim tarafından bir haftalık süre verilir. Bir haftalık süre içerisinde eksiklikler giderilmediğinde cevap dilekçesi verilmemiş sayılır (HMK 130).

#### 4. İddia ve Savunmanın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi Yasağı

İddia ve savunmaların değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı tarafların ileri sürebilecekleri yeni vakıalarla yargılamanın sürekli olarak uzamaması ve uyuşmazlığın çözümsüz bırakılmaması için getirilmiştir.<sup>27</sup> Bu yasak yeni vakıa ileri sürülmesine ilişkin olup yeni delil gösterilmesi bu yasak kapsamına girmez ancak yeni delillerin gösterilmesi yeni vakıaları da beraberinde getiriyorsa bu da yasak kapsamındadır.<sup>28</sup>

HMK'nın 317. maddesine göre basit yargılama usulünde cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri verilemez. İş mahkemelerinde de basit yargılama usulü uygulandığı için dilekçeler aşaması, dava dilekçesi ve cevap dilekçesinin verilmesi ya da cevap dilekçesi verilmese de cevap dilekçesini vermek için öngörülen 2 haftalık sürenin geçmesiyle birlik-

<sup>26</sup> B. Kuru, (2015). a.g.e. s. 668.

<sup>27</sup> K. Yıldırım, "Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2003, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, s. 477.

<sup>28</sup> H. Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 76.

te sona erer. Bu nedenle taraflar iddia ve savunmalarının tümünü ilk dilekçelerinde açık olarak belirtmek ve dayanacakları tüm delilleri ve hangi vakianın delili olduğunu da belirtmek, ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yeden getirtilecek belgeler için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere yer vermek zorundadır (HMK 318).

Basit yargılama usulünde iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı yazılı yargılama usulüne göre katılaştırılmış; dava açılmasıyla, savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlayacağı belirlenmiştir.<sup>29</sup> Bu yasağın istisnaları ise davacı taraf bakımından, davalının açık rızası, tarafta iradi değişiklik, ıslah, davadan feragat ve dava konusunun devri; davalı taraf bakımından ıslah, davacının açık rızası ve davayı kabulüdür.<sup>30</sup> Ancak hâkimin kendiliğinden araştırması gereken bir husus söz konusuysa bu durumda iddianın değiştirilmesi ya da genişletilmesi yasağından bahsedilemez.<sup>31</sup> İtirazlar hâkim tarafından resen gözetilip taraflarca davanın her aşamasında ileri sürülebilirken, defiler yalnız taraflarca ileri sürülebilir.<sup>32</sup>

## 5. Ön İnceleme ve Tahkikat

İş mahkemesine dava dilekçesi verildiğinde ya da idari merciin yapacağı başvuru üzerine mahkemenin duruşma günü belirlemeden önce yapacağı ilk iş, dava şartları ve ilk itirazların incelenmesidir.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> HMK'nın 319. maddesinin gerekçesi: "Yazılı yargılama usulünde, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağıyla ilgili farklı aşamalar ve ihtimaller dikkate alınmıştır. Basit yargılama usulünde ise, bu usulün gereği olarak yasağın, davacı bakımından davanın açılmasıyla, davalı bakımından cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlatılmıştır. Bu sebeple, basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerde taraflar daha dikkatli davranmalı, talep ve savunmaları konusunda daha titiz olmalıdırlar. Bununla birlikte iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnaları burada da aynen geçerli olacaktır."; Kuru, B. ve A. C. Budak, (2011). "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2011, 85 (5), s. 21.

<sup>30</sup> C. Kaya ve R. Akcan, "Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2009, LXVII (1-2), s. 131.

<sup>31</sup> E. Birben ve S. Öktem, (2001). "İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan 1. Bası, İstanbul 2001, s. 1098; H. Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 76.

<sup>32</sup> H. Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 76.

<sup>33</sup> A. Bozkurt, (2012). a.g.e. s. 36; S. Aktepe, (2009). a.g.e. s. 77.

İlk duruşmaya kadar ilk itirazlarını bildirmemiş olan tarafa mahkeme bunun için ayrıca süre veremez ve ilk itirazlar için süre sınırı yasayla konulduğu için ıslah yoluna başvurularak daha sonra ileri sürülemezdir.<sup>34</sup>

Mahkeme bu inceleme sonucu görevsizliğine ya da yetkisizliğine karar verirse görevli ya da yetkili mahkemeyi de kararında belirler. Kararın kesinleşmesinden itibaren iki hafta içinde taraflardan birinin kararı veren mahkemeden, davanın görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi halde mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir. 320. maddenin 4. fıkrasına göre basit yargılama usulüne tabi davalarda, işlemden kaldırılmasına karar verilmiş dosya, bir kez yenilendikten sonra takipsiz bırakılırsa, dava açılmamış sayılır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre iş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz. Yargıtay bu konuda verdiği bazı kararlarında mahkemenin yetkili olup olmadığını resen inceleyemeyeceğini, yetkisizlik itirazının bir ilk itiraz olduğunu;<sup>35</sup> bazı kararlarında ise resen incelenmesi ve davanın her aşamasında ileri sürülebileceğini belirtmektedir.<sup>36</sup> Bu hükümde davacıya bir seçim hakkı tanınmakla birlikte bu düzenleme kamu düzenine ilişkin olduğu ve iş yargılamasındaki yetki itirazı ilk itirazların özelliğiyle bağdaşmadığı için ilk itirazlardan değildir; davanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir ve resen incelenebilir.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> H. Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 75-76.

<sup>35</sup> Yarg. HGK 4/155 E. 108 K. ve 12.12.1962 tarihli kararı: "...ikinci oturumda kendisinin ileri sürdüğü yetkisizlik itirazı süresinden sonra ileri sürülmüş olacağından dolayı göz önünde tutulamaz, ve mahkemenin yetkisizlik kararı vermiş olması bundan ötürü usule aykırıdır."

<sup>36</sup> Yarg. 9. HD 2008/20378 E. 2008/12778 K. ve 26.05.2008 tarihli kararı: "İş mahkemesinin yetkisi kamu düzeni ile ilgili olduğundan davalı tarafça süresinde yapılmasa da hakim tarafından kendiliğinden bu husus göz önünde bulundurulmalıdır. Bir başka anlatımla hakim, davanın her aşamasında yetki itirazını dikkate alabileceği gibi, kendisi de resen yetkisizlik kararı verebilir."

<sup>37</sup> M. Şen, "İş Mahkemesinde Yetki ve Yetki Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2004, 8 (1-2), s. 564; M. Kırmızı, 6100 sayılı Yeni HMK Değişiklikleriyle Hukuk Mahkemelerinde Görev ve Yetki. Ankara 2011, s. 527; E. Baskan, (2013). a.g.e. s. 323; F. Şahlanan, (1976). a.g.e. s. 334-335; A. Uğur, (2014).

Kanun'un 5. maddesiyle ilgili tartışmalı diğer bir husus, yetki sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağıdır. Doktrinde bununla ilgili çeşitli görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre kanunun hükmü emredici olduğundan buna aykırı sözleşme yapılamayacaktır.<sup>38</sup> İkinci görüşe göre kanundaki yetki kurallarını kaldırmamak koşuluyla yetki sözleşmesi yapılabilir. Son görüş ise iş hukukuna egemen olan işçi lehine yorum ilkesi gereği işçi, yetki sözleşmesinde belirlenen mahkemede ya da kanunda belirlenen mahkemelerden birinde dava açabilecek ancak işveren kanundaki düzenlemelerle bağlı olacaktır.<sup>39</sup>

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320. maddesine göre mahkemenin, mümkün olan hallerde duruşma yapmadan dosya üzerinden karar verebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre mahkeme duruşma yapılmasına karar verirse ilk duruşmada dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanaşımı hakkında tarafları dinledikten sonra tarafların anlaşmaları ve anlaşamadıkları hususları tespit eder. Ancak iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı gereği ilk itirazlar ve zamanaşımı defileri, dava ya da cevap dilekçesinde belirtilmedikçe ilk duruşmada dinlenmez.<sup>40</sup> Tüm bu düzenlemelerle ilk itiraz, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hızlı bir şekilde incelenmesi amaçlanarak; öninceleme ve tahkikat aşamaları birbiriyle bağlantılı olarak düzenlenmiştir.<sup>41</sup>

Hâkim dava şartlarını ve ilk itirazları inceledikten sonra yargılamaya devam etmesi için bir engel bulunmadığını tespit ederse tarafları sulhe ya da arabuluculuğa teşvik edecektir. Hâkimin tarafları öncelikle sulhe teşvik etmemesi hükmün bozulmasına neden olmadığından uygulamada doğrudan tahkikat aşamasına geçilebildiği görülmektedir.<sup>42</sup> Sulhe yönelik birçok düzenleme getirilmesine rağmen bu hükümlerin uygulanamamasının bir diğer nedeni sulh için gerekli

a.g.e. s. 19; E. Yılmaz, "İş Mahkemeleri Kanununun Değiştirilmesi İhtiyacı", *Sicil, İstanbul* 2007, (8), s. 7; A. Bozkurt, "İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2010, 68 (2), s. 197.

<sup>38</sup> F. Şahlanan, (1976). a.g.e. s. 403; A. Bozkurt, (2012). a.g.e. s. 222;

<sup>39</sup> F. Şahlanan, (1976). a.g.e. s. 403, dp. 70.

<sup>40</sup> C. İ. Günay, *İş Davaları*, Ankara 2012, s. 101.

<sup>41</sup> H. Yılmaz, (2011). a.g.e. s. 190.

<sup>42</sup> E. Birben, ve S. Öktem, (2001). a.g.e. s. 1132; E. Manav Özdemir, (2015). a.g.e. s. 197; E. Yılmaz, (2007). a.g.e. s. 7; H. Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 76.

kurumsallaşmanın sağlanamamış olmasıdır.<sup>43</sup> Tarafların sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların neler olduğu tutanağa yazılarak tutanak taraflarca imzalanır. Tüm tahkikat bu tutanak esas alınarak yürütülür.

İş Mahkemeleri Kanunu'nda yargılama süresine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Buna karşılık 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde işe iade davasının iki ay içinde sonuçlandırılacağı düzenlemesi yer almaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 320. maddesinin 3. fıkrasında ise, basit yargılama usulüne tabi davaların kısa sürede sonuçlandırılmasına yönelik bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, mahkeme tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılmasını ilk duruşma hariç iki duruşmada tamamlar. Duruşmalar arasındaki süre bir aydan fazla olamaz.

HMK'nın bu düzenlemesi karşısında sadece işe iade davaları değil iş mahkemelerinin görevine giren tüm davalar ilk duruşmadan itibaren iki ay içinde sonuçlandırılmalıdır.<sup>44</sup> Bu süre iş mahkemelerinin hak kayıplarına yol açmadan davayı hızlı bir şekilde çözümlenebilmeleri için öngörülmüş olmakla birlikte, iş yükü nedeniyle çoğu kez belirlenen süreler uyulamamaktadır.<sup>45</sup> Zaten HMK'nın 320. maddesinde bu sorunlar göz önüne alınarak, istisnai olarak işin niteliği gereği, bilirkişi incelemesinin uzaması, istinabe yoluyla tahkikat işlemlerinin yürütülmesi gibi zorunlu hallerde, hâkimin gerekçesini belirterek bir aydan sonrası için de duruşma günü belirleyebileceği ve ikiden fazla duruşma yapabileceği hükmüne yer verilmiştir.

## 6. Delillerin Gösterilme Zamanı ve İspat Yükü

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 318. maddesine göre taraflar dilekçeleri ile birlikte tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır.

<sup>43</sup> A. Uğur, (2014). a.g.e. s. 25.

<sup>44</sup> E. Başkan, (2013). a.g.e. s. 329.

<sup>45</sup> C. İ. Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 464.

Söz konusu madde, taraflara delillerini dava ve cevap dilekçeleri ile bildirmelerini öngörmekte iken, 140/5. madde ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık süre verileceğini belirtmekle, sonradan delil gösterilmesine izin verilebileceğini öngörmektedir. Tahkikatın başlamış olmasına rağmen sonradan delil gösterilebilecek olması yargılamayı geciktirme amacı taşımaması veya süresinde ileri sürülememesinin ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmamasına bağlıdır. Hâkim bu yetkisini basit yargılama usulünün amaç ve ilkelerine uygun kullanmak durumundadır.<sup>46</sup>

İş yargılamasında deliller taraflarca getirilir ve taraflar kural olarak tüm delillere dayanabilir.<sup>47</sup> Aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte hizmet tespiti davaları dışında taraflarca getirilme ilkesi uygulanır.<sup>48</sup> Ancak hâkim keşfe isticvaba ve bilirkişi incelemesine kendiliğinde başvurabilecektir.<sup>49</sup> İş yargılamasında resen araştırma ilkesinin uygulanacağını savunan yazarlar ise yasal bir temeli olmasa da iş yargılamasında ispat hukukuna ilişkin genel hükümlerin yetersiz kalacağı görüşündedir.<sup>50</sup> Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> H. Yılmaz, (2011). a.g.e. s. 199.

<sup>47</sup> H. Yılmaz, (2011). a.g.e. s. 198.

<sup>48</sup> E. Birben ve S. Öktem, (2001). a.g.e. s. 1098 vd.; karşıt görüş için bkz. B. Kar, (2013). a.g.e. s. 874 vd., "İş Yargılamasında kendiliğinden araştırma ilkesinin birinci yönü, iş yargılamasına ilişkin düzenlemelerin, emredici nitelikte düzenlenmesidir. Bu kuralların konularında elbette diğer bir ilke olan, zayıfın korunması ilkesinin de etkili olduğu tartışmasıdır."

<sup>49</sup> E. Birben ve S. Öktem, (2001). a.g.e. s. 1098.

<sup>50</sup> "Bizim de katıldığımız görüşe göre, usul yargıç ve tarafların birlikte çalıştığı bir grup çalışmasıdır. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi yerine, Anayasa'nın sosyal devlet ilkesi gereği yargıca daha fazla rol veren bir usul hukukunun benimsenmesi isabetli olacaktır." M. Kılıçoğlu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Uyarlı İş Yargılamaları Usulü, 1. Bası, İstanbul 2011, s. 154'ten aktaran A. Uğur, (2014). a.g.e. s. 21

<sup>51</sup> Yarg. 10. HD. 1987/4222 E. 1987/4445 K. ve 18.09.1987 tarihli kararı: "Diğer taraftan, sigortalılık hak ve yükümlülükleri kişiye bağlı vazgeçilmez. Anayasal haklardan ve bu yönü itibarıyla de kamu düzeni ile ilgili olduğu söz götürmez. Bu davada da, sigortalılık haklarının varlığının tespiti, sonuç olarak iddia ve talep edildiğine göre, böyle bir talebin sübutu bakımından hakimin resen delil toplaması gerekeceği de yasal bir zorunluluktur."



İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir (HMK m. 190/1). Ancak kanun hükmünün özel bir düzenleme getirmesi, olağan durumun aksinin ileri sürülmesi, kanuni ya da fiili karinelerin bulunması gibi hallerde ispat yükü ters çevrilebilir.

İş yargılamasında deliller konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun delillere ilişkin hükümleri uygulanmakla birlikte iş hukukunda uygulanan işçi lehine yorum ilkesi gereği delillerle ilgili bazı istisnai durumlar yaratılmıştır.<sup>52</sup> Örneğin feshin geçersizliği ve işe iade davasında feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükü işverene aittir.<sup>53</sup> İşçi feshin başka bir nedene dayandığını iddia ediyorsa bunu ispat etmekle yükümlüdür. Yine işveren uyuşmazlık halinde işçiye yıllık ücretli iznin verildiğini ispat etmekle yükümlüdür.<sup>54</sup>

## 7. Yargılamanın Sona Ermesi

### 7.1. Yargılamayı Sona Erdiren Taraf İşlemleri

Davayı sonuçlandıran taraf işlemleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307-315. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bunlar sulh, kabul ve feragattir. Feragat, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi (HMK md. 307), kabul ise davalının davacının talep sonucuna kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir. Kanun'un 309. maddesine göre feragat ve kabul dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılabilir. Ayrıca şarta bağlı yapılamayan bu taraf işlemleri, karşı tarafın ya da mahkemenin muvafakatine bağlı değildir.

Sulh görülmekte olan bir davada, tarafların uyuşmazlığı tamamen ya da kısmen sona erdirmek için yaptıkları sözleşmedir. Taraflar mahkemenin bu sözleşmeye göre karar vermesini isterlerse, hüküm

<sup>52</sup> Yarg. 9. HD. 2008/27689 E. 2008/27683 K. ve 20.10.2008 tarihli kararı: "...Diğer taraftan, İş Hukuku; işçi ve işveren ilişkisinde, işverenin sosyal ve ekonomik bakımından güçlü olması, işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri dikkate alınarak, sözleşme hukuku alanında ayrılmış ve farklı kurallar getirerek gelişmiştir. Bu nedenle iş hukukunda, düzenlenen belgelere karşı işçi lehine tanık dinletilmesi yoluna gidilmektedir..." M. Göksu, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralı ve Bunların İstisnaları. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2011, 1 (1), s. 62.

<sup>53</sup> S. Aktepe, (2009). a.g.e. s. 64.

<sup>54</sup> A. Bozkurt, (2012). a.g.e s. 335.

buna göre kurulur. Ancak sulhe göre karar verilmesini istemezlerse mahkeme karar verilmesine yer olmadığına karar verecektir (HMK md. 315). Sulh, kabul ve feragat davanın her aşamasında yapılabilir ve kesin hükmün sonuçlarını doğurur.<sup>55</sup>

## 7.2. Hüküm

Hüküm yargılamayı sona erdirdiği gibi davayı esastan çözen son karardır. Hüküm, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 297. maddesine göre davaya bakan mahkemenin ve yargıcın adı, tarafların ad, soyad ve adresleri, tarafların iddia ve savunmalarının özetleri, davada incelenen hukuki sorunların özeti ve hükmün gerekçesini içermelidir.<sup>56</sup>

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 321. maddesine göre, tahkikatın tamamlanmasından sonra, mahkeme tarafların son beyanlarını alır ve yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder. Taraflara beyanda bulunabilmeleri için ayrıca süre verilmez. Kararın tefhimi, mahkemece hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklanması ile gerçekleşir. Ancak zorunlu hallerde, hâkim bu durumun sebebini de tutanağa geçirmek suretiyle, sadece hükmün özetini tutanağa yazdırarak kararı tefhim edebilir. Bu durumda gerekçeli kararın en geç bir ay içinde yazılarak tebliğe çıkartılması gerekir.

İş mahkemelerinde kanun yoluna başvuru için sürenin tefhimden itibaren başlayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda kanun yolu açık olan hükümler tefhimden itibaren kanun yoluna başvuru için öngörülmuş sürenin geçirilmesiyle, kanun yolu kapalı olan hükümler verildiği anda şekli anlamda kesin hüküm olacaktır.

## 8. Kanun Yollarına Başvuru

İş davalarında olağan kanun yolu 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre istinaf olarak düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da istinaf kanun yolu düzenlenmiş olsa da henüz istinaf mahkemeleri kurulmadığı için bu mahkemeler kurulana kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun temyize ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

<sup>55</sup> H. Yılmaz, (2010). a.g.e. s. 81.

<sup>56</sup> A. Bozkurt, (2012). a.g.e. s. 329.

Temyiz mahkemelerce verilen kesinleşmemiş son kararların hukuka uygunluk bakımından Yargıtay tarafından incelenerek, kararın bozulmasını, onanmasını ya da düzeltilerek onanmasını sağlayan olağan kanun yoludur.<sup>57</sup> İş mahkemelerinin verildiği anda kesin olan kararları ve İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre değeri 1000 TL'yi geçmeyen davalar için kanun yoluna başvurulamaz. Verilen ara kararlar için ise ancak son kararla birlikte kanun yoluna başvurulabilir.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesine göre karar yüze karşı verilmişse tefhimden itibaren, karar tarafların yokluğunda verilmişse tebliğden itibaren 8 gün içinde kanun yoluna başvurulabilir. Tarafların kararı temyiz edecekleri sürenin tefhimden itibaren başlaması uygulamada bazı sorunlara neden olmaktadır. Kararın gerekçesi tefhimde belirtilmediği için taraflar temyiz sebeplerini gösterememektedir. Bu nedenle de kanunda değişiklik yapılarak temyiz süresinin tebliğden itibaren başlatılması uygun olacaktır. Usulüne uygun tefhim edilmeyen kararlar için temyiz süresinin tebliğden itibaren başlayacağı kabul edilir. Bu durumda gerekçesiz olarak sadece hüküm sonucunun açıklandığı kararlarda sürenin tebliğden itibaren başlayacağını kabul etmek yerinde olur.<sup>58</sup>

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15. maddesinin yaptığı atıf nedeniyle bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanacaktır. İş Mahkemeleri Kanunu ise katılma yoluyla temyizi düzenlememiştir. Bu halde, tartışmalı bir konu olsa da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun temyize ilişkin hükümlerini burada da uygulamak ve temyiz dilekçesine cevap verecek tarafın süresi içinde vereceği cevap dilekçesinde temyiz sebeplerini ileri sürerek katılma yoluyla temyiz iş mahkemesi kararlarına karşı da mümkün olduğunu söylemek gerekir.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> B. Kuru, (2015). a.g.e. s. 528.

<sup>58</sup> Yarg. 21. HD. 1996/173 E. 1996/158 K. ve 25.11.1996 tarihli kararı: "Yerel mahkeme, temyiz isteminin kanuni süre geçtikten sonra yapılması nedeniyle reddine karar vermiştir. Davacı bu kararı dahi temyiz etmiştir. O halde bu yön üzerinde özellikle durulmalıdır. Hükümün tefhiminin HUMK'un 489. maddesinin yollamada bulunduğu aynı kanunun 388. maddesindeki unsurları içerir biçimde yapılmadığından yasada öngörülen 8 günlük temyiz süresinin geçtiğinden söz edilemez. Hal böyle olunca, davacının hükmü süresinde temyiz ettiği anlaşıldığından mahalli mahkemenin temyiz isteminin reddine ilişkin kararın bozulmasına ve HUMK'un 432/son maddesi gereğince asıl hükmün temyizini amaçlayan temyiz itirazlarının incelenmesi gerekir."

<sup>59</sup> Yarg. HGK. 2015/2546 E. 2015/2301 K. ve 30.06.2015 tarihli kararı: "Her ne ka-

İş yargılamasında olağanüstü kanun yollarına da atıflar bulunmaktadır. Ancak iş mahkemelerinde verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Kanun koyucu bu hükmü uygulamada birtakım sorunlar yaratacağını göze alarak, yargılamanın çabuk sonlandırılabilmesi için getirmiştir.<sup>60</sup>

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15. maddesine göre bu kanunda özel düzenleme bulunmayan hallerde HMK uygulanacağından iş mahkemesi kararlarına karşı koşulları varsa yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir.<sup>61</sup> Yargılamanın iadesi HMK'nın 375 ve 376. maddelerinde sınırlı olarak sayılmış ağır yargılama hatalarından dolayı, maddi anlamda kesin hükümlerin yeniden incelenerek düzeltilmesini sağlayan bir kanun yoludur.<sup>62</sup> Bu yola davanın taraflarından hüküm zararına olan taraf ya da davanın tarafı olmasalar da alacaklılar ve mirasçılar gibi hukuki yararı olan kişiler başvurulabilir.<sup>63</sup> HMK'nın 378. maddesine göre yargılamanın iadesi davası hükmü veren mahkemeye açılır ve hükmü veren mahkeme tarafında incelenip karara bağlanır. Yani iş yargılamalarında hükmü veren iş mahkemesinde incelenecektir.

## SONUÇ

İş Mahkemeleri Kanunu iş yargılamasında davanın işveren karşısında güçsüz olan tarafı işçinin korunması amacıyla bazı düzenlemeler getirmiştir. Bu özel düzenlemelerden ilki davanın açılmasında diğer mahkemelerden farklı olarak idari merciin başvurusuyla ve sendikanın temsiliyle davanın açılabilmesidir. İş mahkemelerinde davanın basit ve hızlı bir şekilde sonlandırılmasını sağlamak için kabul edilen basit yargılama usulü de aynı amaca hizmet etmektedir. Ancak basit yargılama usulü için öngörülen tüm düzenlemeler uygulamada

---

dar uygulamada iş mahkemesinde karşı temyiz yolu ile temyiz hakkı tanınmaktaki ise de gerek iş hukuku mevzuatının gerekse de HUMK'un temyize ait hükümlerinde bunu engelleyen bir hüküm olmadığı açıktır. Bu nedenle 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen geçici madde 3 atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 433/1 maddesi gereğince temyiz dilekçesinin hüküm veren mahkeme aracılığı ile karşı tarafa tebliğ edilmesi ve karşı tarafa temyiz dilekçesine karşı cevap verme ve karşı temyiz isteminde bulunmak hakkının tanınması gerekir." F. Şahlanan, (1976). a.g.e. s. 420.

<sup>60</sup> F. Şahlanan, (1976). a.g.e. s. 420.  
<sup>61</sup> A. Uğur, (2014). a.g.e. s. 28; S. Süzek, İş Hukuku. İstanbul 2013, s. 106.

<sup>62</sup> B. Kuru, (2015). a.g.e. s. 602.

<sup>63</sup> A. Bozkurt, (2012). a.g.e. s. 634.

istenildiği gibi sonuçlar verememektedir. Özellikle yargılama sürelerine ilişkin getirilen sürelerin iş yargılamasında uygulanamaması ve sulh yolunun, gerekli kurumsallaşma olmaması ya da bozma nedeni sayılmadığı için hâkimlerce başvurulmayan bir çözüm yolu olması sonucu iş yargısında istenilen çabukluk ve ucuzluk sağlanamamaktadır.

Basit yargılama usulünde iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının yazılı yargılama usulüne göre daha katı uygulanması tüm vakıaların ve vakıaların ispatlanacağı delillerin dilekçede gösterilmesi kuralı, avukat yardımı almadığı hallerde işçi için hak kayıplarına yol açabilecek düzenlemelerdendir. Tartışmalı bir konu olmakla birlikte kendiliğinden araştırma ilkesinin iş davalarında daha geniş bir alanda uygulanmasıyla bu sorunun önüne geçilebilir. Başka bir tartışmalı konu İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki açık hüküm karşısında taraflar arasında yetki sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağına ilişkindir. İş mahkemelerinde yetki kuralı kamu düzeninden sayılmakla birlikte, iş hukukunda uygulanan işçi lehine yorum ilkesi gereği işçi lehine yetki sözleşmelerinin geçerli olması gerektiği kanısındayız.

### Kaynakça

- Aktepe S., (2009). İşe İade Davalarının Medeni Usul Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (özel sayı). s. 63-101.
- Akyiğit E., (2014). İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Baskan E., (2013). 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İş Davalarındaki Yargılama Usulüne Etkisi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 4 (12). s. 315-341.
- Bilen T., (2012). Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Yenilikler. *İstanbul Barosu Dergisi*, 86 (2). s. 87-93.
- Birben E. ve Öktem S., (2001). İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, 1. Bası. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Bozkurt A., (2010). İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi. *Ankara Barosu Dergisi*, 68 (2). s. 191-206.
- Bozkurt A., (2012). İş Yargılaması Usul Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Çelik N., Caniklioğlu N. ve Canbolat T., (2015). İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Deliduman S., (2003). İş Mahkemeleri Kararlarının Katılma Yolu ile Temyizi Mümkün Müdür?, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1-2). s.369-376.

- Göksu M., (2011). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralı ve Bunların İstisnaları. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1 (1). s. 53-65.
- Günay C. İ., (2012). İş Davaları, 3. Bası. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Günay C. İ., (2015). İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (Güncellenmiş 5. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kar B., (2013). İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (özel sayı). s. 869-882.
- Kaya C. ve Akcan R., (2009). Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXVII (1-2). s. 123-142.
- Kılınç A., (2009). İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1 (86). s. 383-404.
- Kırmızı M., (2011). 6100 sayılı Yeni HMK Değişiklikleriyle Hukuk Mahkemelerinde Görev ve Yetki. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kurt Koca N., (2012). İş Kanunu'nun 6111 sayılı Kanun ile Değişik 91. ve 92. maddelerinin Medeni Usul ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi. *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 24 (1-2). s. 67-85.
- Kuru B., (2015). Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. İstanbul: Legal Yayınevi.
- Kuru B. ve Budak A. C., (2011). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, *İstanbul Barosu Dergisi*, 85 (5). s. 3-43.
- Manav Özdemir E., (2015). İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri. Çalışma ve Toplum, 4 (47). s. 185-222.
- Narmanlıoğlu Ü., (2014). İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Süzek S., (2013). İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Şahlanan F., (1976). İş Yargılaması. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,, 42 (1-4). s. 377-421.
- Şen M., (2004). İş Mahkemesinde Yetki ve Yetki Sözleşmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (1-2). s. 563-581.
- Uğur A., (2014). İş Mahkemeleri Kanununun Temel Özellikleri ve HMK Karşısındaki Durumu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1 (110). s. 11-32.
- Yaşar H., (2012). Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun İş Aktinin Feshi Sebebiyle Açılacak Davalara Etkisi, *İstanbul Barosu Dergisi*, 86 (5). s. 267-288.
- Yıldırım K., (2003). Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan), s. 467-492.
- Yılmaz E., (2007). İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı. Sicil, (8). s. 5-12.
- Yılmaz H., (2010). İş Yargılamasının Gösterdiği Özellikler. Sicil, (18). s. 70-85.
- Yılmaz H., (2011). Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İş Yargılamasında Ne Değişti?. Sicil, (24). s. 189-206.

# TÜRKİYE'DE SOSYAL GÜVENLİK KURUMU BÜTÇESİ VE SOSYAL GÜVENLİK AÇIKLARI

## THE BUDGET OF SOCIAL SECURITY INSTITUTION AND THE SHORTAGE OF SOCIAL SECURITY IN TURKEY

Muhammed Sabır FIRAT\*

**Özet:** Bu çalışmada Türkiye'de Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) Bütçesi ve Sosyal Güvenlik Açıkları incelenmiş olup; Bütçe, Sosyal Güvenlik Kurumu ve Bütçesi, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Güvenlik Açıkları hakkında malumat verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Bütçe, Sosyal Güvenlik Kurumu, SGK Bütçesi, Sosyal Güvenlik, Sosyal Güvenlik Açıkları

**Abstract:** This study examines the budget of Social Security Institution in Turkey and the shortage of Social Security. In addition to this, it gives information about Budget, Social Security Institution and its budget, Social Security and the shortage of Social Security.

**Keywords:** Budget, Social Security Institution, The Budget of Social Security Institution, Social Security, The Shortage of Social Security

## I. Sosyal Güvenliğin Tanımı ve Türkiye'de Sosyal Güvenlik

### A. Sosyal Güvenlik

Sosyal güvenlik, sosyal politika uygulamaları ve kişilerin karşı karşıya kalmış oldukları sosyal riskler nedeniyle ortaya çıkan bir olgudur.

Bireyler yaşamları boyunca gelir kayıplarına uğramalarına yol açabilecek sosyal risklerle sık sık karşılaşabilmekte hatta bazen de vücut ve ruh sağlığı için çok büyük harcamalar yapmaktadırlar. Tarih boyunca aile içi yardımlaşma, bireysel tasarruf, dinsel yardımlar ve

\* Avukat, Ankara Barosu, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi



çevresel dayanışma gibi geleneksel koruma teknikleri ile sosyal güvenlik sağlanmaya çalışılmıştır.<sup>1</sup>

Bir toplumda kişisel birikimler ile toplumsal katkılardan ya da sadece kamusal veya toplumsal fonlardan oluşturulan kaynaklardan yapılan sosyal içerikli, aynı ve nakdi her türlü ödeme ve yardımlar “sosyal güvenlik” olarak adlandırılır. Sosyal güvenlik, “sosyal yardımlar”, “sosyal hizmetler” ve “sosyal sigortalar” adı altındaki organizasyonlarla yürütülür ve toplumun belirli koşullardaki ve belirli niteliklerdeki kesimlerini kapsar.<sup>2</sup>

Sosyal güvenlik; mesleki, fizyolojik ve sosyo-ekonomik herhangi bir riske mazur kalması sonucu, çalışma ve gelir elde etme olanağından geçici veya sürekli olarak yoksun bulunan bireye, insan onuruna yakışır biçimde yaşamını devam ettirebilmesini sağlayan önlemlerin ve katkıların bütünü olarak da tanımlanabilir.<sup>3</sup>

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün yaptığı tanımlamaya göre sosyal güvenlik, halkın hastalık, işsizlik, yaşlılık, ölüm sebebiyle geçici veya sürekli olarak kazançtan yoksun kalması durumunda düşeceği yoksulluğa karşı, çocuk sayısının artması ve analık halinde korunmasına ilişkin alınması gereken önlemler sistemidir.<sup>4</sup>

Sosyal Güvenlik kavramı, gelir dağılımını ve/veya gelirin dağılımını değiştirerek belli bir gelirden sağlanan tatmini artıran ve bu sayede toplum hayatında fertler ile sosyal guruplar arasında çıkabilecek çatışmaları ve huzursuzlukları önleyerek sosyal hayatın devamlılığını ve bütünlüğünü sağlamaya yönelik tedbirler ağı ve politikalar demeti olarak tarif edilebilir.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Ahmet Zunluoğlu, Sosyal Güvenlik Reformu Bağlamında Sosyal Güvenlik Kurumu’nun Yönetimine, Yapısına, Aktüeryal Duruma Yönelik Değerlendirmeler, Yüksek Lisans Tezi, Turgut Özal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s.6.

<sup>2</sup> T.C. Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, Genel Rapor, 2000, “Sosyal Güvenlik Kuruluşları”, s.29, (<http://www.sayistay.gov.tr/rapor/kamu/Kamu%20%C4%B0%C5%9Fletmeleri%202000%20Y%C4%B1%C4%B1%20Genel%20Raporu.pdf>, E.T.: 06.02.2016).

<sup>3</sup> Age.

<sup>4</sup> A.Can Tuncay - Ömer Ekmekçi, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Legal Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2009, s.3.

<sup>5</sup> Alper Yusuf, Türkiye’de Sosyal Güvenlik (Sosyal Sigortalar), Ekin Kitap, 4.Baskı, s.3.

Başka bir ifadeyle insanları, her insan için ortaya çıkması olası ve kaçınılmaz olan sosyal risklerin zararlı etkilerine karşı koruyarak onları ve aile bireylerini yoksulluğun ve muhtaçlığın pençesinden kurtarmak ve gelecek endişesinden uzaklaştırmaktır.<sup>6</sup>

Sosyal güvenliğin amacı kısaca, toplumda yaşayan her kesimi hiçbir ayırım gözetmeksizin hayatın çeşitli sosyal risklerine karşı, ekonomik güvence altına alarak yarının endişesinden kurtarmaya, toplumda yoksul ve muhtaç insanlara yardım ederek onlara insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamaya çalışmaktır.<sup>7</sup>

## B. Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sistemi

Günümüz dünyasında tüm ülkelerin belirli bir sosyal güvenlik sistemi mevcuttur. Türkiye’de Anayasa hükümleri gereği devletin en önemli görevlerinden biri sosyal devlet olmanın gereklerini yerine getirmektir.

Türkiye’de sosyal güvenlik ile ilgili atılan ilk adım 1936 tarihli İş Yasası yürürlüğe girerek sosyal sigortaların temel ilkelerini pozitif düzenlemeye kavuşturmuştur.

Türkiye’de sosyal güvenlik hakkı, ilk kez 1961 Anayasası’nın 48. maddesinde yer alan “Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Bu hakkı sağlamak için sosyal sigortalar ve sosyal yardım teşkilatı kurma ve kurdukları devletin ödevlerindedir” İfadesi ile anayasal hak olarak düzenlenmiştir.

1982 Anayasası’nın 60’ıncı maddesinde ise; “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” hükmüne yer verilmiştir.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu yürürlüğe girene kadar, Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu, BAĞ-KUR, Vakıf statüsündeki Sandıklar ülkenin sosyal güvenlik sistemini oluşturmaktaydı. Son düzenleme ile bu kurumlar 5502 sayılı kanunla tek çatı altında Sosyal Güvenlik Kurumu’nda toplanmıştır. Bu reformla sigorta hak ve yükümlülüklerinin eşitlendiği, mali olarak sürdürülebilir tek bir emeklilik ve sağlık sigortası sisteminin kurulması öngörülmüştür.

<sup>6</sup> Ali Acar, Sosyal Politika, Dizgi Ofset Yayınları, Konya, 2006, s.244.

<sup>7</sup> Tuncay - Ekmekçi, age,.

5502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile sosyal sigorta sistemi iki temele oturtulmuştur. Bunlar Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu'dur.

### C. Sosyal Güvenlik Kurumu Yapısı ve Kanunu

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu; Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kuruluş, teşkilât, görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla düzenlenmiştir. Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı, BAĞ-KUR Genel Müdürlüğü ve T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü; 20.06.2006 tarihli ve 26173 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı (Kurum) çatısı altında toplanmıştır.

Sosyal Güvenlik Kurumu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili kuruluşu olup, 5502 sayılı Kanun'a göre merkezi Ankara'da olan, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali açıdan özerk, 5502 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabi bir kamu idaresidir ve Sayıştay'ın denetimine tâbidir.

Kurumun görevleri ise 5502 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sayılmıştır:

- a) Ulusal kalkınma strateji ve politikaları ile yıllık uygulama programlarını dikkate alarak sosyal güvenlik politikalarını uygulamak, bu politikaların geliştirilmesine yönelik çalışmalar yapmak.
- b) Hizmet sunduğu gerçek ve tüzel kişileri hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirmek, haklarının kullanılmasını ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak.
- c) Sosyal güvenliğe ilişkin konularda; uluslararası gelişmeleri izlemek, Avrupa Birliği ve uluslararası kuruluşlar ile işbirliği yapmak, yabancı ülkelerle yapılacak sosyal güvenlik sözleşmelerine ilişkin gerekli çalışmaları yürütmek, usûlüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaları uygulamak.
- c) Sosyal güvenlik alanında, eğitim, araştırma ve danışmanlık faaliyetleri yapmak ve yaptırmak, kamu idareleri arasında koordinasyon ve işbirliğini sağlamak.

d) Bu Kanun ve diğer kanunlar ile Kuruma verilen görevleri yapmak.”

Sosyal Güvenlik Kurumu, vatandaşlara doğumundan ölümüne kadar, hatta ölümünden sonra da hak sahiplerine sağlık, sigorta ve sosyal yardım alanlarında, “Kaliteli, adil, kolay erişilebilir, insan odaklı hizmet veren, aktüeryal ve mali açıdan sürdürülebilir bir sosyal güvenlik sistemini yürütmek ve geliştirmek” misyonu doğrultusunda hizmetleri sunmaktadır.

Tüm bu hizmetler 5502 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesine göre belirlenen Genel Kurul, Yönetim Kurulu ve Başkanlık organları ile gerçekleştirilmektedir.

Başkanlık teşkilatı, merkez ve taşra teşkilat olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Merkez teşkilat ise ana hizmet birimleri ile danışma ve yardımcı hizmet birimlerinden meydana gelmektedir.<sup>8</sup> Başkanlığın taşra teşkilatı; her ilde kurulan sosyal güvenlik il müdürlükleri ile sosyal güvenlik il müdürlüklerine bağlı olarak kurulacak sosyal güvenlik merkezlerinden oluşur.<sup>9</sup>

## II. Bütçe

### A. Bütçe Tanımı ve Tarihsel Gelişimi

Bütçe kavramı, Latince kökenli bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Latince kökü “Bulga” kelimesidir. Zamanla Fransızca da “Bouge”, “Boquette” ve 17. yüzyılda İngilizce de “Budget” şeklinde kullanılmaya ve bugünkü biçimiyle anlaşılmaya başlanmıştır. “Budget” kelimesi dünyada yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır.<sup>10</sup>

Latince para torbası, küçük deri çanta, çekmece, kamu cüzdanı gibi karşılıkları bulunan kelime bugün ise, devletin gelecek bir döneme ilişkin gelir ve gider tahminlerinin yer aldığı, bunların yürütülüp uygulanması için parlamentonun hükümete yetki ve izin verdiği bir kanun olarak anlaşılmaktadır.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, m.8-9.

<sup>9</sup> 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu m.57/1.

<sup>10</sup> Cumhur Dülger - Tayfun Moğol - Tufan Çakır - Ahmet Burçin Yereli - Özhan Çetin-kaya, Devlet Bütçesi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 1. Baskı, 2012, s.4.

<sup>11</sup> Kamil Tüğen, Devlet Bütçesi, Anadolu Matbaacılık, İstanbul, 1999, s.1.

Bütçe, devlet veya diğer kamu kuruluşlarının yıllık gelir ve giderlerini gösteren ve gelirlerin elde edilip harcamaların yapılmasına izin ve yetki veren bir kanundur. Devlete verilen bütçe hakkı, demokratik sisteme geçişle paralellik gösterir. Halkı temsil edenlerin, halk adına hangi faaliyetleri, ne kadar harcamada bulunarak yapacaklarını ve ne kadar gelir elde edeceklerini, tahmini olarak yıllık bütçede belirlerler.<sup>12</sup>

Bütçe, kamu ekonomisinin konusu olan kamu mal ve hizmetleri üretiminin finansman aracıdır. Bu nedenle de, piyasa ekonomisinin karşılayamadığı ihtiyaçlar için kamu kesimi bu nitelikteki hizmetleri üretir. Yürütme gücünü oluşturan kurum ve daireler, yasama organınca onaylanmış olan bütçelerde belirtilmiş ödenekleri kullanarak söz konusu hizmetleri üretir ve bunun gerektirdiği gelirleri toplar. Yargı organları da, bütçeye ilişkin olarak kamu yönetimi birimleri, kamu görevlileri ve yurttaşlar arasında ortaya çıkan hukuksal anlaşmazlıkları çözer ve karara bağlar.<sup>13</sup>

Klasik anlamda bütçe şöyle tanımlanabilir; Devlet bütçesi kamu kurum ve kuruluşlarının, belirli bir dönem için gelir ve giderlerini tahmin eden, bunların uygulanmasına önceden izin veren hukuki bir dokümandır.<sup>14</sup>

Bütçenin tarihi gelişiminde, dünyada bütçe hakkı konusunda örnek olan ilk ülke İngiltere'dir. Fransa'da halk, bütçe hakkını 18. yüzyılda kazanmış ve bütçe hakkı kanunlarla koruma altına alınmıştır. ABD'de ise diğer ülkelerden farklı olarak bütçe hakkı, bağımsızlık hareketinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır.<sup>15</sup>

Fransa'da 1789 Fransız İhtilali sonrasında, ilk defa vergi hakkı gerçekleşmiş ve 1791 yılında bütçe hakkı ilk defa anayasaya girmiştir.

<sup>12</sup> AYTEKİN AKSOY, Türkiye'de Bütçe Açıklarının Enflasyon, Büyüme ve Faiz Üzerine Etkileri: Türkiye Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2010, s.3.

<sup>13</sup> ENGİN ATAÇ - NİHAT FALAY - ÖMER FARUK BATIREL - GÜLAY COŞKUN - TAYFUN MOĞOL, Devlet Bütçesi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 7. Baskı, 2011, s.3.

<sup>14</sup> DÜLGER - MOĞOL - ÇAKIR - YERELİ - ÇETİNKAYA, age., s.4.

<sup>15</sup> AHMET CEMİL KURNAZ, Kamuda Performans Esaslı Bütçe Uygulama Sonuçlarının Değerlendirilmesi ve Bu Çerçeve de Part (Program Assessment Rating Tools) Sisteminin İncelenmesi, Yayınlanmamış Mesleki Uzmanlık Tezi, Ankara, 2010, s.31.

1831'den sonra bütçe ödeneklerinin bölümler itibariyle onaylanması ilkesi getirilmiştir.<sup>16</sup>

Türkiye'de ilk kez Tanzimat döneminde dilimize giren bütçe kelimesi daha önce "Muvazene-i Umumiye Lahiyyası" veya "Muvazene Defteri" adıyla kullanılmış ve Cumhuriyet döneminde ilk defa Teşkilatı Esasiye Kanunu'nda 1924 Anayasası'nda bütçe terimine yer verilmiştir.<sup>17</sup>

Türkiye'de bütçe hakkı ilk defa Osmanlı İmparatorluğu döneminde 1876 tarihli Anayasa ile kabul edilmiş olmakla birlikte bu hükümler hayata geçirilememiştir. Bütçe, devlet hayatına 1908 yılında II. Meşrutiyetle girmiştir.<sup>18</sup>

1924 Anayasası'nda Meclis'e giderleri belirleme, gelir ve malların kullanılmasına izin verme gibi haklar verilerek bütçe hakkının gelişmesi sağlanmıştır.

1927 yılında kabul edilen 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu ile ilk defa bütçe kavramı tanımlanmış, bütçenin hazırlanması ve uygulanmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden sonra 1961 ve 1982 Anayasa'larında da mali hükümlere yer verilmiş ve bütçeye ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler içinde ilk defa 1961 Anayasası'nda bütçe kelimesi tam anlamıyla bütçe hakkına yer verilmiştir.<sup>19</sup>

1982 Anayasası'nda ise bütçeyle ilgili hükümlerin, ilkelerin ve parlamentoya verdiği sorumlulukların çok fazla değişiklik göstermeden kabul edildiği görülmektedir.

Bütçe ve bütçe hakkının gelişimi Türkiye'de diğer ülkelerden geç olmakla birlikte tamamlandığı görülür.

<sup>16</sup> Ataç - Falay - Batrel - Coşkun - Moğol, age., s.19.

<sup>17</sup> Aydın Eğilmez, Üniversitelerde Performans Esaslı Bütçeleme, Mali Hizmetler Uzmanlığı Araştırma Raporu, İzmir, 2012, s.3.

<sup>18</sup> Ahmet Cemkut Badem, Türk Bütçe Sistemi İçinde Belediye Muhasebesi ve Bir Uygulama, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, s.11.

<sup>19</sup> Kurnaz, age., s.33.

## B. Bütçe Çeşitleri

Bütçeler kuramsal olarak; çeşitli nitelikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle farklı sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Genel yönetim kapsamındaki idarelerin bütçeleri; merkezi yönetim bütçesi, sosyal güvenlik kurumları bütçeleri ve mahalli idareler bütçeleri olarak hazırlanmakta ve uygulanmaktadır.

Merkezi Yönetim Bütçesi; 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na göre, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluşur;

Genel bütçe; Devlet tüzel kişiliğine dâhil olan ve 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir. Türkiye' de genel bütçe; yasama, yürütme ve yargı erklerinin bütçesi anlamına gelmektedir. Genel bütçeli idareler, devletin merkezden yönetim esasına göre yürüttüğü tüm kuvvetleri kullanan idarelerdir.<sup>20</sup>

Özel bütçe; bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlere harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen ve 5018 sayılı Kanun'a ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir. Özel bütçeli idareleri belirten cetvel incelendiğinde iki gruptan oluştuğu görülmektedir. Birinci grupta, yükseköğretim kurulu, üniversiteler ve ileri teknoloji enstitüleri bulunmaktadır. İkinci grupta ise, özel bütçeli diğer idareler yer almaktadır.<sup>21</sup>

Düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi; özel kanunlarla kurul, kurum veya üst kurul şeklinde teşkilatlanan ve 5018 sayılı Kanun'a ekli (III) sayılı cetvelde yer alan her bir düzenleyici ve denetleyici kurumun bütçesidir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlara örnek olarak; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Kamu İhale Kurumu, Rekabet Kurumu verilebilir.

<sup>20</sup> Ataç - Falay - Batırel - Coşkun - Moğol, age., s.130.

<sup>21</sup> Türkan Kavas, Devlet Muhasebesinde Bütçenin Önemi ve Bütçe Hesaplarının İşleyişi, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.68.



Sosyal Güvenlik Kurumu Bütçesi; Sosyal güvenlik hizmeti sunmak üzere, kanunla kurulan ve 5018 sayılı Kanun'a ekli (IV) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir. Bu kurumlar; Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü'dür.

Mahalli İdare Bütçesi; Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na göre mahalli idare kapsamındaki kamu idarelerinin bütçesidir.<sup>22</sup> 5018 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine göre Mahalli idare, yetkileri belirli bir coğrafi alan ve hizmetlerle sınırlı olarak kamusal faaliyet gösteren belediye, il özel idaresi ile bunlara bağlı veya bunların kurdukları veya üye oldukları birlik ve idarelerden oluşmaktadır. Mahalli idareler arasında en geniş uygulama alanına sahip birimler belediyelerdir. İl özel idareleri ise büyük ölçüde belediye sınırları dışına taşan hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla kurulmuş idarelerdir. Köyler ise en küçük yerel yönetim birimleridir. Mahalli idarelerin gelir kaynakları devlet bütçesinden aldıkları vergi payları ve kendi öz gelirleridir. Mahalli idarelerin gelirlerinin yaklaşık yarısından fazlası genel bütçe vergi gelirlerinden verilen paylardan oluşmaktadır. Mahalli idarelerin geri kalan gelirleri vergi dışı gelirlerinden ve faktör gelirlerinden oluşmaktadır.<sup>23</sup>

### C. Bütçe ve Denetim

Bütçe, belirlenmiş hedef ve politikalar doğrultusunda bazı görevleri yerine getirmek durumundadır. Toplum hayatı içinde yer alan her kurum gibi bütçenin de fonksiyonları bulunmaktadır. Bunlardan biri de denetimdir.

Bütçenin klasik fonksiyonlarından olan denetim fonksiyonunun amacı, devletin bütün mali işlemlerinin denetlenmesidir. Böylece, bütçede tahmin edilen gelir ve gider rakamları ile dönem sonunda gerçekleşen rakamlar arasında bir karşılaştırma yapma olanağı sağlanmış olur. Bütçenin tahminleri yürütme organı tarafından yapılırsa da, yasama organı bu tahminleri görüşüp onaylar.

Parlamentar demokrasilerde millet adına hareket eden meclislerin

<sup>22</sup> 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, m.12.

<sup>23</sup> Dülger - Moğol - Çakır - Yereli - Çetinkaya age., s.71.

onayı alınmaksızın ülke çapında herhangi bir kamu hizmetinin yapılması, kamu hizmetleri hizmetleri ve kamu gelirlerinin bileşiminin belirlenmesi mümkün değildir.<sup>24</sup>

Bütçenin denetimi, harcamaların hukuka uygun olup olmadığı üzerinde durmuştur. Harcamalar neticesinde ne gibi sonuçlar ortaya çıktığı, hizmetlerin gerektiği gibi yapılıp yapılmadığı dikkate alınmamıştır. Yani harcamaların etkinlik ve verimlilik denetimi sağlanamamıştır.<sup>25</sup>

Üst yöneticiler ve bütçeyle ödenek tahsis edilen harcama yetkililerince, hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, her yıl faaliyet raporu hazırlanır. Üst yönetici, harcama yetkilileri tarafından hazırlanan birim faaliyet raporlarını esas alarak, idaresinin faaliyet sonuçlarını gösteren idare faaliyet raporunu düzenleyerek kamuoyuna açıklar. Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri ve sosyal güvenlik kurumları, idare faaliyet raporlarının birer örneğini Sayıştay'a ve Maliye Bakanlığı'na gönderir.<sup>26</sup>

Bütçenin denetlenmesi idari, yasama ve yargı olmak üzere üç türdür. İdari denetleme Maliye Bakanlığı tarafından yürütme adına yapılır. Yargı denetimi TBMM adına, hem uygulama sırasında hem de uygulamadan sonra bir hesap mahkemesi olan Sayıştay tarafından yapılır. Yasama denetimi ise TBMM'nin kendisi tarafından uygulama sırasında soru, genel görüşme, meclis soruşturması, meclis araştırması ve gensoru yolları ile ve uygulamadan sonra Kesin Hesap Kanun Tasarısının müzakere edilip onaylanması ile yapılır.

Türkiye'deki uygulamalarda bütçeye ait hesaplar yönetim dönemi hesabı tutan saymanlarca, sonra kesin hesabı tutan bakanlık saymanlarınca, en sonunda hazine hesabı tutan Muhasebat Genel Müdürlüğü'nce izlenir. Bütçe denetiminde meclis üstünlüğünü söz konusudur. Yani bütçe kanunuyla meclisin yürütme erkine devrettiği yetkinin çeşitli süzgeçlerden geçirilerek kayıtlara intikal ettirilmesi ve

<sup>24</sup> Erkan Kılıçer, Çok Yıllı Bütçeleme Sistemi ve Türkiye Değerlendirmesi, Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s.5.

<sup>25</sup> Hasan Beynam, Türkiye'de Performans Esaslı Bütçeleme Uygulamasının Etkinleştirilmesi: Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s.9.

<sup>26</sup> 5018 sayılı Kanun, 41. Madde.

en sonunda kesin kararı vermek üzere meclisin bilgisine sunulması biçiminde gelişir. Bütçe uygulamaları bir safhada tek düze olarak değil, çok yönlü olarak denetlenmektedir.

### III. Sosyal Güvenlik Kurumu Bütçesi

Sosyal güvenlik kuruluşları; kişileri iradeleri dışında uğradıkları fiziki ve iktisadi tehlikelerin zararlarından kurtarmak veya bu tehlikelerin zararlarını azaltmak, kişiye bu zararlar karşılığında insanlık onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamak amacıyla sosyal devlet ilkeleri gereğince kurulmuş kamu kuruluşlarıdır.<sup>27</sup>

5018 sayılı Kanun'a göre, Sosyal güvenlik kuruluşlarının bütçeleri kendi yetkili organlarınca düzenlenip onaylanarak yürürlüğe girer. Bütçeler mali yılbaşından itibaren yürürlüğe girer.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 20'nci maddesine göre; sosyal güvenlik kurumları ayrıntılı finansman programlarını hazırlar ve harcamalarını bu programa uygun olarak yaparlar.

2002 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun giderleri 27 milyar 982 milyon TL gelirleri ise 20 milyar 018 milyon TL olarak gerçekleşmiştir. 2002 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu bütçe açığı toplam 7 milyar 964 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığının 2002 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 2,27 olarak gerçekleşmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu açığının Kurum bütçesine oranı 2002 yılında yüzde 28,46 olarak gerçekleşmiştir.<sup>28</sup>

2003 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun giderleri 41 milyar 336 milyon TL gelirleri ise 27 milyar 917 milyon TL olarak gerçekleşmiştir. 2003 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu bütçe açığı toplam 13 milyar 420 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığının 2003 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 2,95 olarak gerçekleşmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu açığının Kurum bütçesine oranı 2003 yılında yüzde 32,46 olarak gerçekleşmiştir.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Dülger - Moğol - Çakır - Yereli - Çetinkaya, age., s.70.

<sup>28</sup> T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 2016 yılı Bütçe Sunuş Konuşması, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, s. 45, Tablo:12.

<sup>29</sup> age.

2004 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun giderleri 50 milyar 622 milyon TL gelirleri ise 34 milyar 689 milyon TL olarak gerçekleşmiştir. 2004 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu bütçe açığı toplam 15 milyar 932 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığının 2004 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 2,85 olarak gerçekleşmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu açığının Kurum bütçesine oranı 2004 yılında yüzde 31,47 olarak gerçekleşmiştir.<sup>30</sup>

2005 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun giderleri 59 milyar 941 milyon TL gelirleri ise 41 milyar 249 milyon TL olarak gerçekleşmiştir. 2005 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu bütçe açığı toplam 18 milyar 692 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığının 2005 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 2,88 olarak gerçekleşmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu açığının Kurum bütçesine oranı 2005 yılında yüzde 31,18 olarak gerçekleşmiştir.<sup>31</sup>

2006 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun giderleri 71 milyar 867 milyon TL gelirleri ise 53 milyar 831 milyon TL olarak gerçekleşmiştir. 2006 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu bütçe açığı toplam 18 milyar 037 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığının 2006 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 2,38 olarak gerçekleşmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu açığının Kurum bütçesine oranı 2006 yılında yüzde 25,10 olarak gerçekleşmiştir.<sup>32</sup>

2007 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun giderleri 81 milyar 915 milyon TL gelirleri ise 56 milyar 875 milyon TL olarak gerçekleşmiştir. 2007 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu bütçe açığı toplam 25 milyar 041 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığının 2007 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 2,97 olarak gerçekleşmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu açığının Kurum bütçesine oranı 2007 yılında yüzde 30,57 olarak gerçekleşmiştir.<sup>33</sup>

2008 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun giderleri 93 milyar 159 milyon TL gelirleri ise 67 milyar 257 milyon TL olarak gerçekleşmiştir. 2008 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu bütçe açığı toplam 25 milyar 902 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığı-

---

<sup>30</sup> age.

<sup>31</sup> age.

<sup>32</sup> age.

<sup>33</sup> age.

nın 2008 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 2,72 olarak gerçekleşmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu açığının Kurum bütçesine oranı 2008 yılında yüzde 27,80 olarak gerçekleşmiştir.<sup>34</sup>

2009 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun giderleri 106 milyar 775 milyon TL gelirleri ise 78 milyar 073 milyon TL olarak gerçekleşmiştir. 2009 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu bütçe açığı toplam 28 milyar 703 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığının 2009 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 3,01 olarak gerçekleşmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu açığının Kurum bütçesine oranı 2009 yılında yüzde 26,88 olarak gerçekleşmiştir.<sup>35</sup>

2010 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun giderleri 121 milyar 997 milyon TL gelirleri ise 95 milyar 273 milyon TL olarak gerçekleşmiştir. 2010 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu bütçe açığı toplam 26 milyar 724 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığının 2010 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 2,43 olarak gerçekleşmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu açığının Kurum bütçesine oranı 2010 yılında yüzde 21,91 olarak gerçekleşmiştir.<sup>36</sup>

2011 yılında sağlık ve emeklilik dâhil olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu'nun giderleri toplam 140.715 milyon TL olmuştur. Kurumun gelirleri ise toplam 124.480 milyon TL olarak gerçekleşmiştir.<sup>37</sup> 2011 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu bütçe açığı toplam 16.235 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığının 2011 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 1,3 olarak gerçekleşmiştir.<sup>38</sup>

2012 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun giderleri 160 milyar 223 milyon TL gelirleri ise 142 milyar 929 milyon TL olarak gerçekleşmiştir.<sup>39</sup> 2012 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu bütçe açığı toplam 17 milyar 295 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığının 2012 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 1,2 olarak gerçekleşmiştir.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> age.

<sup>35</sup> age.

<sup>36</sup> age.

<sup>37</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu 2011 Yılı Faaliyet Raporu.

<sup>38</sup> Merkezi Yönetim Kapsamındaki İdareler, Sosyal Güvenlik Kurumları ve Mahalli İdareler 2011 Yılı Genel Faaliyet Raporu, Maliye Bakanlığı, Haziran 2012, s.58.

<sup>39</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu 2012 Yılı Faaliyet Raporu, s.144.

<sup>40</sup> 2012 Yılı Genel Faaliyet Raporu, Maliye Bakanlığı.

Sosyal Güvenlik Kurumu 2013 yılı bütçesinde KBÖ (Kullanılabilir Bütçe Ödenekleri) 181,283,297,000.00 TL, Harcama ise 178,040,300,889.44 TL'dir.<sup>41</sup>

Sosyal Güvenlik Kurumu 2014 yılı bütçesinde ise KBÖ 201,596,930,000.00 TL, Güncel Harcama 196,818,400,191.81 TL, Yıl Sonu Harcama Tahmini 204,271,294,076.70 TL olarak belirlenmiştir.<sup>42</sup>

Sosyal Güvenlik Kurumu 2015 yılı Mali Bütçe Kararı'na bağlı Ödenek Cetvelinde gösterildiği üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına 2015 yılı için 223.337.547.000.00 TL ödenek verilmiştir.<sup>43</sup> Bütçe Gelirleri Cetvelinde gösterildiği üzere Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2015 yılı gelirleri 205.218.940.000.00 TL olarak tahmin edilmiştir.<sup>44</sup>

Gider ile gelir arasında açık meydana geldiğinden; Bu Kararın 1. maddesinde belirtilen ödenekler toplamı ile 2. maddesinde yer alan tahmini gelirler toplamı arasındaki 18.118.607.000.00 TL fark Hazine'den karşılanır.

2015 yılı bütçesinde;

- Genel Kamu Hizmetlerine 618,942,000.00 TL,
- Sağlık Hizmetlerine 57,265,614,000.00 TL,
- Sosyal Güvenlik ve Sosyal Yardım Hizmetlerine 165,452,991,000.00 TL ayrılmıştır.<sup>45</sup>

Sosyal Güvenlik Kurumu 2015 yılı bütçesinde;

- Personel Giderlerine 1,180,135,000.00 TL,
- Sosyal Güvenlik Kurumlarına Devlet Primi Giderlerine 198,153,000.00 TL,
- Mal ve Hizmet Alım Giderlerine 1,160,278,000.00 TL,
- Faiz Giderlerine 40,000.00 TL,

<sup>41</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu 2015 yılı Mali Bütçe Kararı Fonksiyonel Sınıflandırmaya Göre Ödenek Teklifleri İcmali (Birinci Düzey).

<sup>42</sup> Age.

<sup>43</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu 2015 yılı Mali Bütçe Kararı 1. maddesi.

<sup>44</sup> Age., 2. maddesi.

<sup>45</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu 2015 yılı Mali Bütçe Kararı Fonksiyonel Sınıflandırmaya Göre Ödenek Teklifleri İcmali (Birinci Düzey).

- Cari Transferlere 220,489,941,000.00 TL,
- Sermaye Giderlerine 294,000,000.00,
- Borç Verme'ye 15,000,000.00 TL ayrılmıştır.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2015 yılı sonu itibarıyla giderleri 231 milyar 546 milyon TL gelirleri ise 220 milyar 102 milyon TL olarak gerçekleşmiştir. 2015 yılı açığı ise toplam 11 milyar 444 milyon TL olmuştur. Bu çerçevede, Sosyal Güvenlik Kurumu açığının 2015 yılında GSYH'ye oranı yaklaşık yüzde 0,58 olarak gerçekleşmiştir<sup>46</sup>.

2016 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu gelirlerinin 265 milyar 113 milyon TL, giderlerinin 276 milyar 422 milyon TL, finansman açığının ise 11 milyar 309 milyon TL olarak gerçekleşmesi beklenmektedir<sup>47</sup>.

Sosyal Güvenlik Kurumu 2017 bütçesini 263.890.381.000,00 TL olarak tahmin etmektedir.<sup>48</sup>

#### IV. Sosyal Güvenlik Açıkları

Sağlıklı bir sosyal güvenlik sisteminin kurulabilmesi ve kendinden beklenen hizmeti verebilmesi için sistemin sağlam bir finansmana sahip olması gerekmektedir. Sosyal güvenliğin finansmanı konusunda başlıca üç kaynaktan söz edilmektedir. Bunlar, primler, vergiler ve karma bir sistem olan prim ve vergilerdir.

Türkiye'de her ne kadar çeşitli finansman yöntemleri uygulansa da zamanla giderler gelirleri aşmış ve sistem açık vermeye başlamıştır.

Türkiye'deki sosyal güvenlik açıklarının nedenlerini çok sayıda başlıkta inceleyebiliriz. Sosyal güvenlik açıklarının nedenleri olarak;

- aktif/pasif oranı düşüklüğü,
- kayıt dışı istihdam,
- işgücüne katılım oranının düşüklüğü,

<sup>46</sup> T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 2016 yılı Bütçe Sunuş Konuşması, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu, s. 45.

<sup>47</sup> age.

<sup>48</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu 2015 yılı Mali Bütçe Kararı Fonksiyonel Sınıflandırmaya Göre Ödenek Teklifleri İcmali (Birinci Düzey).



- katılım gelirlerinin yetersizliği,
- siyasi müdahaleler,
- denetim yetersizliği,
- kurumsal yapılanma,
- prim tahsilatı oranlarının yetersiz olması,
- prim afları,
- sigortalının ilgili kuruma hiç bildirilmemesi,
- kaçak işçilik,
- çocuk işçiler,
- sigortalının çalışma süresinin eksik bildirilmesi gibi birbiriyle bağlı, bağımlı ve içselleşmiş durumlardan bahsedebiliriz.<sup>49</sup>

Sosyal güvenlik açıklarının nedenleri olarak yukarıda belirtilen ana nedenler dışında birçok neden sıralayabiliriz. Bunlardan bazıları; borçlanma yasalarının çıkarılması, kurumsal yapılanmanın hantallığı, çalışanların gerçek ücretlerinin kuruma daha düşük bildirilmesi vb. şeklinde sıralanabilir.<sup>50</sup>

Devletin sosyal güvenlik sistemini işletmesi ekonomik bir faaliyettir ve mali yapıya etkisi kaçınılmazdır. Sosyal güvenlik açıkları özellikle makroekonomik büyüklükler üzerinde etkili olmaktadır. Bu bağlamda sosyal güvenlik açıklarının mali etkileri borçlanma, bütçe, GSMH ve gelir dağılımı üzerindeki etkileri söz konusudur.<sup>51</sup>

Sosyal Güvenlik Kuruluşlarının kendilerine mahsus özel gelirleri bulunmaktadır. Ancak bu kuruluşların gelirleri giderlerini karşılamaya yetmemektedir. Ortaya çıkan açık merkezi hükümet bütçesinden yapılan transferlerle karşılanmaktadır.

Ülkemizde sosyal güvenlik kurumlarının mali dengelerinin bo-

<sup>49</sup> Hüseyin Yıldırım, Türkiye'de 2012'den Günümüze Kayıt Dışı Ekonominin Sosyal Güvenlik Kurumu Açıkları Üzerindeki Etkilerinin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2012, s.70.

<sup>50</sup> Yıldırım, age., s.73.

<sup>51</sup> Tülin Canbay - Müslim Demir, "Türkiye' de Sosyal Güvenlik Açıkları ve Sosyal Güvenlik Ahlakı", Yönetim ve Ekonomi, Celal Bayar Üniversitesi İ.İ.B.F., Yıl:2013, Cilt:20, Sayı:2, Manisa, s.307.

zulmasıyla birlikte bu kuruluşlara bütçeden transfer yapılması söz konusu olmuştur. Bütçeden transfer yapılarak açık kapatılmaya çalışılmaktadır. Son yıllarda, sigortalı sayısındaki yükselme ile paralel prim artışına karşın prim teşviki, devlet katkısı gibi ilave kalemlerin de etkisiyle bütçeden SGK' ya yapılan sosyal transferler yükselmiştir. Ayrıca kayıt dışılık bütçe açısından önemli ölçüde vergi kaybına da neden olan bir faktördür. Çünkü Kayıt dışı kesim aynı zamanda vergi dışıdır.<sup>52</sup>

Türkiye'deki ve dünyadaki sosyal harcamalar incelendiğinde, sosyal güvenlik harcamaları ile GSMH'deki gelişmeler arasında paralellik olduğu dikkati çekmektedir. GSMH'deki artış ülkenin gelişmişlik düzeyine bağlı olarak sosyal güvenlik harcamaları da artmaktadır. Dünya Bankası'nca yürütülen çalışmalara göre, sosyal güvenliğin yeniden yapılandırılmasına yönelik yeterli önlemler alınmadığı takdirde, sadece emeklilik programlarının finansman açığının GSMH'ye oranının 2020 yılında % 7.6 ve 2050 yılında da %14 seviyesine ulaşacağı tahmin edilmektedir.<sup>53</sup>

Sosyal sigorta sisteminin açıkları, kamu finansman açıklarının da önemli bir nedeni olmakta ve borçlanma yoluyla kapatılmaktadır. Bunun etkisi de bütün topluma, hatta sonraki kuşaklara yansımaktadır. Ülkemizde bütçeden Sosyal Güvenlik Kurumu'nun açıklarını kapatmak için yapılan transferler yıllar itibari ile artan bir seyir izlemiş, milli gelir içindeki payı gitgide artmıştır.<sup>54</sup>

Sosyal güvenlik açıklarının neden olduğu borçlanmadaki artan faiz yüküne paralel olarak, gelir dağılımı yoksul kesim aleyhine değişmektedir. Bütçe içinde hızla artan faiz yükü, gelir dağılımında en altta bulunan kesime yapılması gereken transferlerin yapılmasını engellemektedir. İşgücü piyasalarında artan işsizlik, sosyal güvenlik sistemleri üzerinde önemli baskılara neden olmaktadır.<sup>55</sup>

Bütün çabalara ve denetim faaliyetlerine rağmen sosyal güvenlik kurumu açıklarının önlenmesinde istenen başarı sağlanamamıştır.

<sup>52</sup> Canbay - Demir, age., s.308-309.

<sup>53</sup> Canbay - Demir, age., age. s.309.

<sup>54</sup> Canbay - Demir, age., s.309.

<sup>55</sup> Canbay - Demir, age., s.310.

## V. Sonuç

Türkiye'de Merkezi yönetim bütçesinden sonra en büyük bütçe olan Sosyal Güvenlik Kurumu Bütçesi gelmektedir. 1990'lı yıllardan itibaren sosyal güvenlik sisteminin sorunlarının çoğalmas ve kaynaklarının yetersiz gelmesinden ötürü bütçeden sosyal güvenliğe kaynak aktarılmaya başlanmıştır. Sosyal güvenlik sistemine yapılan transferler, bütçe açığını arttıran ciddi bir faktör olmuştur.

Sosyal Güvenlik Sisteminin mevcut haliyle devam ettirilmesinin mümkün olmadığı anlaşıldığından sistemi iyileştirmeye yönelik yasal düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Sosyal güvenlik açıklarının büyük oranlara ulaşması sonucunda Türkiye'de gerçekleştirilen sosyal güvenlik ıslahatlarının amacı sosyal güvenlik açıklarının kapatılması olmuştur.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte sosyal güvenlik sisteminde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler sonrasında 2009 yılından itibaren açık kapamaya yönelik bütçe transferlerinin GSYİH'ya oranı düşme eğilimine girmiştir.<sup>56</sup>

Sosyal Güvenlik Kurumu açığının GSYH'ye oranı 2002 yılında yüzde 2,27 olarak gerçekleşmiş iken; alınan ekonomik tedbir ve uygulamalar neticesinde bu oran 2015 yılında yüzde 0,58 olarak gerçekleşmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu açığının Kurum bütçesine oranı 2002 yılında yüzde 28,46 iken; bu oran 2015 yılında yüzde 4,94 olarak gerçekleşmiştir.

Sosyal güvenlik reformu ile birlikte çok önemli değişiklikler yapılmasına karşın özellikle kayıt dışı istihdam, işsizlik ve sağlık harcamalarındaki yüksek artış devam etmekte ve bu da sosyal güvenlik açıklarının azalmakla beraber devam edeceği düşünülmektedir.

Sosyal güvenlik sisteminin açığının azaltılması sistemin devamı açısından önem arz etmektedir. Öncelikle sistemin aktif ve pasif den-

<sup>56</sup> Volkan Yılmaz - Nurhan Yentürk, Türkiye'de Sosyal Güvenlik Harcamalarının Uzun Dönemli Analizi Değerlendirme Notu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Çalışmaları Merkezi, Kasım 2015, s.10.

gesinin kurulması gereklidir. Sonuç olarak kayıt dışı istihdamın azaltılması ve toplam istihdamın artırılması yönünde politikaların uygulanmasına devam edilmelidir.

Kayıt dışı istihdama karşı alınan önlemler neticesinde, aktif sigortalı sayısı, 2002 yılında 12 milyon 8 bin iken 2015 yılı Kasım ayı itibarıyla 20 milyon 778 bin'e ulaşmıştır. Pasif sigortalı sayısı ise dosya bazında, 2002 yılında 5 milyon 888 bin iken; 2015 yılı Kasım ayında 10 milyon 660 bin'e ulaşmıştır.

15 Mart 2011 tarihinde, Suriye'de patlak veren kriz dünyanın en büyük nüfus hareketi ve mülteci krizlerinden birine sebep olmuş ve Türkiye'ye üç milyona yakın insan sığınmacı olarak gelmiştir. Ucuz işgücü, sigortasız işçi çalıştırma gibi sebeplerden ötürü Türkiye'ye gelen Suriyelilerin sadece yedi bini kayıtlı çalışmaktadır. Çoğunluğu çocuk 400 bin Suriyeli kayıt dışı, düşük ücretli ve sağlıksız koşullarda istihdam edilmektedir.<sup>57 58</sup> Bu durum ücretlerin düşmesine ve kayıt dışı istihdamın büyümesine neden olmaktadır.

Yüzde doksanı kamp dışında yaşayan ve gelen nüfusun yaklaşık yarısının çalışma hayatına katılabilecek durumda olmasından ötürü Türkiye'deki çalışma mevzuatına bağlı bir şekilde Suriyelilerin de işgücü piyasasına dâhil olması gerekmektedir. Kayıtlı istihdama dâhil olmaları halinde; kayıt dışı istihdam, işgücüne katılım oranının düşüklüğü, sigortalının ilgili kuruma hiç bildirilmemesi, kaçak işçilik gibi sosyal güvenlik açıklarına neden olan sorunlar yeni gelen işgücü açısından ortadan kalkacaktır.

Sosyal güvenlik sistemine dâhil olanlara yönelik kayırmaya mahal vermeyecek şekilde disiplinli bir denetim mekanizması uygulanmalıdır. Denetim hizmetlerinin yaygınlaştırılması, etkinleştirilmesi, sürekliliği sağlanmalıdır.

Prim oranlarının makul bir düzeye çekilerek hem işverenlerin ve

<sup>57</sup> "Suriyelilerin istihdamı EBSO'da tartışıldı", TOBB, 15.06.2016 (E.T.: 03.10.2016; <http://www.tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=6915&lst=Haberler>)

<sup>58</sup> "10 soruda Suriyeli istihdamı", Hürriyet, 12.01.2016 (E.T.: 03.10.2016; <http://www.hurriyet.com.tr/10-soruda-suriyeli-istihdami-40039694>)

hem de çalışanların primlerinin ödenebilir hale gelmesini sağlanmalıdır.

Çalışanlara ve emeklilere yönelik sosyal güvenlik suiistimalleri önlenmelidir. Çalışma hayatına yeni başlayanlara sigorta primi ödemede indirim ve kolaylık sağlanarak sisteme devamı teşvik edilmelidir.

Sosyal devlet anlayışına sahip ülkelerde sosyal güvenlik politikalarının asli önceliğini vatandaşların sağlık hizmetlerine erişebilmeleri ve işsizlik ile yaşlılık durumlarında gelir güvencesine sahip olmaları oluşturur. Bunun içindir ki, sosyal güvenlik açıklarının kapatılması ve bütçe dengesinin tutturulması açısından, emeklilik ve sağlık harcamalarındaki artışın kontrol altına alınmaya çalışılırken vatandaşların gelir - gider dengesini veya hayat kalitesini bozacak etkileri olacak müdahalelerin en az seviyede olması gerekmektedir.

Hükümetlerin değişimi ile sosyal güvenlik politika ve uygulamalarının değiştirilmemesi gerekir. Bunun sağlanması için anayasal boyutta güvence altına alınması düşünülmelidir.

### Kaynakça

- Acar Ali, Sosyal Politika, Dizgi Ofset Yayınları, Konya, 2006.
- Aksoy Aytekin, Türkiye’de Bütçe Açıklarının Enflasyon, Büyüme ve Faiz Üzerine Etkileri: Türkiye Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2010.
- Ataç Engin - Falay Nihat - Batırel Ömer Faruk - Coşkun Gülay - Moğol Tayfun, Devlet Bütçesi, Anadolu Üniversitesi Eskişehir, 7. Baskı, 2011.
- Badem Ahmet Cemkut, Türk Bütçe Sistemi İçinde Belediye Muhasebesi ve Bir Uygulama, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
- Beynam Hasan, Türkiye’de Performans Esaslı Bütçeleme Uygulamasının Etkinleştirilmesi: Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Örneği, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Canbay Tülin - Demir Müslim, “Türkiye’ de Sosyal Güvenlik Açıkları ve Sosyal Güvenlik Ahlakı”, Yönetim ve Ekonomi, Yıl:2013, Cilt:20, Sayı:2, Celal Bayar Üniversitesi İ.İ.B.F, Manisa.
- Dülger Cumhur - Moğol Tayfun - Çakır Tufan - Yereli Ahmet Burçin - Çetinkaya Özhan, Devlet Bütçesi, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 1. Baskı, 2012.

- Eğilmez Aydın, "Üniversitelerde Performans Esaslı Bütçeleme", Mali Hizmetler Uzmanlığı Araştırma Raporu, İzmir, 2012.
- Kavas Türkan, Devlet Muhasebesinde Bütçenin Önemi ve Bütçe Hesaplarının İşleyişi, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Kılıçer Erkan, Çok Yıllı Bütçeleme Sistemi ve Türkiye Değerlendirmesi, Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Kurnaz Ahmet Cemil, Kamuda Performans Esaslı Bütçe Uygulama Sonuçlarının Değerlendirilmesi ve Bu Çerçevede Part (Program Assessment Rating Tools) Sisteminin İncelenmesi, Yayınlanmamış Mesleki Uzmanlık Tezi, Ankara, 2010.
- Merkezi Yönetim Kapsamındaki İdareler, Sosyal Güvenlik Kurumları ve Mahalli İdareler 2011 Yılı Genel Faaliyet Raporu, Maliye Bakanlığı, Haziran 2012.
- Sosyal Güvenlik Kurumu Stratejik Planı 2010 - 2014, SGK Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara.
- Sosyal Güvenlik Kurumu 2015 yılı Mali Bütçe Kararı, Ankara.
- Sosyal Güvenlik Kurumu Resmi Web Sitesi.
- Suriyelilerin istihdamı EBSO'da tartışıldı", TOBB, 15.06.2016 (E.T.: 03.10.2016; <http://www.tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=6915&lst=Haberler>)
- T.C. Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, Genel Rapor, 2000, "Sosyal Güvenlik Kuruluşları", s.29. (<http://www.sayistay.gov.tr/rapor/kamu/Kamu%20%C4%B0%C5%9Fletmeleri%202000%20Y%C4%B1%C4%B1%20Genel%20Raporu.pdf> E.T.: 06.02.2016.)
- T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 2016 yılı Bütçe Sunuş Konuşması, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu.
- Tuncay A. Can - Ekmekçi Ömer, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, Legal Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2009.
- Tügen Kamil. Devlet Bütçesi, Anadolu Matbaacılık, İstanbul, 1999.
- Volkan Yılmaz - Nurhan Yentürk, Türkiye'de Sosyal Güvenlik Harcamalarının Uzun Dönemli Analizi Değerlendirme Notu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Çalışmaları Merkezi, Kasım 2015, s.10.
- Yıldırım Hüseyin, Türkiye'de 20012'den Günümüze Kayıt Dışı Ekonominin Sosyal Güvenlik Kurumu Açıkları Üzerindeki Etkilerinin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2012.
- Yusuf Alper, Türkiye'de Sosyal Güvenlik (Sosyal Sigortalar), Ekin Kitap, 4.Baskı.
- Zunluoğlu Ahmet, Sosyal Güvenlik Reformu Bağlamında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Yönetimine, Yapısına, Aktüeryal Duruma Yönelik Değerlendirmeler, Yüksek Lisans Tezi, Turgut Özal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014.
- "10 soruda Suriyeli istihdamı", Hürriyet, 12.01.2016 (E.T.: 03.10.2016; <http://www.hurriyet.com.tr/10-soruda-suriyeli-istihdami-40039694>)

2014 Mali Yılı Bütçe Kararı ve Performans Programı, Sosyal Güvenlik Kurumu, Ankara.

2015 Mali Yılı Bütçe Kararı ve Performans Programı, Sosyal Güvenlik Kurumu, Ankara.

2015 Yılı Programı Genel Ekonomik Hedefler ve Yatırımlar, T.C. Kalkınma Bakanlığı, Ankara, 2014.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu.



# ULUSLARARASI HUKUKTA MÂNEVÎ ZARAR MORAL DAMAGE IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Ceren Zeynep PİRİM\*

**Özet:** Klâsik uluslararası sorumluluk anlayışı uyarınca bir uluslararası haksız fiil ile bir başka devlet nezdinde maddî veya mânevî zarar doğuran devletin onarım yükümlülüğü bulunmaktadır. Her ne kadar uluslararası sorumluluk rejimi geçtiğimiz yüzyıldan itibaren ciddi bir dönüşüm içine girmiş ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 yılında kabul ettiği Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni zarar unsurunu uluslararası sorumluluğun şartı olmaktan çıkarmış ise de, zararın uluslararası sorumluluk mekanizması içindeki merkezî rolü ve önemi azalmamıştır. Zira uluslararası sorumluluğun şartı olmaktan çıkarılarak sonucu haline getirilen zarar devletin onarım yükümlülüğünün konusunu teşkil etmeye devam etmektedir. Elinizdeki çalışma uluslararası hukuk doktrininin bugüne kadar yeterince ilgi göstermediği mânevî zarar kavramını incelemekte, mânevî zarara ilişkin uluslararası içtihadı değerlendirmekte, devletin doğrudan ve vatandaşları aracılığı ile (dolaylı) uğradığı mânevî zarar ayrımına değinmekte ve en nihâyetinde mânevî zararın varlığı halinde hangi onarım yöntemlerine başvurulabileceği hususunu irdelemektedir. Bu çerçevede, çalışma özellikle devletin uğradığı mânevî zararların maddî yöntemlerle giderilip gidilemeyeceği meselesine odaklanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Eski Hale İade, Hukukî Zarar, Mânevî Zarar, Onarım, *Pretium Doloris*, Tatmin, Zarar Giderim.

**Abstract:** According to the classic approach adopted within the context of the law of international responsibility, every internationally wrongful act of a State which causes material or moral damage to another State entails its international responsibility. While the régime of international responsibility has entered into a deep process of transformation within the last century and the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts adopted by the International Law Commission in 2001 has removed "damage" from those conditions necessary for international responsibility to arise, the central role and importance of damage with regards to State responsibility has not changed. This is due to the fact that damage, which no longer is a condition but a consequence of an in-

\* Yrd. Doç. Dr., Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi [cerenzeynep.pirim@law.bau.edu.tr]

ternationally wrongful act, constitutes the subject of the obligation to repair injury caused by the relevant act. This paper aims to assess the scope and function of moral damage in international law, elaborate on the distinction between direct and indirect moral damages and discuss the methods of reparation adopted in case moral damages occur due to an internationally wrongful act of a State. Within this context, this paper will focus on whether moral damage can be repaired by pecuniary or material means.

**Keywords:** Compensation, Legal Damage, Moral Damage, *Premium Doloris*, Reparation, Restitution, Satisfaction.

## Giriş

Uluslararası hukukçuların, pozitivist yaklaşımın da etkisi ile, uzun bir dönem boyunca kabul ettikleri uluslararası sorumluluk anlayışı açık ve yalın bir sistem ortaya koymuş ve bir uluslararası haksız fiili ile bir başka devlet nezdinde maddî veya mânevî zarar doğuran her devletin onarım yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmiştir.<sup>1</sup> Başka bir ifade ile, klâsik uluslararası hukuk uyarınca bir devletin uluslararası sorumluluğuna gidilebilmesi için, bir uluslararası haksız fiil işlenmesi, bu haksız fiilin devlete atfedilebilir nitelikte olması, haksız fiil sonucu mağdur devlet nezdinde bir zarar meydana gelmesi ve fiilin uluslararası hukuka aykırılığını ortadan kaldıracak herhangi bir neden bulunmaması gerektiği ilkeleri benimsenmiştir.<sup>2</sup>

Bununla birlikte, devletlerin uluslararası hukuka aykırı fiillerinden doğan sorumluluğunu düzenleyen hukukî rejim geçtiğimiz yüzyıldan itibaren ciddi bir dönüşüm içine girmiş ve bu dönüşüm sonucunda ortaya çıkan günümüz uluslararası sorumluluk hukuku ilkelerinden bazılarının muğlâklığı uluslararası hukukçular arasında tartışmalara sebebiyet vermiştir.

<sup>1</sup> Pierre-Marie Dupuy, "Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility", *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, n°: 2, ss. 371-385, s. 372; Alain Pellet, "Remarques sur une révolution inachevée, le projet d'articles de la Commission du Droit international sur la responsabilité des Etats", *Annuaire français de droit international*, 1996, Vol. 42, ss. 7-32, s. 11; Brigitte Stern, "Et si on utilisait le concept de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États", *Annuaire français de droit international*, 2001, Vol. 47, ss. 3-44, s. 4.

<sup>2</sup> Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Ankara 2010, s. 410; Patrick Daillier & Mathias Forteau & Alain Pellet, *Droit international public*, Paris 2009, s. 850.

Hiç şüphesiz, tartışmaların çıkış noktası Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 31 Mayıs 2001'de konsensüs ile kabul ederek Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na sunduğu Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metnidir.<sup>3</sup> Uluslararası sorumluluk hukukunun yaşadığı dönüşümün en belirgin kanıtı olan metin uluslararası sorumluluk kavramının tanımını dahi değiştirmekte ve klâsik uluslararası hukuktan farklı olarak, uluslararası hukuka aykırı bir fiil gerçekleştiren devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için söz konusu fiil nedeni ile herhangi bir zarar meydana gelmiş olması şartını aramamaktadır.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının tespiti ve tedvini için Milletler Cemiyeti döneminde çalışmalara başlanmış ancak meseleyi 1930 Kodifikasyon Konferansı'nın gündemine alan Uzmanlar Komitesi başarılı olamamıştır. 1955 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun gündemine alınan meseleye ilişkin nihâi metin beş farklı rapörtörün başkanlığında - Frederico V. Garcia Amador (1955-1961), Roberto Ago (1963-1979), Willem Riphagen (1980-1986), Gaetano Arangio-Ruiz (1987-1996), James Crawford (1997-2001) - ve ancak kırkaltı yıl sonra oluşturabilmiştir. 31 Mayıs 2001'de Uluslararası Hukuk Komisyonu, Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'ni konsensüs ile kabul etmiş ve böylece çalışmalara son nokta ancak yarım yüzyıl sonra konulabilmiştir. Ceren Zeynep PİRİM, "Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlandırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul 2012, Yıl 32, S. 2, ss. 147-183, ss. 150-151; Alain Pellet, "Le nouveau projet de la C.D.I sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite: Requiem pour le crime?", in Lal Chand Vohrah & Fausto Pocar & Yvonne Featherstone & Olivier Fourmy & Christine Graham & John Hocking & Nicholas Robson (ed.), *Man's Inhumanity to Man: essays on international law in honour of Antonio Cassese*, The Hague 2003, ss. 655-684, s. 655; Patrick Daillier & Mathias Forteau & Alain Pellet, *op. cit.*, s. 848; Francisco V. Garcia-Amador, "State Responsibility: some new problems", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 94, 1958, ss. 365-491, s. 369. Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni ve metnin resmî yorum notları için bkz. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10). Metnin Türkçe tercümesi için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, İstanbul 2010, ss. 307-327.

<sup>4</sup> Bkz. Clarisse Barthe-Gay, "Réflexions sur la satisfaction en droit international", *Annuaire français de droit international*, 2003, Vol. 49, ss. 105-128, s. 105; Pierre-Marie Dupuy, *op. cit.*, s. 372; Bernhard Graefrath, "Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and damages", *Recueil de l'académie de droit international de La Haye*, 1984, Vol. 185, ss. 11-149, s. 34.

Şöyle ki; metnin “devletin tüm uluslararası haksız fiilleri, sorumluluğunu doğurur”<sup>5</sup> ifadelerini kullanan birinci maddesi, bir uluslararası haksız fiilin devletin uluslararası sorumluluğunu doğurabilmesi için iki unsuru içinde barındırıyor olmasını gerekli ve yeterli görmektedir: haksız fiilin uluslararası hukuk çatısı altında devlete atfedilebilir olması ve bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlini teşkil etmesi.

Evet, zarar unsurunun uluslararası sorumluluğun şartı olmaktan çıkarılması kavramsal bir devrimdir.<sup>6</sup> Ancak bu devrimin devletin uluslararası haksız fiili ile meydana getirdiği zararın uluslararası sorumluluk mekanizması içindeki merkezî rolünü ve önemini azalttığını söyleyebilmek mümkün değildir. Zira uluslararası sorumluluğun şartı olmaktan çıkarılan zarar unsuru, sorumluluğun sonucu haline getirilmekte ve devletin onarım yükümlülüğünün konusunu teşkil etmeye devam etmektedir.<sup>7</sup> Başka bir ifade ile, zarar unsuru uluslararası sorumluluk hukukundan değil, uluslararası sorumluluk kavramının tanımından çıkarılmıştır<sup>8</sup> ve devletin uluslararası haksız fiilinin hukuka aykırı niteliği içinde zımnen var olmaya devam etmektedir.<sup>9</sup>

Bilindiği üzere, devletin bir uluslararası haksız fiil ile bir başka devlet nezdinde meydana getirdiği zarar maddî olabileceği gibi, mânevî nitelikte de olabilir. Bununla birlikte, günümüze kadar maddî zarar kavramını ziyâdesiyle irdeleyen uluslararası hukuk doktrininin mânevî zarar hakkında yeterince kalem oynatmadığı görülmektedir.

<sup>5</sup> Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *op. cit.*, madde 1.

<sup>6</sup> Alain Pellet, “Remarques sur une révolution inachevée, le projet d’articles de la Commission du Droit international sur la responsabilité des Etats”, *op. cit.*, ss. 11-12. Pellet, 2001 Metni tarafından ortaya konulan bu değişikliğin uluslararası sorumluluğun yeniden kavramlaştırılması anlamına geldiğini ifade etmektedir. Yazara göre, zarar unsurundan arındırılmış bir uluslararası sorumluluk anlayışı daha objektif bir anlayıştır; zira bundan böyle devletlerin uluslararası hukuka aykırı fiilleri yarattıkları etkilerden bağımsız olarak sorumluluk doğuracaktır. Devletlerin uluslararası sorumluluklarının, uluslararası haksız fiillerinin zarar meydana getirip getirmemesinden bağımsız olarak doğacağı anlayışının benimsenmesi Brigitte Stern tarafından da uluslararası sorumluluk hukukunda yaşanan bir başkalaşım telâkki edilmektedir. Brigitte Stern, *op. cit.*, s. 4.

<sup>7</sup> Clarisse Barthe-Gay, *op. cit.*, ss. 105-106 ; Bernhard Graefrath, *op. cit.*, s. 42.

<sup>8</sup> Alain Pellet, “Remarques sur une révolution inachevée, le projet d’articles de la Commission du Droit international sur la responsabilité des Etats”, *op. cit.*, s. 12.

<sup>9</sup> Dionisio Anzilotti, “La responsabilité internationale des Etats à raisons des dommages soufferts par des étrangers”, *Revue générale de droit international public*, 1906, Tome XIII, ss. 5-27, s. 13.

Oysa mânevî zarar, sadece uluslararası haksız fiilden zarar gören devleti değil, tüm uluslararası toplumu ilgilendirir; uluslararası barış ve güvenliğin temininin bu tür zararların en aza indirilmesinden geçtiği kabul edilir.<sup>10</sup>

Elinizdeki çalışma uluslararası hukukta mânevî zarar kavramını incelemekte ve özellikle, bir uluslararası haksız fiile maruz kalan devletin uğradığı mânevî zararların maddî yöntemler ile giderilip giderilemeyeceği meselesine odaklanmaktadır. Zira, aşağıdaki satırlarda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, uluslararası sorumluluk doğuran bir fiilden kaynaklanan zararların onarılmasında üç farklı yöntemle başvurma imkânı olduğu kabul edilmektedir: eski hale iade (*restitutio in integrum*; ing. *restitution*; fr. *restitution*), zarar giderim (ing. *compensation*; fr. *indemnisation*) ve tatmin (mânevî onarım; ing. *satisfaction*; fr. *satisfaction*).<sup>11</sup> Ve uluslararası hukuk doktrini ve içtihat bir uluslararası haksız fiile maruz kalan devletin maddî zararlarının eski hale iade ve zarar giderim yöntemleri ile giderilebileceğini, tatmin yönteminin ise mânevî zararların giderilmesinde devreye gireceğini kabul etmektedir. Mânevî zararların nakdî onarım yöntemleri ile giderilip giderilemeyeceği meselesi ise doktrinin üzerinde hemfikir olmadığı, içtihadın da tutarlılık arzemediği bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Buradan hareketle, elinizdeki çalışma öncelikle uluslararası hukuk teorisinde mânevî zararın kapsam ve işlevini incelemekte (I), ardından mânevî zarar kavramının tartışıldığı uluslararası içtihadı değinmekte (II) ve en nihâyetinde, bir uluslararası haksız fiile maruz kalan devletin mânevî zararının giderilmesinde nakdî onarım yöntemlerine başvurulup başvurulamayacağı sorusuna yanıt aramaktadır (III).

<sup>10</sup> Franciszek Przetacznik, "La Responsabilité internationale de l'Etat à raisons de préjudices de caractère moral et politique causé à un autre Etat", *Revue générale de droit international public*, 1974, ss. 919-974, s. 920. Devletlerin uluslararası haksız fiiller nedeni ile doğrudan veya vatandaşları aracılığı ile uğradıkları mânevî zararlar ve bu zararların uluslararası barış ve güvenlik üzerindeki etkisi yalnızca uluslararası hukukçuların değil, devlet ve insan hakları kavramı üzerine çalışan diğer hukukçuların da ilgisini çekmektedir. Meseleyi uluslararası hukuk bakışı açısından farklı bir yaklaşımla değerlendiren bir çalışma için bkz. Elif Küzeci, "Beyaz Perdede Kara Bir Dönemin Gölgesi: Modernite ve Holokost'u Sinema Aracılığıyla Anlamak", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, S. 89, ss. 323-354.

<sup>11</sup> Hüseyin Pazarcı, *op. cit.*, ss. 430-431.

## I. Uluslararası Hukuk Teorisinde Mânevî Zarar

### A. Mânevî Zararın Kapsam ve İşlevi

Bir uluslararası haksız fiilden doğan mânevî zarar kavramı uluslararası hukuk doktrininde açık bir biçimde tanımlanmamakta, kavram daha ziyâde örneklendirme sûreti ile veya zararın hangi onarım yöntemine başvurularak giderilebileceği hususu dikkate alınarak tasvir edilmeye çalışılmaktadır.

Örneğin, Joachim Wolf'a göre "mânevî zarar" anlamına gelen "maddî olmayan zarar", eski hale iade veya tazminat yolu ile giderilmesi mümkün olmayan, yalnızca tatmin yöntemi ile giderilebilecek zararı ifade etmektedir.<sup>12</sup> Benzer bir muhakemeden hareket eden Pierre André Bissonnette'e göre de, eğer bir uluslararası haksız fiilden doğan zarar tatmin yöntemi ile giderilmesi gereken bir zarar ise mânevî zarardır.<sup>13</sup>

Uluslararası hukukta mânevî zararın tanımının maddî zarar kavramından yola çıkılarak yapıldığı da görülmektedir. Örneğin Bernhard Graefrath'a göre maddî zarar para ile ölçülebilen zararı ifade ederken, mânevî zarar nakdî bir karşılığı olmayan zarardır.<sup>14</sup> Mânevî zararın para ile ölçülemeyen zarar olduğunu belirten Lars Markerta ve Elisa Freiburg'a göre de söz konusu kavram, geniş anlamda, "bir kişinin mallarına, servetine veya gelirine yönelik olmayan ve dolayısıyla belli bir pazarın mâlî ve ekonomik unsurları dikkate alınarak belirlenemeyecek olan her türlü zararı" ifade etmektedir.<sup>15</sup> Benzer şekilde, Stephan Wittich geniş anlamda mânevî zararın "ekonomik, mâlî veya paraya çevrilebilir olmayan" zararı kapsadığı görüşündedir.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Joachim Wolf, "Gibt es im Völkerrecht einen einheitlichen Schadensbegriff?", *Za-öRV*, 1989, Vol. 403, ss. 403-444, s. 415, aktaran: Stephan Wittich, "Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages and the Law of State Responsibility", *Austrian Review of International and European Law*, 1998, Vol. 3, ss. 101-157, s. 106.

<sup>13</sup> Pierre André Bissonnette, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Genève 1952, s. 3.

<sup>14</sup> Bernhard Graefrath, *op. cit.*, s. 20.

<sup>15</sup> Lars Markerta & Elisa Freiburg, "Moral Damages in International Investment Disputes-On the Search for a Legal Basis and Guiding Principles", *The Journal of World Investment & Trade*, 2013, Vol. 14, ss. 1-43, s. 3.

<sup>16</sup> Yazar, "mânevî zarar" ifadesinin doğru bir ifade olmadığı, "maddî olmayan zarar" ifadesinin kullanılması gerektiği görüşündedir. Bkz. Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *Finnish Yearbook of International Law*, 2004, Vol. 15, ss. 321-368, s. 329.

Tüm bu tasvirlerden hareketle, devletin onur, şeref, haysiyet ve itibarını zedeleyen uluslararası haksız fiillerden doğan zararların mânevî zarar teşkil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>17</sup> Zira devlet, ulusun onurunun ve hukuk düzeninin kişiselleştirilmiş halidir ve bu sıfatla mânevî ve siyâsî kişiliğine saygı duyulmasını talep etme hakkını haizdir.<sup>18</sup>

Nitekim, mânevî zarar kavramı Vattel'den bu yana devletin şeref ve haysiyetine verilen zarar ile ilişkilendirilmekte, temelini Vattel'in devlet ve uluslararası hukuk anlayışında bulmaktadır. Şöyle ki; Vattel'e göre, *"her ulus, her egemen ve bağımsız devlet saygı duyulmayı hakeder; zira insan türünün doğrudan temsilcisidir; bütün dünyevî güçlerden bağımsızdır, çok sayıda insanı biraraya toplayan alandır ve dolayısıyla, bireylerden daha önemlidir"*.<sup>19</sup>

Vattel'in devlete ilişkin bu temel felsefesinin yirminci yüzyıldan itibaren pek çok uluslararası hukukçu tarafından da benimsendiği bilinmektedir. Örneğin Anzilotti'ye göre, maddî zarar ekonomik ve mülke dair uluslararası hukuk ihlalleri sonucunda ortaya çıkarken, mânevî zarar bir devletin onur ve haysiyetinin, kişiliğinin ihlâli sonucunda doğmaktadır.<sup>20</sup> Benzer şekilde Paul Fauchille, 1922 yılında kaleme aldığı eserinde, devletlerin mânevî şahsiyetlerine saygı duyulmasını isteme hakları bulunduğunu ifade etmekte ve birbirlerine karşı mütecevaz tavırlarda bulunmamaları gerektiğini belirtmektedir.<sup>21</sup> Franciszek Przetacznik'e göre de mânevî zarardan kasıt *"yabancı bir devletin onurunu bilinçli olarak zedelemek, özellikle yabancı devletin resmî temsilcilerinin kişisel dokunulmazlıklarını, dâimî diplomatik misyonlarının ve konsüler misyonlarının dokunulmazlıklarını, diplomatik ve konsüler arşivlerinin, kuryelerinin, bayrağının ve ulusal sembollerinin dokunulmazlığını ihlâl etmektir"*.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Bernhard Graefrath, *op. cit.*, s. 20.

<sup>18</sup> Lars Markerta & Elisa Freiburg, *op. cit.*, ss. 3-4.

<sup>19</sup> Emmerich De Vattel, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature applied to Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Traduction by Joseph Chitty, Philadelphia 1844, s. 148.

<sup>20</sup> Dionisio Anzilotti, "La responsabilité internationale des Etats à raisons des dommages soufferts par des étrangers", *op. cit.*, ss. 13-14.

<sup>21</sup> Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, Tome I, Partie I, Paris 1922, s. 474.

<sup>22</sup> Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, ss. 924-932.



Kısacası, mânevî zararın varlığı halinde ortaya çıkan uluslararası sorumluluğun temeli devletin şeref ve haysiyetinin zedelenmesidir. Bu çerçevede, mânevî zarar devlet nezdinde herhangi bir gelir kaybına sebep olmayan ve birbirinden farklı şekillerde tezahür edebilen (aşığılanma, küçük görülme, itibarın zedelenmesi gibi) “duygusal” hasarları kapsamaktadır.<sup>23</sup>

Bu noktada doğrudan mânevî zarar ve dolaylı mânevî zarar arasındaki ayrıma da değinmek gerekir. Şöyle ki; uluslararası hukukta bir devletin sorumluluğunu doğuran eylem veya eylemsizliklerden kaynaklanan zararlar doktrinde iki ana başlık altında incelenmektedir:

- devlete ait hakları ihlâl eden ve dolayısıyla devlete “doğrudan” verilen zararlar,
- vatandaşlarına karşı gerçekleştirilen uluslararası haksız fiiller nedeni ile devletin uğradığı “dolaylı” zararlar.<sup>24</sup>

Bir devletin sorumluluğunun doğabilmesi için hem zarara sebep olanın, hem de zarara uğrayanın devlet olması gerektiği anlayışı üzerine kurulu olan bu ayırım<sup>25</sup>, felsefî temellerini Vattel’in 1758 tarihli *Le Droit des Gens (The Law of Nations)* adlı eserinde bulmaktadır.<sup>26</sup> Vattel’in ortaya koyduğu hukukî faraziyeğe göre, devletin tebaasının bir başka devletin uluslararası hukuka aykırı fiili nedeniyle uğramış olduğu zarar, temelinde tebaanın devletine verilmiş zarar telâkki edilir ve böylece uyumsuzluk devletlerarası bir niteliğe bürünür.<sup>27</sup> İşte söz konusu

<sup>23</sup> Stephan Wittich, “Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law”, *op. cit.*, s. 329.

<sup>24</sup> Dominique Carreau & Fabrizio Marrella, *Droit international*, Paris 2012, s. 501 vd.; Patrick Daillier & Mathias Forteau & Alain Pellet, *op. cit.*, ss. 884-887; Hüseyin Pazarıcı, *op. cit.*, s. 410; Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, s. 924; Stephan Wittich, “Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law”, *op. cit.*, s. 327; Pierre André Bissonnette, *op. cit.*, ss. 45-68 ve ss. 68-84; Second report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 1989, Vol. II, Part One, A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1., ss. 4-7, par. 9-17.

<sup>25</sup> Malcolm N. Shaw, *International Law*, New York 2008, s. 808.

<sup>26</sup> Emmerich De Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758, s. 136.

<sup>27</sup> David J. Bederman, “State-to-State Espousal of Human Rights Claims”, *Virginia Journal of International Law Online*, 2011, Vol. 1, ss. 3-11, s. 4; Anna Maria Helena Vermeer-Künzli, *The Protection of Individuals by Means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, PhD Dissertation, Leiden University 2007, s. 15. Bkz. Ceren Zeynep Pirim & Şule Sökücü Yıldız, “Özel Hukuk

felsefe üzerine kurulu olan doğrudan-dolaylı zarar ayrımı Milletler Cemiyeti ve Birleşmiş Milletler yargı organlarıncı şekillendirilecek ve uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline gelecektir.<sup>28</sup>

Söz konusu ayırım yalnızca maddî zararların varlığında değil, mânevî zararların varlığında da geçerlidir. Bu çerçevede “doğrudan mânevî zarar” ifadesi devletin uğradığı aracısız mânevî zarar anlamında kullanılmaktadır.<sup>29</sup> Örneğin Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun, kırkbeşinci oturumuna ilişkin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na sunduğu raporda “*devlete ait sembollerin aşığılanması, egemenlik ve ülkesel bütünlük ihlalleri, devlet gemilerine veya hava araçlarına yapılan saldırılar, devlet veya hükümet başkanlarına veya diplomatik ve konsüler temsilcilere veya diplomatik olarak koruma altında bulunan diğer kişilere yönelik kötü muamele veya saldırılar ve büyükelçiliklerin veya konsoloslukların konut dokunulmazlıklarının ihlali*”, uluslararası haksız fiili gerçekleştiren devletin, mağdur devlet nezdinde tatmin yöntemi ile gidermesi gereken doğrudan mânevî zararlar telâkki edilmektedir.<sup>30</sup>

Dolaylı mânevî zarar ise devletin, kendisine vatandaşlık bağı ile bağılı bulunan kişilere karşı gerçekleştirilen uluslararası haksız fiiller nedeni ile uğradığı zararı anlatmaktadır.<sup>31</sup> Nitekim, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun yukarıda aktarılan ifadelerinin devamında, devletin, vatandaşlarına karşı gerçekleştirilen uluslararası haksız fi-

Tüzel Kişileri Üzerinde Diplomatik Koruma Hakkına Sahip Olan Devletin Tespiti: *Barcelona Traction Kararından Geriye Kalanlar*, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, C. II, İstanbul 2014, ss. 2223-2260, s. 2225.

<sup>28</sup> Uluslararası Daimi Adalet Divanı, 1924 yılında verdiği *Mavrommatis* kararında Vattel’in anlayışını şu ifadeler ile somutlaştıracaktır: “*Bir devletin vatandaşlarının bir başka devlet tarafından gerçekleştirilen uluslararası hukuka aykırı eylemler sonucunda zarar görmeleri ve zararın, zarar veren devlet tarafından olağan yollardan giderilememesi durumunda devletin vatandaşlarını koruma hakkı bulunduğu uluslararası hukukun temel bir ilkesidir. Vatandaşlarından birinin davasına sahip çıkarak onun lehine diplomatik girişime veya uluslararası yargı yoluna başvuran devlet aslında kendi hakkını, yani kendi vatandaşlarının şahsında uluslararası hukuk kurallarına uyulmasını sağlama hakkını ileri sürmektedir*”. *The Mavrommatis Palestine Concessions*, 30 August 1924, Series A, n°: 2, s. 12.

<sup>29</sup> Stephan Wittich, “Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages and the Law of State Responsibility”, *op. cit.*, ss. 104-105.

<sup>30</sup> Report of the International Law Commission to the General Assembly on the work of its forty-fifth session (3 May-23 July 1993), *Yearbook of the International Law Commission*, 1993, Vol. II, Part Two, s. 78, par. 8.

<sup>31</sup> Stephan Wittich, “Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages and the Law of State Responsibility”, *op. cit.*, ss. 104-105.

illerin varlığında mânevî zarar iddiasında bulunabileceği ifade edilmektedir.<sup>32</sup>

Temelini uluslararası hukuk doktrini ve içtihadında bulan bu ayırma, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nde yer vermediği görülmektedir. Şöyle ki; metnin 36. maddesi uluslararası haksız fiili işleyen devletin, fiilden doğan zararları giderme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmektedir. 31. madde ise sorumlu devletin uluslararası haksız fiilinden doğan zararın tamamını gidermekle yükümlü olduğunu ifade etmekte, bu zararın hem maddî, hem mânevî zararları kapsadığını hükme bağlamakta ancak doğrudan-dolaylı mânevî zarar şeklinde bir ayırım yapmamaktadır.

Bununla birlikte, doğrudan-dolaylı mânevî zarar ayırımı önemlidir; zira bu iki farklı zarar türü onarım yöntemleri bakımından farklı değerlendirmelere tâbi tutulmaktadır, ki bu hususa aşağıdaki satırlarda değinilecektir.

## B. Mânevî Zarar ve Hukukî Zarar Arasındaki İlişki

Devletlerin uluslararası haksız fiillerinden doğan mânevî zararları inceleyen bir çalışmanın mânevî zarar ve hukukî zarar arasındaki ilişki ve ayırma da değinmesi gerekir. Zira pek çok yazar mânevî zararın hukukî zarar kavramı ile içiçe olduğunu savunmakta, her hukuk ihlâlinin bir tür mânevî zarar doğurduğunu ileri sürmekte ve böylece mânevî zararı "hukukî zarar" olarak adlandırmaktadır.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Report of the International Law Commission to the General Assembly on the work of its forty-fifth session (3 May-23 July 1993), *op. cit.*, s. 78, par. 8. Bununla birlikte, bazı yazarların, mânevî zararın yalnızca doğrudan zarar şeklinde tezahür edebileceği görüşünde olduklarının belirtilmesi gerekir. Örneğin Franciszek Przetacznik, mânevî zararın yalnızca devlet temsilcilerinin, diplomatik temsilcilerin ve arşivlerin dokunulmazlıklarının ihlâli halinde veya devletin bayrağına saygısızlık yapılması durumunda ortaya çıkabileceğini zira yalnızca bu eylemlerin devletin şeref ve haysiyetine yönelik kastî eylemler olduğunu ileri sürmektedir. Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, s. 919. Başka bir ifade ile, yazara göre devletin vatandaşına karşı gerçekleştirilen bir uluslararası haksız fiilin devlet nezdinde mânevî zarar doğurabilmesi mümkün değildir.

<sup>33</sup> Dionisio Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, Rome 1928, s. 439; Pierre André Bissonnette, *op. cit.*, ss. 68-82; Brigitte Stern, *op. cit.*, s. 26; Brigitte Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris 1973, s. 49; Jean Combacau & Serge Sur, *Droit international public*, Paris 1995, s. 531; Francisco V. Garcia Amador, "Sixth Report on International Responsibility", UN Doc. A/CN.4/134,

Ancak her ikisi de maddî olmayan bir nitelik taşıyan mânevî zarar ve hukukî zarar birbirinden farklı kavramlardır. Şöyle ki; bir devletin bir başka devlete karşı işlediği her uluslararası haksız fiil bir hukukî zarar doğurur. Hukukî zarar, bir uluslararası yükümlülüğün ihlâl edildiği ancak söz konusu ihlâlin herhangi bir devleti etkilemediği durumlarda ortaya çıkan zarardır. Bu çerçevede hukukî zarar, *lato sensu* bir mânevî zarar telâkki edilebilir. Ancak *stricto sensu* mânevî zararın varlığından söz edebilmek için, yukarıda da açıklandığı üzere, devletin egemen kişiliğine ilişkin hakların açıkça ihlâl edilmesi, şeref ve haysiyetine, diplomatik ve konsüler dokunulmazlıklarına, ülkesel bütünlüğü gibi değerlerine halel getirilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, hukukî zarar mânevî zarara nazaran daha geniş bir kavramdır ve her uluslararası hukuk kuralının ihlâli, yani her hukukî zarar kendiliğinden mânevî zarar doğurmamaktadır.

Bunun yanı sıra, uluslararası haksız fiilden doğan mânevî zararın, hangi devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülebileceğinin tespitinde önemli bir işlevi bulunmaktadır. Oysa hukukî zarar salt uluslararası hukukun ihlâlidir<sup>34</sup> ve böyle bir işlevi yoktur.

Kısacası mânevî zarar, devletin şeref, haysiyet ve itibarının zedelenmesi sonucunda ortaya çıkmakta, hukukî zarar ise devletin hukukî alanına verilen zararı ifade etmektedir, ki bu zarar şeref, haysiyet ve itibarın zedelenmesi şeklinde tezahür etmeyebilir.<sup>35</sup> Bu çerçevede hukukî zarar, mânevî zararın aksine “kişiselleşmemiş” bir nitelik arz etmektedir.<sup>36</sup>

## II. Uluslararası İçtihadta Mânevî Zarar

Devletin uluslararası haksız fiillerinden doğan mânevî zararın giderilmesi yükümlülüğüne ilişkin ilk ciddi içtihadî temel *Lusitania*

---

*Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1961, ss. 1-55, ss. 10-11, par. 41-42. Uluslararası hukuk doktrininde yer alan bu görüşlere rağmen 2001 Metni'nin hukukî zarar kavramını kabul etmediği görülmektedir. Bkz. Clarisse Barthe-Gay, *op. cit.*, s. 109.

<sup>34</sup> Stephan Wittich, “Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law”, *op. cit.*, s. 349. Tüm bu gerekçeler ile yazar “hukukî zarar” kavramının yapay bir kavram olduğunu ve yalnızca “hukuka aykırı davranmak” anlamına geldiğini ileri sürmektedir.

<sup>35</sup> Clarisse Barthe-Gay, *op. cit.*, s. 107.

<sup>36</sup> Clarisse Barthe-Gay, *op. cit.*, s. 109.

tahkim kararı ile atıldığı bilinmektedir.<sup>37</sup> Karara konu olan ve 1923 yılında yaşanan olayda Almanya bir İngiliz yolcu gemisini batırması ve gemide bulunan 128 Amerikan vatandaşı hayatını kaybetmiştir. Tahkim heyeti önüne götürülen uyuşmazlıkta Amerika Birleşik Devletleri, Almanya'nın yalnızca Amerikan vatandaşlarının kaybı için değil, ölen kişilerin yakınlarının uğradıkları mânevî zararlar için de onarım yükümlülüğü altında bulunduğunu ileri sürmüştür.<sup>38</sup>

Tahkim heyetinin söz konusu talebe verdiği yanıt uluslararası hukuk doktrini tarafından mânevî zararın tanımlanmasına yönelik ilk ciddi teşebbüs telâkki edilecektir.<sup>39</sup> Zira heyet, tarafların iddialarını değerlendirdikten sonra verdiği kararında bir uluslararası haksız fiilden doğan mânevî zararın giderilmesinin uluslararası hukuk tarafından kabul gördüğünün altını çizicek ve hatta bu ilkenin bir hukuk genel ilkesi olduğunu imâ edecektir.<sup>40</sup> Heyete göre, "bütün kişisel hak ihlallerinin zarar meydana getirdiği ve hukukun, bütün bu zararların giderilmesi gerektiğini emrettiği hukuk düzenlerinin genel bir ilkesidir.<sup>41</sup> [...] Hukukî bir kavram olan zarar, haksız fiilin telâfisi için tespit edilir. [...] Pek çok haksız fiil vak'asında, kişisel zarar ve ölümle sonuçlanan vak'alar da dâhil olmak üzere, matematik olarak veya herhangi bir doğruluk derecesinde veya kesin bir formül ile, uğranılan zararın hesaplanması mümkün değildir [...]. Ancak bu durum, haksız fiili gerçekleştiren kişinin onarım veya fiile maruz kalan kişinin yaşadığı acıyı giderme yükümlülüğünden kaçmasının [...] gerekçesini teşkil etmemektedir. Bu onarımı reddetmek, her hak ihlâlinin yasal yolların konusunu teşkil ettiği ilkesini reddetmek anlamına gelecektir. Ruhsal acı, fizikî acı kadar gerçek bir olgudur, ve aynı standartlar ile değerlendirilmeye müsaittir. [...] Ruhsal acı veya 'mânevî zarar', ölüm ile sonuçlanan zararlar nedeni ile açılan davalarda dikkate alınması gereken temel bir unsurdur. [...] Ruhsal acının veya ruhsal ehliyetin ölçülmesindeki zorluk ortadadır, ancak hukuk, derecesinin tespit edilmesinin zor olduğu gerekçesi ile bu tür zararların dikkate alınmaması fikrini reddetmektedir".<sup>42</sup>

<sup>37</sup> *Lusitania (United States v. Germany)*, Opinion of the Mixed Claims Commission, Reports of International Arbitral Awards, 1 November 1923, Vol. VII, ss. 32-44.

<sup>38</sup> *Lusitania (United States v. Germany)*, op. cit., s. 33.

<sup>39</sup> Lars Markerta & Elisa Freiburg, op. cit., s. 9.

<sup>40</sup> Lars Markerta & Elisa Freiburg, op. cit., s. 9.

<sup>41</sup> *Lusitania (United States v. Germany)*, op. cit., s. 35.

<sup>42</sup> *Lusitania (United States v. Germany)*, op. cit., ss. 34-37.

Açık bir biçimde olmasa da, mânevî zararın zımnen tartışıldığı bir başka karar Uluslararası Adalet Divanı'nın 2001 yılında verdiği *LaGrand* kararıdır.<sup>43</sup> Karara konu olan olayda Amerika Birleşik Devletleri, Alman vatandaşlığında bulunan iki kardeşi, 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'ni<sup>44</sup> ihlâl etmek sûreti ile ve Uluslararası Adalet Divanı'nın söz konusu iki kardeş hakkında verilen idam cezasının tatbik edilmemesi yönündeki kararına uymayarak idam etmiştir. Ve Almanya, Amerika'nın uluslararası haksız fiili nedeni ile yalnızca vatandaşlığında bulunan iki kardeşin ve yakınlarının değil, Alman Devleti'nin de mânevî zarara uğradığını ileri sürmüştür. Dionisio Anzilotti'ye atfı yapan Almanya'ya göre, "devletler arasındaki ilişkilerin temel unsuru, bu ilişkilerin alt yapısını teşkil etmesine rağmen ekonomik unsur değildir; temel unsur daha ziyâde şeref, haysiyet ve hukuk kişilerinin ahlâkî değerleridir. Bunun sonucunda, bir devlet, herhangi bir hakkının bir başka devlet tarafından ihlâl edildiğini gördüğünde, herhangi bir maddî zarar doğmamış olsa bile, bu ihlâl tahammül etmek durumunda değildir".<sup>45</sup>

Uluslararası Adalet Divanı Almanya'nın iddiasını kabul ederek, Amerika Birleşik Devletleri'nin fiilinin uluslararası hukuka aykırı olduğuna ve bu hukuka aykırılığın Almanya nezdinde zarar meydana getirdiğine hükmetmiş ve bir uluslararası haksız fiile maruz kalan devletin uğradığı zararın giderilmesi yükümlülüğünün uluslararası hukukun bir parçasını teşkil ettiğini ifade etmiştir.<sup>46</sup> *LaGrand* kararında "mânevî zarar" ve "mânevî zararın giderilmesi" ifadelerinin açıkça kullanılmadığının altının çizilmesi gerekir.<sup>47</sup> Ancak, Amerika Birleşik

<sup>43</sup> *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, 27 June 2001, *I.C.J Reports* 2001, s. 466.

<sup>44</sup> Convention de Vienne sur les relations consulaires, Vienne, 24 avril 1963, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 596, s. 261. Sözleşmenin 36. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca, bir devlet kendi vatandaşlığında bulunmayan bir kişiyi yakaladığında, tutukladığında veya hapsedtiğinde, bu kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletin konsüleri temsilciliğini en kısa sürede haberdar etme yükümlülüğü altındadır. Amerika Birleşik Devletleri, Alman vatandaşlığında bulunan Karl ve Walter LaGrand'ı tutuklamış ancak bu tutuklamayı Almanya'ya bildirmeyerek, söz konusu kişilerin konsüleri yardım almasını engellemiştir. *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, *op. cit.*, s. 472.

<sup>45</sup> *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Memorial of the Federal Republic of Germany, Vol. I, 16 September 1999, par. 6.53.

<sup>46</sup> *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, *op. cit.*, s. 466, par. 128.

<sup>47</sup> Bkz. Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in Inter-



Devletleri'nin iki Alman vatandaşına karşı işlediği uluslararası haksız fiilin Almanya nezdinde zarar doğurduğu yönündeki hüküm, hiç şüphesiz Almanya'nın söz konusu fiil nedeni ile mânevî zarara uğradığının zimnen kabulü anlamına gelmektedir.

Divan'ın mânevî zarar meselesini tartıştığı bir diğer karar Belçika ve Kongo'yu karşı karşıya getiren *Arrest Warrant* uyuşmazlığı vesilesi ile verilmiştir.<sup>48</sup> Karara konu olan olayda Belçika, evrensel yargı yetkisini kullanarak Kongo Dışişleri Bakanı hakkında tutuklama emri çıkarmış, Uluslararası Adalet Divanı ise söz konusu emrin hâlihazırda Dışişleri Bakanlığı koltuğunda oturan Abdulaye Yerodia Ndombasi'nin kişisel dokunulmazlığını ihlâl ettiğine hükmetmiştir. Divan, *Arrest Warrant* kararında, *LaGrand* kararının aksine, Belçika'nın uluslararası haksız fiilinin Kongo nezdinde mânevî zarar doğurduğunu açıkça ifade etmiş ve bu zararın tatmin yöntemi ile giderilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>49</sup> Ancak bu kararın da, somut olayda var olduğuna hükmettiği mânevî zararın varlık nedenini açıklamaktan imtina ettiği görülmektedir.<sup>50</sup>

Görüldüğü üzere, Uluslararası Adalet Divanı belli bir dönem boyunca devletlerin, kendilerine vatandaşlık bağı ile bağlı bulunan kişilere karşı gerçekleştirilen uluslararası haksız fiiller nedeni ile mânevî zarara uğrayabileceğini ve bu tür zararların tatmin yöntemi ile giderilebileceğini belirtmekle yetinmiştir. Divan'ın söz konusu tutumunun 2010 tarihli *Diallo* kararı ile değişmeye başladığı görülecektir.<sup>51</sup> Zira Divan, bu kararında, uyuşmazlığa konu olan uluslararası haksız fiilin devlet nezdinde doğurduğu dolaylı mânevî zararın, zarar giderim yöntemi ile giderilmesine hükmedecektir.<sup>52</sup>

national Law", *op. cit.*, s. 341; Lars Markerta & Elisa Freiburg, *op. cit.*, s. 11.

<sup>48</sup> *Case Concerning the Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 14 February 2002, *I.C.J Reports* 2002, s. 3.

<sup>49</sup> *Case Concerning the Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *op. cit.*, par. 75.

<sup>50</sup> Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *op. cit.*, s. 342.

<sup>51</sup> *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Compensation Owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea*, 19 June 2012, *I.C.J Reports* 2012, s. 324.

<sup>52</sup> Lars Markerta & Elisa Freiburg, *op. cit.*, s. 11.



Karara konu olan olayda, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde ikamet eden bir Gine vatandaşı, Ahmadou Sadio Diallo, söz konusu devlette hisselerinin çoğunluğuna sahip olduğu iki şirket kurmuş ancak bir süre sonra, Kongo tarafından önce tutuklanmış, ardından sınır dışı edilmiştir. Gine, kendi uyrukluğunda bulunan Diallo hakkında alınan bu tedbirlerin uluslararası hukuka aykırı olduğu, Diallo'nun tutuklu olduğu süre boyunca insanlık dışı muamelelere maruz kaldığı, konsüler yardım alma hakkının bulunduğu kendisine bildirilmediği<sup>53</sup> ve sınır dışı edilmesinin sonucu olarak şirketlerine bağlı mülkiyet hakkının ihlâl edildiği<sup>54</sup> iddiaları ile diplomatik koruma müessesesini işletmiş ve Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmuştur.<sup>55</sup>

Divan, âdil yargılanma hakkı ihlâl edilen, haddinden fazla bir süre tutuklu bulundurulmuş ve hukuka uygun olmayan biçimde 32 yıldır ikamet ettiği ülkeden sınır dışı edilen Diallo'nun mânevî zarara uğradığına hükmetmiş<sup>56</sup> ve *Lusitania* tahkim kararına atıfta bulunarak "maddî olmayan zararın, ruhsal acı, davacının duygularına verilen hasar, küçük düşürme, mahcup edilme, şeref ve haysiyetini zedeleme, toplum içindeki sosyal konumun sarsılmasına ve kaybolmasına sebebiyet verme veya itibarını sarsma gibi eylemler" sonucu ortaya çıkabileceğini ifade etmiştir.<sup>57</sup> Mânevî zarar kavramını o güne kadar verilen yargı kararlarına nazaran daha ayrıntılı tartışan *Diallo* kararı, uluslararası hukukta devletin uğradığı dolaylı mânevî zarar ve bu zararın maddî yöntemler ile giderilmesi ilkesini benimsemesi bakımından önemlidir.

Aslında, söz konusu karardan daha eski tarihli bir tahkim kararının devletlerin, kendilerine vatandaşlık bağı ile bağlı bulunan kişilere karşı gerçekleştirilen uluslararası haksız fiiller nedeni ile uğradıkları dolaylı mânevî zararın maddî yöntemler ile giderilebileceğine hükmettiği bilinmektedir. Fransa-Venezuela Karma Tahkim Komisyonu'nun 1905 tarihinde verdiği *Heirs of Jean Maninat* kararına konu olan uyuş-

<sup>53</sup> *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, 30 November 2010, I.C.J Reports 2010, s. 639, par. 63.

<sup>54</sup> *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *op. cit.*, par. 98.

<sup>55</sup> Ceren Zeynep Pirim & Şule Sökücü Yıldız, *op. cit.*, s. 2248.

<sup>56</sup> *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Compensation Owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea*, *op. cit.*, par. 10-12.

<sup>57</sup> *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Compensation Owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea*, *op. cit.*, par. 18.

mazlıkta, Fransız vatandaşlığında bulunan ve Venezuela'da ikamet eden Bay Maninat, Venezuela ordusu tarafından saldırıya uğramış ve hayatını kaybetmiştir.<sup>58</sup> Hakem, somut olayda, ülkesi üzerinde yaşayan yabancıları koruma yükümlülüğü bulunan Venezuela'nın uluslararası hukuku ihlâl ettiğine ve Maninat'ın kardeşinin bu ölüm nedeni ile uğradığı mânevî zararın giderilmesi gerektiğine karar vermiştir. Başka bir ifade ile, Venezuela tarafından uluslararası haksız fiile maruz kalan gerçek kişinin uğradığı mânevî zarar, söz konusu kişinin vatandaşlığında bulunduğu Fransa'nın uğradığı zarar telâkki edilmiş ve Venezuela'nın Fransa'ya 100.000 frank zarar giderim bedeli ödemesi gerektiğine hükmedilmiştir.<sup>59</sup>

Ancak her ne kadar bazı yazarlar *Heirs of Jean Maninat* kararının devletin uğradığı dolaylı mânevî zararların nakdî onarım yöntemleri ile giderilebileceğini gösterdiği kanaatinde olsalar da<sup>60</sup>, diğer pek çok hukukçu bu kararın mânevî zararların nakdî onarım yöntemleri ile giderilip giderilemeyeceğine ilişkin olmadığını zira kararda hükmedilen 100.000 franklık bedelin ne kadarının devletin uğradığı zarar için karşılaştırıldığının belli olmadığını savunmaktadır.<sup>61</sup> Bu nedendir ki; *Heirs of Jean Maninat* kararı uluslararası hukukta dolaylı mânevî zararın nakdî yöntemler ile giderilip giderilemeyeceği sorunsalında çok önemli bir karar addedilmemektedir.

Doğrudan mânevî zararların hangi yöntemler ile giderileceğine ilişkin içtihadı gelince; bu meselenin tartışıldığı en eski kararın *I'm Alone* tahkim kararı olduğu bilinmektedir.<sup>62</sup> Karara konu olan olayda, Amerikan vatandaşlarının mülkiyetindeki bir Kanada gemisi, Amerikan Sahil Güvenlik güçleri tarafından batırılmıştır.<sup>63</sup> Uyuşmazlığı

<sup>58</sup> *Heirs of Jean Maninat Case (France v. Venezuela)*, *Reports of International Arbitral Awards*, 31 July 1905, Vol. X, ss. 55-83.

<sup>59</sup> *Heirs of Jean Maninat Case (France v. Venezuela)*, *op. cit.*, s. 83.

<sup>60</sup> Bkz. Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *op. cit.*, s. 356.

<sup>61</sup> Christine Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford 1987, s. 43. Bkz. Patrick Dumberry, "Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes", *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, ss. 1-38, s. 12.

<sup>62</sup> S. S. "I'm Alone" Case (*Canada v. United States*), *Reports of International Arbitral Awards*, 30 June 1933 and 5 January 1935, Vol. III, ss. 1609-1618.

<sup>63</sup> Denizde icra edilen kolluk faaliyetlerinde başvurulabilecek hukuka uygun gücün sınırlarına ilişkin güncel bir değerlendirme için bkz. Bleda R. Kurtdarcan, "Riding

çözmekle yetkilendirilen Birleşik Devletler-Birleşik Krallık Talepler Komisyonu Amerika'nın fiilinin uluslararası hukuka aykırı olduğuna ve Kanada'dan özür dilemesi gerektiğine hükmetmiştir. Bunun yanı sıra, Amerika Kanada'ya 25.000 dolar tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Bazı yazarlar, Amerika'nın uluslararası haksız fiilinin Kanada'ya herhangi bir maddî zarar vermediği ve dolayısıyla 25.000 dolarlık tazminata bayrak devleti konumundaki Kanada'nın uğradığı doğrudan mânevî zararı karşılamak amacı ile hükmedildiği görüşündedir.<sup>64</sup> Ancak, diğer bazı yazarlar, Kanada'nın Amerika'dan, geminin batması nedeni ile oluşan maddî zararlar için 30.000 dolarlık bir zarar giderim bedeli talep ettiğinin unutulmaması gerektiğini ifade etmekte ve hükmedilen tazminatın Kanada'nın mânevî zararı ile ilgili olmadığını savunmaktadır.<sup>65</sup>

Bu çerçevede, devletin bir uluslararası haksız fiil nedeni ile uğradığı doğrudan mânevî zararın maddî yöntemler ile giderilip giderilemeyeceği meselesinin gerçek anlamda ve uzun uzadıya tartışıldığı tek kararın *Rainbow Warrior* tahkim kararı<sup>66</sup> olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>67</sup>

Karara konu olan olayın temelinde Fransa'nın Pasifik'te gerçekleştirdiği nükleer denemeler bulunmaktadır. Söz konusu denemelere karşı çıkan Greenpeace Örgütü, Fransa'nın ilân ettiği abluka bölgesini delmek ve böylece nükleer deneme yapılmasını engellemek amacı ile *Rainbow Warrior* adlı gemisini bölgeye göndermeye karar vermiştir. Ancak iki Fransız istihbarat servisi ajanı, Yeni Zelanda limanına demirleyen gemiye bomba yerleştirmiş ve bombanın patlaması sonucunda bir kişi ölmüş, çok sayıda kişi yaralanmıştır.<sup>68</sup> 1985 yılında yaşanan

---

Shotgun: Some Legal Issues Related to the Use of VPDs Aboard Merchant Vessels Against Pirates", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Mayıs-Haziran 2015, C. 10, S. 129-130, ss. 242-244.

<sup>64</sup> Christine Gray, *op. cit.*, ss. 43-44.

<sup>65</sup> Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *op. cit.*, s. 356.

<sup>66</sup> *Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair*, Reports of International Arbitral Awards, 6 July 1986, Vol. XIX, ss. 199-221.

<sup>67</sup> Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *op. cit.*, s. 342.

<sup>68</sup> *Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair*, *op. cit.*, s. 201.

söz konusu patlamanın ardından, Yeni Zelanda hükümeti bombayı patlatan Fransız ajanlarını tutuklamış ve yargılayarak on yıl hapse mahkûm etmiştir. Ancak taraflar iki devlet arasında ciddi bir siyâsî gerginliğe dönüşen söz konusu uyuşmazlığın çözümü için Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne başvurmuşlar ve Genel Sekreter öncülüğünde kurulacak heyetin alacağı kararın bağlayıcı olduğunu kabul etmişlerdir.<sup>69</sup>

Heyetin aldığı karar uyarınca, Yeni Zelanda Fransız ajanlarını Fransız Polinezyası'ndaki Hao Adası'nda üç yıl hapsedilmeleri şartı ile Fransa'ya teslim etmiştir.<sup>70</sup> Fransa ise, ajanları teslim alır almaz, tahkim heyetinin aldığı bağlayıcı karardan doğan yükümlülüğünü ihlâl ederek Fransa'ya götürmüştür.<sup>71</sup>

Görüldüğü üzere, *Rainbow Warrior* uyuşmazlığı iki aşamadan oluşmaktadır. İlk aşama, Fransız ajanlarının kuvvet kullanma yasağına ilişkin temel uluslararası hukuk ilkelerine aykırı davranarak gemiye ve içindeki kişilere verdikleri maddî zararlara ilişkindir. Bunun yanı sıra, hâdise Yeni Zelanda içsularında gerçekleşmiş ve Yeni Zelanda'nın ülkesel bütünlüğü ve egemenlik hakları da ihlâl edilmiştir. Başka bir ifade ile, Fransa'ya atfedilebilir nitelikteki uluslararası haksız fiil Yeni Zelanda nezdinde yalnızca maddî değil, aynı zamanda mânevî zarar da doğurmuştur.

Nitekim Yeni Zelanda, yaşanan patlama nedeni ile Fransa'dan hem maddî, hem mânevî zararlarını gidermesini talep etmiştir.<sup>72</sup> Ancak Yeni Zelanda tarafından dile getirilen mânevî zarar iddiası, uyuş-

<sup>69</sup> *Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair, op. cit., s. 210.*

<sup>70</sup> *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two Agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France), 30 April 1990, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XX, ss. 215-284, s. 224.*

<sup>71</sup> *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two Agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France), op. cit., ss. 226-243.*

<sup>72</sup> *Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair, Reports of International Arbitral Awards, 6 July 1986, Vol. XIX, Memorandum of the Government of New Zealand to the Secretary-General of the United Nations, ss. 199-221, s. 202.*

mazlığı çözmekle yetkili tahkim heyeti tarafından bu aşamada ayrıca değerlendirilmemiş<sup>73</sup>, heyet maddî-mânevî zarar ayrımı yapmadan Fransa'nın Yeni Zelanda'ya vermiş olduğu "bütün zararlar" için yedi milyon dolar ödemesine hükmetmiştir.<sup>74</sup>

Daha açık bir ifade ile, heyet uluslararası haksız fiilin doğurduğu maddî zararın ötesine geçen bir zarar giderim bedeline hükmetmiştir; ki bu hüküm uyuşmazlığa konu olan haksız fiilden kaynaklanan mânevî zararın da para ile tazmin edildiği şekilde yorumlanabilir niteliktedir.<sup>75</sup> Şöyle ki; karara konu olan uluslararası haksız fiilin doğurduğu maddî ve mânevî zararların giderilmesi amacı ile Yeni Zelanda Fransa'dan dokuz milyon dolarlık bir onarım bedeli talep etmiş<sup>76</sup> ancak Fransa, mânevî zararların ancak özür dileme yolu ile giderilebileceğini ileri sürerek bu tür zararlar için ödeme yapması gerektiğini ve Yeni Zelanda'nın yalnızca maddî zararlarını karşılamak amacı ile dört milyon dolarlık bir bedel ödeyebileceğini belirtmiştir.<sup>77</sup> Tahkim kararı ise, Fransa'nın, uluslararası haksız fiili nedeni ile Yeni Zelanda'ya verdiği "bütün" zararların karşılığı olarak yedi milyon dolar ödemesine hükmetmiştir.<sup>78</sup> Maddî ve mânevî zarar ayrımı yapılmadan toplam bir onarım bedeline hükmedilmiş olması, kanaatimizce, *Rainbow Warrior* kararının mânevî zararın nakdî bir yöntem ile giderilmesini zımnen kabul ettiği anlamına gelmektedir.

Yeni Zelanda'nın mânevî zarar iddiası, uyuşmazlığın ikinci aşamasında tekrar gündeme gelecektir. Şöyle ki; Yeni Zelanda, Fransa ile Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'nin arabuluculuğunda yapılan andlaşmanın Fransa tarafından ihlâl edilmesinin ve Fransız ajanların andlaşmada öngörülenin aksine, kararlaştırılan süre dolmadan Fransa'ya götürülmesinin, devleti nezdinde mânevî zarar doğurduğu

<sup>73</sup> Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *op. cit.*, s. 342.

<sup>74</sup> *Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair*, Memorandum of the Government of New Zealand to the Secretary-General of the United Nations, *op. cit.*, s. 213.

<sup>75</sup> Clarisse Barthe-Gay, *op. cit.*, s. 115.

<sup>76</sup> *Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair*, *op. cit.*, s. 202.

<sup>77</sup> *Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair*, *op. cit.*, s. 209.

<sup>78</sup> *Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair*, *op. cit.*, s. 213.

nu iddia etmiştir. Daha açık bir ifade ile, Yeni Zelanda, Fransa'nın tahkim heyetinin bağlayıcı nitelikteki kararını ihlâl ederek egemenliğini zedelediğini ifade etmiştir. Zira Yeni Zelanda'ya göre "somut olayda yalnızca teknik bir uluslararası anlaşma ihlâli değil, bir devletin îtibar, şeref ve haysiyetinin de ihlâli söz konusudur".<sup>79</sup>

Gerçekten de, Yeni Zelanda'nın Birleşmiş Milletler tahkim kararının ihlâli nedeni ile uğradığı herhangi bir parasal kayıp yoktur; zarar Yeni Zelanda'ya karşı sahip olunan yükümlülüğün ihlâl edilmesi sûreti ile bu devletin egemenliğinin ihlâline ilişkindir. Nitekim tahkim heyeti, Yeni Zelanda'nın belirtilen zararının mânevî, siyâsî ve hukukî bir nitelik taşıdığına, çünkü devletin ve devlete bağlı yürütme ve yargı mercilerinin onur ve îtibarlarının zedelendiğine hükmetmiştir.<sup>80</sup> Fransa da Yeni Zelanda'nın söz konusu mânevî zarar iddiasına itiraz etmemiş ve böylece uyuşmazlığın tarafları maddî nitelikte olmayan bu ihlâlin, Yeni Zelanda'nın şeref, haysiyet ve îtibarını zedelediğini kabul etmiştir.<sup>81</sup>

*Rainbow Warrior* kararı dışında yukarıda alıntılanan diğer uluslararası tahkim ve mahkeme kararlarında, devletlere ödenen zarar giderim bedelinin temelini, bu devletlerin vatandaşlıklarında bulunan gerçek kişilerin uğradıkları uluslararası haksız fiillerden doğan zararlar olduğu görülmektedir. Başka bir ifade ile, uluslararası içtihat devletlerin uğradığı dolaylı mânevî zararların, maddî yöntemler ile yani zarar giderim yolu ile giderilebileceğini kabul etmektedir. Oysa *Rainbow Warrior* kararına konu olan olayda var olduğu kabul edilen mânevî zarar dolaylı değil, doğrudan mânevî zarardır. Dolayısıyla *Rainbow Warrior* kararının önemi, Yeni Zelanda'nın uğradığı doğrudan mânevî zararın maddî zarar giderim yöntemleri ile giderilebileceği yönündeki ifadesinde saklıdır.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two Agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France), op. cit., par. 108.*

<sup>80</sup> *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two Agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France), op. cit., par. 110.*

<sup>81</sup> *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two Agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France), op. cit., par. 109.*

<sup>82</sup> *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpre-*



Yeni Zelanda'nın bu yönde bir talebi olmadığı için somut olaydaki mânevî zararın parasal bir yöntem ile giderilmemiş olması<sup>83</sup> kararın önemini azaltmamaktadır. Zira, doğrudan mânevî zararın nakdî onarım yöntemleri ile giderilip giderilemeyeceği meselesi, bu karara rağmen doktrinin üzerinde hemfikir olmadığı bir meseledir ve *Rainbow Warrior* kararı, soruya olumlu yanıt veren hukukçuların elindeki en sağlam hukukî gerekçedir. Bu çerçevede, aşağıdaki satırlarda, devletin bir uluslararası haksız fiil nedeni ile uğradığı mânevî zarar ve bu tür zararların giderilmesinde başvurulabilecek onarım yöntemleri arasındaki ilişki incelenecektir.

### III. Mânevî Zararın Giderilmesinde Başvurulabilecek Onarım Yöntemleri

Uluslararası hukuk normlarının ihlâlinin, ihlâli gerçekleştiren devlet nezdinde onarım yükümlülüğü doğuracağı ilkesi ilk olarak Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından 1928 tarihli *Chorzów Fabrikası* kararında dile getirilmiştir. Divan uluslararası haksız fiillerden doğan zararların giderilmesi meselesinde mihenk taşı olduğu kabul edilen söz konusu kararında<sup>84</sup> “her yükümlülüğün ihlâlinin onarım yükümlülüğü doğuracağı, uluslararası hukukun ilkelerinden biri olduğu kadar genel hukuk anlayışının da bir sonucudur” ifadelerini kullanmış<sup>85</sup>, onarım yükümlülüğünün bir uluslararası hukuk ihlâlinin vazgeçilmez sonucu olduğunu ve ihlâlden doğan zararın kendisine en uygun olan yöntem ile giderilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>86</sup>

Uluslararası hukuk doktrini onarım kavramını “devletin uluslararası sorumluluktan kurtulmak veya sorumluluğunu yerine getirmek amacı ile

---

*tation or application of two Agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France), op. cit., par. 118.*

<sup>83</sup> *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two Agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France), op. cit., par. 119.*

<sup>84</sup> Shelton Dinah, “Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility”, *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96, ss. 833-856, s. 836.

<sup>85</sup> *Case Concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity, Merits)*, 13 September 1928, Series A, n°: 17, s. 29.

<sup>86</sup> *Case Concerning the Factory at Chorzów*, 26 July 1927, Series A, n°: 9, s. 21.



*başvurabileceği muhtelif yöntemlerin bütünü*” olarak tanımlamaktadır.<sup>87</sup> *Lato sensu* onarım olarak adlandırılan bu geniş yorumun, eski hale iade, zarar giderim (*stricto sensu* onarım) ve tatmin yöntemlerini kapsadığı kabul edilmektedir.<sup>88</sup>

Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni’nin de *Chorzów Fabrikası* kararında kabul edilen bu anlayışı benimsediği görülmektedir. Yukarıdaki satırlarda da aktarıldığı üzere metnin 31. maddesi, bir uluslararası haksız fiil işleyen devletin onarım yükümlülüğü altında bulunduğunu hükme bağlamaktadır. Ve bu yükümlülük maddî olduğu kadar mânevî zararların da giderilmesini gerektirmektedir. Bunun yanı sıra, metnin 34. maddesi devletin onarım yükümlülüğünü, teamül kuralına dönüştükleri kabul edilen<sup>89</sup> ve yukarıdaki satırlarda zikredilen üç onarım yöntemi ile yerine getirebileceklerini öngörmektedir: eski hale iade, zarar giderim ve tatmin.

Uluslararası hukuk ihlallerinden doğan maddî ve mânevî zararların giderilmesinde kullanılacak bu onarım yöntemlerinin ayrıntılarının ise metnin 35-37. maddeleri arasında düzenlendiği ve bu maddelerin de uluslararası içtihat tarafından ortaya konulan ilkeler üzerine oturtulduğu görülmektedir. Şöyle ki; *Chorzów Fabrikası* kararının sıklıkla atıf yapılan ifadelerine göre; “temel ilke [...] onarımın, mümkün olduğu ölçüde, haksız fiilin sonuçlarını ortadan kaldırması ve haksız fiil gerçekleştirilmemiş olsa idi muhtemelen var olacak olan durumu tesis etmesidir. Eski hale iade, veya, bu mümkün değilse, eski hale iadeye karşılık gelebilecek belli bir miktarın ödenmesi [...] uluslararası hukuka aykırı bir eylem nedeni ile ödenecek olan zarar giderim bedelinin miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak ilkelere dir”.<sup>90</sup> İşte söz konusu kararda ortaya konulan onarım mantığını benimseyen Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun 2001 Metni<sup>91</sup>, 35. maddesinde “bir uluslararası haksız fiil gerçekleştiren devlet eski hale iade yükümlülüğü altındadır; eski hale iade haksız fiilin işlenmesinden önce var

<sup>87</sup> Suzan Haasdijk, “The Lack of Uniformity in the Terminology of the International Law of Remedies”, *Leiden Journal of International Law*, 1992, Vol. 5, Issue 2, ss. 245-263, s. 246.

<sup>88</sup> Suzan Haasdijk, *op. cit.*, s. 246.

<sup>89</sup> Shelton Dinah, *op. cit.*, s. 835; Lars Markerta & Elisa Freiburg, *op. cit.*, s. 5; Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, s. 928.

<sup>90</sup> *Case Concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity, Merits)*, *op. cit.*, s. 47.

<sup>91</sup> Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, s. 943.

olan durumun yeniden tesis edilmesidir [...]” ifadelerini kullanmaktadır. Başka bir ifade ile, kaynağını Roma Hukuku’nun *restituere in integrum* ilkesinden alan eski hale iade, uluslararası haksız fiilden doğan sonuçların ortadan kaldırılmasını ve *ex ante* koşulların yeniden tesis edilmesini amaçlamaktadır.<sup>92</sup>

Metnin 36. maddesi ise, yine *Chorzów Fabrikası* kararı ışığında, bir uluslararası haksız fiil işleyen devletin, eski hale iadenin mümkün olmadığı hallerde haksız fiilin neden olduğu zarar giderme (tazmin etme) yükümlülüğü altında olduğunu ve zarar giderimin, mahrum kalınan kâr da dâhil, mâlî olarak takdir olunabilecek bütün zararları kapsaması gerektiğini belirtmektedir. Bu çerçevede, eski hale iade uluslararası hukuka aykırı olarak zarar verilen nesnelere onarımı amacını güden, zarar giderim ise uluslararası hukuka aykırı fiilin ortadan kaldırılmasını hedefleyen yöntemler olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>93</sup> Başka bir ifade ile, zarar giderim “zarara eşdeğer bir bedelin tevdi edilmesi iken, eski hale iade [...] tahrif edilmiş belli bir durumun onarılmasıdır”.<sup>94</sup>

Son olarak 2001 Metni’nin 37. maddesine göre, “1. bir uluslararası haksız fiilden sorumlu olan devlet, söz konusu haksız fiilin doğurduğu zararın eski hale iade ve zarar giderim yöntemleri ile giderilemiyor olması halinde tatmin yükümlülüğü altındadır. 2. Tatmin, ihlâlin kabulü, pişmanlık ifadesi, resmî özür veya başka uygun bir yöntemi kapsayabilir”.

Kanaatimizce, 37. maddenin lâfzı açık değildir. Zira, madde tatmin yöntemini diğer onarım yöntemlerinin kullanılmayacağı hallerde devreye giren bir yöntem telâkki etmekte ve pişmanlık ve özür gibi tedbirler ışığında tasvir etmeye çalışmaktadır. Elbette ki, metnin tatmin yöntemi ve mânevî zarar arasında açık olarak kurmadığı bağ, bu iki kavram arasında sıkı bir bağ bulunduğu gerçeğini değiştirmemektedir; genel bir hukuk muhakemesinin ve bugüne kadar uluslararası hukukçuların ileri sürdükleri görüşlerin ışığında bir uluslararası haksız fiilden doğan mânevî zararların tatmin yöntemi ile giderilebileceği hususunda şüphe bulunmamaktadır.

<sup>92</sup> Bernhard Graefrath, *op. cit.*, s. 77; Suzan Haasdijk, *op. cit.*, s. 250.

<sup>93</sup> Suzan Haasdijk, *op. cit.*, s. 251.

<sup>94</sup> Hans Stoll, “Consequences of Liability: Remedies”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1983, s. 9, aktaran: Suzan Haasdijk, *op. cit.*, s. 251.

Ancak yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere, kökenini Uluslararası Adalet Divanı'nın *Chorzów Fabrikası* kararında bulan ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin hükme bağladığı diğer iki onarım yönteminin uluslararası haksız fiillerden doğan mânevî zararların giderilmesinde kullanılıp kullanılmayacağı meselesinde uluslararası hukukçuların fikir birliği içinde olmadıkları görülmektedir.<sup>95</sup>

Aşağıdaki satırlarda bu hususta ileri sürülen farklı görüşler incelenecek ve bir uluslararası haksız fiilden doğan mânevî zararların, maddî yöntemler ile giderilip giderilemeyeceği sorusuna yanıt aranmaya çalışılacaktır.

#### **A. Mânevî Zararın Giderilmesinde Temel Onarım Yöntemi: Tatmin**

Tatmin yöntemi, yalnızca Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 Metni'nde değil, uluslararası sorumluluk hukukunun erken dönemlerinden beri "*eski hale iade ve zarar giderim niteliği taşımayan her türlü yöntem*" olarak tanımlanmaktadır.<sup>96</sup> Bu çerçevede, zarar giderim yöntemi, uluslararası haksız fiillerden doğan maddî zararların giderilmesi amacını taşıırken, tatmin yöntemi maddî nitelik taşımayan, mânevî ve siyâsî zararların giderilmesinde temel onarım yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>97</sup>

Tatmin yönteminin, diğer iki onarım yöntemi ile karşılaştırıldığında kendine özgü bir yöntem olduğu aşikârdır ve uluslararası haksız fiilden doğan mânevî zararın maddî olmayan niteliği, bu tür zararların tam olarak ne şekilde giderileceğini tespit eden somut ve yeknesak kurallar geliştirilmesine engel olmaktadır.<sup>98</sup> Şöyle ki; mânevî zararın

<sup>95</sup> Bkz. Lars Markerta & Elisa Freiburg, *op. cit.*, ss. 6-7.

<sup>96</sup> Bernhard Graefrath, *op. cit.*, s. 84.

<sup>97</sup> Bkz. Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, s. 943 ; Suzan Haasdijk, *op. cit.*, s. 253. Haasdijk'e göre geniş anlamda tatmin devlete ve vatandaşlarına verilen bütün maddî olmayan zararların varlığında ve sadece mânevî ve siyâsî zararları gidermenin de ötesinde bir onarım yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak tatmin yönteminin katı ve dar yorumu, bu yöntemin devletin vatandaşlarının uğradığı zararların varlığı halinde devreye girmesini engellemektedir. Suzan Haasdijk, *op. cit.*, ss. 255-257.

<sup>98</sup> Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, s. 944.

içeriğinin belirsiz ve değişken olması, uluslararası haksız fiili gerçekleştiren devletin başvuracağı tatmin yönteminin içeriğinin de haksız fiilin niteliğine, fiilin ciddiyetine ve her durumun kendine özgü şartlarına göre değişkenlik arz etmesi sonucunu doğurmaktadır.<sup>99</sup>

Bu gerekçeler ile, ve yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere, tatmin yönteminin, devletin mânevî değerlerini, egemenliğini, şeref ve haysiyetini ihlâl eden, yani mânevî zarar doğuran uluslararası haksız fiillerin varlığında devreye girmesi gereken temel onarım yöntemi olduğu kabul edilmektedir.<sup>100</sup> Zira bir uluslararası haksız fiilin devletin şeref ve haysiyetini zedelemesi veya egemenlik hakkına hâlel getirmesi objektif bir değerlendirmenin konusunu teşkil edemeyecek, içeriği kişiden kişiye göre değişkenlik arz edecek zararlardır. Tatmin yöntemi de her uluslararası haksız fiilin kendine özgü şartlarına göre farklı şekillerde tezahür edebileceğinden ve mağdur devlete talep ettiği onarımın içeriğini belirleme imkânı vereceğinden mânevî zararların giderilmesine en uygun onarım yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifade ile, tatmin yöntemi, eski hale iade ve zarar giderim yöntemlerine nazaran daha siyâsî ve esnek bir onarım yöntemidir ve devletlere her açıdan daha geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır.<sup>101</sup>

Yukarıdaki satırlarda açıkça ifade edildiği üzere, tatmin yöntemi devletin şeref ve haysiyetini ihlâl eden uluslararası haksız fiillerin varlığında devreye girmektedir. Devletin alenen aşağılanması, devletin alenen tatmin edilmesini gerektirdiğinden, tatmin yöntemi aleni olarak gerçekleştirilmelidir.<sup>102</sup> Ancak uluslararası haksız fiili gerçekleştiren devletin alması gereken tatmin tedbirlerinin cezâî bir niteliğinin bulunmaması gerektiği uluslararası sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden biridir.<sup>103</sup>

Bu çerçevede, uluslararası hukukta tatmin yönteminin üç farklı tedbirden müteşekkil olduğu kabul edilmektedir:

- özür dilenmesi,
- uluslararası haksız fiili gerçekleştiren kişilerin cezalandırılması ve

<sup>99</sup> Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, s. 944.

<sup>100</sup> Bkz. Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, s. 944 vd. ; Bernhard Graefrath, *op. cit.*, s. 84.

<sup>101</sup> Bernhard Graefrath, *op. cit.*, s. 85.

<sup>102</sup> Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, s. 944.

<sup>103</sup> Bernhard Graefrath, *op. cit.*, s. 86.

- haksız fiilin tekrarlanmayacağına dair güvence verilmesi.<sup>104</sup>

Bu tedbirler arasında en çok özür dileme yönteminin kullanıldığı bilinmektedir<sup>105</sup> ve özür dileme, gerçekleştirilen uluslararası haksız fiilin niteliğine göre farklı şekillerde tezahür edebilmektedir. Örneğin haksız fiili gerçekleştiren devlet tarafından ifade edilen pişmanlık sözleri veya haksız fiilin kınanması ya da kendisine karşı haksız fiil gerçekleştirilen devletin bayrağının selamlanması sorumlu devletin özür dilediği anlamına gelen tedbirlerdendir.<sup>106</sup>

### B. Mânevî Zararın Nakdî Onarım Yöntemleri ile Giderilebilirliği

Yukarıdaki satırlarda açıklandığı üzere, her uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin, ihlâli gerçekleştiren devlet nezdinde onarım yükümlülüğü doğurduğu uluslararası hukukun en klâsik ilkelerinden biridir. Ve devletlerin uluslararası haksız fiillerinden doğan maddî zararların eski hale iade ve zarar giderim yöntemleri ile, mânevî zararların ise özür dileme, uluslararası haksız fiili gerçekleştiren kişilerin cezalandırılması ve tartışmalı da olsa haksız fiilin tekrarlanmayacağına dair güvence verilmesi şekillerinde tezahür eden tatmin yöntemi ile giderilebileceği hususunda doktrin ve içtihatla herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, yine yukarıdaki satırlarda aktarıldığı üzere, devletlerin vatandaşları aracılığı ile uğradıkları yani dolaylı mânevî zararlarının nakdî yöntemler ile giderilebileceği uluslararası içtihatla tutarlı bir biçimde ortaya konulmaktadır. Ancak devletin

<sup>104</sup> Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, s. 944; Bernhard Graefrath, *op. cit.*, s. 84. Devletin uluslararası haksız fiilin tekrarlanmayacağına dair güvence vermesi klâsik uluslararası hukukta tatmin yönteminin tedbirlerinden biri kabul edilmektedir. Ancak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 Metni'nin 30. maddesi, bu tür güvencelerin tatmin yönteminin bir parçasını mı teşkil ettiği yoksa başlı başına bir onarım yöntemi mi olduğu sorusunu gündeme getirmiştir. Zira tatmin yöntemini değil, genel olarak uluslararası haksız fiili gerçekleştiren devletin üzerine düşen yükümlülükleri düzenleyen 30. maddeye göre uluslararası haksız fiili gerçekleştiren devlet önce bu fiile son vermeli ardından fiilin tekrarlanmayacağına dair güvence vermelidir. Bu çerçevede, "uluslararası haksız fiilin tekrarlanmayacağına dair güvence vermenin" onarım yöntemleri arasında tam olarak nerede durduğu tartışmalıdır. Bkz. Clarisse Barthe-Gay, *op. cit.*, s. 113 ve s. 120.

<sup>105</sup> Bkz. Richard B. Bilder, "The Role of Apology in International Law and Diplomacy", *Virginia Journal of International Law*, 2006, Vol. 46, n°: 3, ss. 433-473.

<sup>106</sup> Franciszek Przetacznik, *op. cit.*, ss. 944-946.

uğradığı doğrudan mânevî zararların nakdî onarım yöntemleri ile giderilip giderilemeyeceği, başka bir ifade ile, bu tür zararların varlığı halinde nakdî onarımın tatmin yönteminin bir parçasını teşkil edip edemeyeceği tartışmalıdır.<sup>107</sup>

Şöyle ki; Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin resmî yorum notlarında *"bir uluslararası haksız fiilden doğan maddî ve mânevî zararlar, mâlî olarak takdir edilebilir ve dolayısıyla zarar giderim yolu ile onarılabilir zararlardır. Tatmin ise, zararın mâlî olarak takdir edilemediği hallerde devlete karşı gerçekleştirilecek onarım yükümlülüğünü teşkil etmektedir. Bu zararların genellikle, yükümlülüğün ihlâlinin maddî sonuçlarından bağımsız, sembolik bir niteliği vardır"*<sup>108</sup> ifadeleri kullanılmaktadır.

Söz konusu ifadeler, eski hale iade ve zarar giderim yöntemlerinin devletin maddî zararlarının ve mâlî olarak takdir edilebilir nitelikteki dolaylı mânevî zararlarının varlığında, tatmin yönteminin ise doğrudan mânevî zararların söz konusu olduğu hallerde devreye gireceği anlamına mı gelmektedir?

Shelton Dinah'a göre, Maddeler Metni'nin resmî yorum notları, sorumlu devletin onarım yükümlülüğünün uluslararası haksız fiilden doğan mevcut zararın ötesine geçen bir yükümlülük olmadığını ve kayıp ile ölçülü ve orantılı olması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, uluslararası haksız fiili gerçekleştiren devletin mağdur devlete ödemesi gereken onarım bedeli, haksız fiilden doğan zararın miktarına göre belirlenmelidir. Dolayısıyla Dinah'a göre, zarar giderim yöntemi mağdur devletin yalnızca ölçülebilir kayıplarının tazmini için kullanılabilir, uluslararası haksız fiillerden doğan doğrudan mânevî zararlar, zarar giderim yöntemi ile giderilemeyecektir.<sup>109</sup>

Lars Markerta ve Elisa Freiburg da aynı görüştedir. 2001 Metni'nin resmî yorum notlarında *"tatmin yönteminin aksine, zarar giderim yöntemi"*

<sup>107</sup> Bkz. Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *op. cit.*, s. 351 vd.

<sup>108</sup> Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *op. cit.*, s. 106.

<sup>109</sup> Shelton Dinah, *op. cit.*, ss. 845-846.

minin işlevi, uluslararası haksız fiilin sonucu olarak ortaya çıkan kayıpların giderilmesidir. [...] Zarar giderim, mağdur devletin veya vatandaşlarının mâlî olarak takdir olunabilir zararını karşılar"<sup>110</sup> ifadelerinin kullanıldığını hatırlatan yazarlar, doğrudan mânevî zararların doğaları gereği ölçülebilir olmadıklarını ve dolayısıyla zarar giderim yönteminin konusunu teşkil edemeyeceklerini ifade etmektedir.<sup>111</sup>

Benzer şekilde 2001 Metni'ne, metnin resmî yorum notlarına ve özellikle Uluslararası Hukuk Komisyonu raportörü Gaetano Arangio-Ruiz'in sunduğu ikinci rapora<sup>112</sup> atıfta bulunan Stephan Wittich, eski hale iade ve zarar giderim yöntemlerinin yalnızca maddî zararları gidermek amacı ile kullanılacaklarını, tatmin yönteminin işlevinin ise mânevî zararların giderilmesi olduğunu belirtmektedir.<sup>113</sup> Wittich, 2001 Metni'nin ilk önerisinin uluslararası haksız fiillerden doğan maddî ve mânevî zararların giderilmesi hususunda çok açık olduğunu, gerçek kişilerin ve devletlerin uğradıkları mânevî zararların farklı değerlendirmelere tâbî tutulduğunu ve nakdî onarımın sadece devletin uğradığı maddî zararları değil, devletin ajanlarının ve vatandaşlarının uğradığı mânevî zararların giderilmesi için de öngörüldüğünü tespit etmektedir.<sup>114</sup> Ancak yazara göre metnin son hali ve özellikle 36

<sup>110</sup> Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, *op. cit.*, commentary to Art. 36, par. 4.

<sup>111</sup> Lars Markerta & Elisa Freiburg, *op. cit.*, s. 7.

<sup>112</sup> Arangio-Ruiz'e göre "zarar giderim, genellikle, mağdur devletin 'doğrudan' veya 'dolaylı' olarak uğradığı 'maddî' zararları giderme yöntemi olarak tanımlanır. Tatmin ise genellikle mağdur devletin onur, şeref ve itibarının zedelenmesi [...] sonucu uğradığı 'mânevî' zararı gidermeye yöneliktir." Second report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 1989, Vol. II, Part One, A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1., s. 3, par. 4. Ancak raportöre göre bu iki kavram, uluslararası sorumluluk hukukunda zarar unsuruna ilişkin doğru bir çerçeve ortaya koymaktan uzaktır. Zira maddî zararlara yönelik olduğu kabul edilen nakdî zarar giderim yönteminin, aynı zamanda mağdur devletin ajanlarının veya vatandaşlarının uğradığı mânevî zararları da karşılaması beklenir. Tatmin yönteminin ise, devletin ajanlarının veya vatandaşlarının uğradığı mânevî zararları değil, devletin kendisinin uğradığı mânevî zararları gidereceği kabul edilmelidir. Arangio-Ruiz, buradan hareketle ve devlet uygulamaları ve doktrin ışığında zarar giderim ve tatmin yöntemlerinin birbirinden ayrı değerlendirilmeleri gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>113</sup> Stephan Wittich, "Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages and the Law of State Responsibility", *op. cit.*, s. 104.

<sup>114</sup> Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *op. cit.*, ss. 358-359.



ve 37. maddeleri açık değildir.<sup>115</sup> Zira, Uluslararası Hukuk Komisyonu, bireylerin ve devletlerin uğradıkları mânevî zararları son kertede aynı muameleye tâbî tutmuş ve devletlerin yalnızca vatandaşlarına karşı işlenen uluslararası haksız fiiller nedeni ile uğradıkları dolaylı mânevî zararların nakdî olarak giderilebileceği ilkesini benimsemiştir.<sup>116</sup> Başka bir ifade ile 2001 Metninde devletlerin uluslararası bir haksız fiil nedeni ile uğradıkları doğrudan mânevî zararların mâlî olarak takdir edilebilirliği tartışmalıdır.

Zira yazara göre metnin “bir uluslararası haksız fiilden sorumlu olan devletin, eski hale iadenin mümkün olmadığı hallerde haksız fiilin neden olduğu zarar giderim (tazmin etme) yükümlülüğü altında olduğunu” belirten 36. maddesinin ve “sorumlu devletin, söz konusu haksız fiilin doğurduğu zararın eski hale iade ve zarar giderim yöntemleri ile giderilemiyor olması halinde tazmin yükümlülüğü altında olduğunu” ifade eden 37. maddesinin yorumundan çıkan sonuç şudur: 36. maddede öngörülen zarar giderim yöntemi yalnızca bireylerin mâlî olarak takdir edilebilir nitelikteki zararları, yani devletin uğradığı dolaylı mânevî zararlar için kullanılabilir; devletin uğradığı doğrudan mânevî zararlar ise yalnızca tazmin yöntemi ile giderilebilecektir.<sup>117</sup>

Yukarıda görüşleri aktarılan yazarların, doğrudan mânevî zararların maddî yöntemler ile giderilemeyeceği iddiasına rağmen diğer bazı hukukçuların bu görüşte olmadıkları görülmektedir.

Örneğin James Crawford 2001 Metni'nin devletlerin bir uluslararası haksız fiil nedeni ile uğradıkları doğrudan mânevî zararların zarar giderim yöntemi ile giderilebileceği yönünde bir anlayış benimsemiyor olmasını eleştirmektedir.<sup>118</sup>

Suzan Haasdijs'e göre de bir uluslararası haksız fiil sonucu ortaya çıkan hasarın ekonomik olmaması, nakdî olarak tazmin edilebileceği

<sup>115</sup> Stephan Wittich, “Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law”, *op. cit.*, s. 359.

<sup>116</sup> Stephan Wittich, “Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law”, *op. cit.*, s. 359.

<sup>117</sup> Stephan Wittich, “Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law”, *op. cit.*, s. 360.

<sup>118</sup> Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session (1 May-9 June and 10 July-18 August 2000), Supplement n°: 10, *Yearbook of the International Law Commission*, 2000, Vol. II, Part Two, par. 235.

gerçeğini değiştirmeyecektir. Yazara göre pek çok ulusal hukuk düzeni de bu yönde bir anlayış benimsemekte ve iç hukuk kişilerinin uğradığı mânevî zararların tazminat yöntemi ile giderilebileceği ilkesini kabul etmektedir.<sup>119</sup>

Bu noktada yazarın zarar giderim yöntemini iki farklı bakış açısı ile tanımladığı görülmektedir. Şöyle ki; Haasdijk'e göre *stricto sensu* zarar giderimin maddî zararları kapsadığı, tatmin yönteminin ise mânevî, siyâsi, maddî olmayan zararlar için devreye gireceği kabul edilebilir. Ancak yazara göre geniş anlamda zarar giderim mânevî zararları da kapsamaktadır ve uluslararası haksız fiil sonucu ortaya çıkan her türlü zararın maddî yöntemleri ile giderilebileceğini ifade etmektedir.

Kanaatimiz de bu yöndedir. Nitekim, *Lusitania* kararında da zarar giderim (*compensation*) ifadesi hem maddî, hem de maddî olmayan zararların giderilmesi anlamında kullanılmıştır.<sup>120</sup> Zira mânevî zararların nakdî olarak giderilebilmesinin önünde hiçbir engel bulunmadığını belirten söz konusu kararın, bir onarım yöntemi olarak "tatmin"den ayrıca bahsetmediği görülmektedir.

Clarisse Barthe-Gay'e göre de, tatmin yönteminin, zarar giderim yöntemi gibi nakdî onarım biçiminde uygulanmasının önünde hiçbir teorik engel yoktur. Ancak yazara göre nakdî onarım şeklinde tezahür eden tatmin yöntemi, zarar giderim yönteminden farklı bir yöntemdir.<sup>121</sup> Şöyle ki; Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 Metni'nin 37. maddesinin 2. fıkrasına göre, "tatmin, ihlâlin kabulü, pişmanlık ifadesi, resmî özür veya başka uygun bir yöntemi kapsayabilir". Ve yazara göre, Uluslararası Hukuk Komisyonu, söz konusu maddede mânevî zararın parasal yöntemler ile giderilmesi fikrini reddetmiştir.<sup>122</sup> Ancak, Komisyonu'nun bu tercihi, yazara göre kabul edilebilir değildir. Zira bir gerçek kişinin uğradığı mânevî zarara parasal bir değer biçilebiliyor ise, devletin uğradığı doğrudan mânevî zarara da parasal bir değer biçilebilmelidir. Başka bir ifade ile, gerçek kişilerin uğradığı mânevî

<sup>119</sup> Suzan Haasdijk, *op. cit.*, s. 255.

<sup>120</sup> Suzan Haasdijk, *op. cit.*, s. 253.

<sup>121</sup> Clarisse Barthe-Gay, *op. cit.*, s. 113.

<sup>122</sup> Clarisse Barthe-Gay, *op. cit.*, ss. 113-114.

zararın nakdî karşılığı takdir olunabiliyorsa, devletin uğradığı mânevî zararın da nakdî karşılığı takdir edilebilmelidir<sup>123</sup>, ki kanaatimiz de bu yöndedir.

### Sonuç

Elinizdeki çalışma, uluslararası haksız fiillerden doğan mânevî zarar kavramının uluslararası hukukun en temel ve klâsik konularından biri olmasına karşın, hâlâ tartışılan ve anlaşılması güç bir kavram olduğunu ortaya koymaktadır. Kanaatimizce bunun en önemli nedeni söz konusu kavramın devlet uygulamalarına ve uluslararası içtihadı yeterince konu olmaması, konuya ilişkin uygulama ve kararların ise tutarsız olmasıdır.<sup>124</sup>

Gerçekten de, devletlerin uğradıkları mânevî zararların uygulamada daha ziyâde *ex gratia* temelinde karşılandığı bilinmektedir.<sup>125</sup> Bunun yanı sıra yukarıdaki satırlarda incelenen *Lusitania* ve *Rainbow Warrior* kararları dışında özel olarak devletlerin uğradıkları doğrudan ve dolaylı mânevî zararları ve bu zararların hangi onarım yöntemleri ile giderilebileceğini tartışan sağlam ve tutarlı bir uluslararası içtihat bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, elinizdeki çalışmanın temel hukukî sorununu teşkil eden mânevî zararların nakdî onarım yöntemleri ile giderilip giderilemeyeceği meselesi bütünü ile açıklığa kavuşmuş değildir. Şöyle ki; yukarıdaki satırlarda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere devletin uğradığı dolaylı mânevî zararların nakdî onarım yöntemleri ile giderilebileceği ilkesi bugün tartışma götürmemektedir. Ancak doğrudan mânevî zararlar için aynı tespit yapılamamaktadır.<sup>126</sup> Nitekim, doğrudan mânevî zararların nakdî onarım yöntemleri ile giderilebileceği yönünde yo-

<sup>123</sup> Clarisse Barthe-Gay, *op. cit.*, s. 114. Benzer bir görüş için bkz. Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *op. cit.*, s. 367.

<sup>124</sup> Benzer bir görüş için Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *op. cit.*, s. 366.

<sup>125</sup> Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *op. cit.*, s. 358.

<sup>126</sup> Stephan Wittich, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *op. cit.*, s. 367.

rumlanabilecek yegâne karar yukarıdaki satırlarda ayrıntılı olarak incelenen 1986 tarihli *Rainbow Warrior* kararıdır.

Bunun yanı sıra, Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nde *Rainbow Warrior* kararını destekleyen hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Ancak, tüm bu tespitler, kanaatimizce, devletin uğradığı doğrudan mânevî zararların nakdî onarım yöntemleri ile giderilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira, *Lusitania* kararında da açıkça ifade edildiği üzere, “mağdur, uluslararası hukuk kuralları altında, ruhsal ve duygusal acı, aşağılanma, utanç, şeref ve haysiyetinin zedelenmesi sonucu uğradığı zararın giderilmesi hakkına sahiptir [...]. Bu zararlar gerçektir ve parasal olarak ölçülebilmelerinin zor olması, söz konusu zararları daha az gerçek kılmamakta ve mağdurun zararının tazminat yolu ile giderilememesi için neden teşkil etmemektedir”.<sup>127</sup>

Nasıl ki, iç hukuk düzenlerinde gerçek kişilerin uğradıkları mânevî zararlar tazminat yöntemi ile giderilebiliyor ise, devletlerin uğradıkları doğrudan mânevî zararlar da, uluslararası sorumluluk hukukunun temel mantığı ışığında, nakdî yöntemler ile giderilebilmelidir.

## Kaynakça

### 1. Doktrin

Anzilotti Dionisio, *Corso di diritto internazionale*, Rome 1928.

Anzilotti Dionisio, “La responsabilité internationale des Etats à raisons des dommages soufferts par des étrangers”, *Revue générale de droit international public*, 1906, Tome XIII, ss. 5-27.

Barthe-Gay Clarisse, “Réflexions sur la satisfaction en droit international”, *Annuaire français de droit international*, 2003, Vol. 49, ss. 105-128.

Bederman David J., “State-to-State Espousal of Human Rights Claims”, *Virginia Journal of International Law Online*, 2011, Vol. 1, ss. 3-11.

Bilder Richard B., “The Role of Apology in International Law and Diplomacy”, *Virginia Journal of International Law*, 2006, Vol. 46, n°: 3, ss. 433-473.

<sup>127</sup> *Lusitania (United States v. Germany)*, op. cit., s. 40.

- Bissonnette Pierre André, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international*, Genève 1952.
- Bollecker-Stern Brigitte, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris 1973.
- Carreau Dominique & Marrella Fabrizio, *Droit international*, Paris 2012.
- Combacau Jean & Sur Serge, *Droit international public*, Paris 1995.
- Daillier Patrick & Forteau Mathias & Pellet Alain, *Droit international public*, Paris 2009.
- Dinah Shelton, "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility", *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96, ss. 833-856.
- Dominicé Christian, "The International Responsibility of States for Breach of Multilateral Obligations", *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, n°: 2, ss. 353-363.
- Dumberry Patrick, "Satisfaction as a Form of Reparation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes", *Journal of International Dispute Settlement*, 2012, ss. 1-38.
- Dupuy Pierre-Marie, "Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility", *European Journal of International Law*, 1999, Vol. 10, n°: 2, ss. 371-385.
- Erkiner Hakkı Hakan, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, İstanbul 2010.
- Fauchille Paul, *Traité de droit international public*, Tome I, Partie I, Paris 1922.
- Graefrath Bernhard, "Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and damages", *Recueil de l'académie de droit international de La Haye*, 1984, Vol. 185, ss. 11-149.
- Garcia-Amador Francisco V., "Sixth Report on International Responsibility", UN Doc. A/CN.4/134, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1961, ss. 1-55.
- Garcia-Amador Francisco V., "State Responsibility: some new problems", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 94, 1958, ss. 365-491.
- Gray Christine, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford 1987.
- Haasdijk Suzan, "The Lack of Uniformity in the Terminology of the International Law of Remedies", *Leiden Journal of International Law*, 1992, Vol. 5, Issue 2, ss. 245-263.
- Kurtdarcan Bleda R., "Riding Shotgun: Some Legal Issues Related to the Use of VPDs Aboard Merchant Vessels Against Pirates", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Mayıs-Haziran 2015, C. 10, S. 129-130, ss. 242-244.
- Küzeci Elif, "Beyaz Perdede Kara Bir Dönemin Gölgesi: Modernite ve Holokost'u Sinema Aracılığıyla Anlamak", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, S. 89, ss. 323-354.

- Markerta Lars & Freiburgb Elisa, "Moral Damages in International Investment Disputes-On the Search for a Legal Basis and Guiding Principles", *The Journal of World Investment & Trade*, 2013, Vol. 14, ss. 1-43.
- Pazarıcı Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara 2010.
- Pellet Alain, "Le nouveau projet de la C.D.I sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite: Requiem pour le crime?", in Vohrah Lal Chand & Pocar Fausto & Featherstone Yvonne & Fourmy Olivier & Graham Christine & Hocking John & Robson Nicholas (ed.), *Man's Inhumanity to Man: essays on international law in honour of Antonio Cassese*, The Hague 2003, ss. 655-684.
- Pellet Alain, "Remarques sur une révolution inachevée, le projet d'articles de la Commission du Droit international sur la responsabilité des Etats", *Annuaire français de droit international*, 1996, Vol. 42, ss. 7-32.
- Pirim Ceren Zeynep, "Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlandırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul 2012, Yıl 32, S. 2, ss. 147-183.
- Pirim Ceren Zeynep & Sökücü Yıldız Şule, "Özel Hukuk Tüzel Kişileri Üzerinde Diplomatik Koruma Hakkına Sahip Olan Devletin Tespiti: Barcelona Traction Kararından Geriye Kalanlar", *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, İstanbul 2014, C. II, ss. 2223-2260.
- Przetacznik Franciszek, "La Responsabilité internationale de l'Etat à raisons de préjudices de caractère moral et politique causé à un autre Etat", *Revue générale de droit international public*, 1974, ss. 919-974.
- Shaw Malcolm N., *International Law*, New York 2008.
- Stern Brigitte, "Et si on utilisait le concept de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des États", *Annuaire français de droit international*, Vol. 47, 2001, ss. 3-44.
- Vattel Emmerich De, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758.
- Vattel Emmerich De, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature applied to Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Traduction by Josepf Chitty, Philadelphia 1844.
- Vermeer-Künzli Anna Maria Helena, *The Protection of Individuals by Means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument*, PhD Dissertation, Leiden University 2007.
- Wittich Stephan, "Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages and the Law of State Responsibility", *Austrian Review of International and European Law*, 1998, Vol. 3, ss. 101-157.
- Wittich Stephan, "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law", *Finnish Yearbook of International Law*, 2004, Vol. 15, ss. 321-368.

## 2. İçtihat

### a. Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı Kararları

*Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, 30 November 2010, *I.C.J Reports* 2010, s. 639.

*Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation Owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea*, 19 June 2012, *I.C.J Reports* 2012, s. 324.

*Case Concerning the Arrest Warrant (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 14 February 2002, *I.C.J Reports* 2002, s. 3.

*Case Concerning the Factory at Chorzów*, 26 July 1927, Series A, n°: 9.

*Case Concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity, Merits)*, 13 September 1928, Series A, n°: 17.

*LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, 27 June 2001, *I.C.J Reports* 2001, s. 466.

*LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Memorial of the Federal Republic of Germany, Vol. I, 16 September 1999.

*The Mavrommatis Palestine Concessions*, 30 August 1924, Series A, n°: 2.

### b. Tahkim Kararları

*Lusitania (United States v. Germany)*, Opinion of the Mixed Claims Commission, *Reports of International Arbitral Awards*, 1 November 1923, Vol. VII, ss. 32-44.

*Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair*, *Reports of International Arbitral Awards*, 6 July 1986, Vol. XIX, ss. 199-221.

*Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two Agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France)*, 30 April 1990, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XX, ss. 215-284.

*Case concerning the differences between New Zealand and France arising from the Rainbow Warrior affair*, *Reports of International Arbitral Awards*, 6 July 1986, Vol. XIX, Memorandum of the Government of New Zealand to the Secretary-General of the United Nations, ss. 199-221.

*Heirs of Jean Maninat Case (France v. Venezuela)*, *Reports of International Arbitral Awards*, 31 July 1905, Vol. X, ss. 55-83.

*S. S. "I'm Alone" Case (Canada v. United States)*, *Reports of International Arbitral Awards*, 30 June 1933 and 5 January 1935, Vol. III, ss. 1609-1618.



### 3. Diğer Belgeler

Convention de Vienne sur les relations consulaires, Vienne, 24 avril 1963, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 596, s. 261.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10).

Report of the International Law Commission to the General Assembly on the work of its forty-fifth session (3 May-23 July 1993), *Yearbook of the International Law Commission*, 1993, Vol. II, Part Two.

Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session (1 May-9 June and 10 July-18 August 2000), Supplement n°: 10, *Yearbook of the International Law Commission*, 2000, Vol. II, Part Two.

Second report on State responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 1989, Vol. II, Part One, A/CN.4/425 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1.

# TAŞINMAZLARIN KİRALANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN UYGULANACAK HUKUK, MİLLETLERARASI YETKİ VE MİLLETLERARASI TAHKİM BAKIMINDAN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

## IMMOVABLE TENANCY CONTRACTS IN TERMS OF APPLICABLE LAW, INTERNATIONAL JURISDICTION AND INTERNATIONAL ARBITRATION UNDER THE TURKISH LAW

Ekin ÖMEROĞLU\*

**Özet:** Yabancılık unsuru taşıyan taşınmaz kirasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun tarafından m. 25 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Bununla birlikte karşılaştırmalı hukukta, taraflara hukuk seçme imkânı tanıyan düzenlemeler bulunmaktadır. Milletlerarası özel hukukun diğer bir yönü olan milletlerarası yetki bakımından ve özellikle yetki anlaşmalarının yapılması bakımından da Türk hukukunun karşılaştırmalı hukuktan ayrılan yönleri mevcuttur. Dolayısıyla çalışmamızda taşınmazların kiralınmasına ilişkin sözleşmeler, gerek uygulanacak hukuk ve gerekse milletlerarası yetki bakımından karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde ele alınacaktır. Son olarak taşınmazların kiralınmasına ilişkin sözleşmelerin Türk milletlerarası tahkim hukukundaki yerine çalışmamızda yer verilecektir.

**Anahtar Sözcükler:** Taşınmaz Kira Sözleşmesi, Uygulanacak Hukuk, Hukuk Seçimi, Milletlerarası Yetki, Yetki Anlaşmaları, Milletlerarası Tahkim, Tahkime Elverişlilik

**Abstract:** Applicable law to immovable tenancy contracts is governed by Article 25 of the Turkish Private International and Procedural Law Act. Article 25 states that a contract relating to an immovable property and use of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated. However, according to the comparative law there are some regulations which provide the choice of law for immovable tenancy contracts. Another aspect of private international law is international jurisdiction. Therefore, this study attempts to address the issue of immovable tenancy contracts comparatively in terms of applicable law and in-

\* Ar. Gör. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

ternational jurisdiction, especially choice of forum agreements. Finally, our study will analyze the immovable tenancy contracts under the Turkish International Arbitration Act.

**Keywords:** Immovable Tenancy Contracts, Applicable Law, Choice of Law, International Jurisdiction, Choice of Forum Agreements, International Arbitration, Arbitrability

## GİRİŞ

Yabancılık unsuru taşıyan taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından Türk milletlerarası özel hukukunda, sözleşmelere uygulanacak hukuktan farklı bir bağlama noktası kabul edilmiştir. Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ("MÖHUK")<sup>1</sup> m. 25 düzenlemesi uyarınca, taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Türk hukukunda durum bu olmakla birlikte, karşılaştırmalı hukukta taraflara hukuk seçimi imkanı getiren düzenlemeler mevcuttur. Bu nedenle çalışmamızda karşılaştırmalı hukuk bakımından bir inceleme yapılacaktır.

Taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve yetki anlaşmaları da milletlerarası özel hukukun bir başka ayağı olan milletlerarası usul hukuku problemi teşkil etmektedir. Bu nedenle çalışmamızda milletlerarası yetki bakımından da, taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmeler ele alınacaktır.

Son olarak, taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin Türk milletlerarası tahkim hukukundaki yerine çalışmamızda yer verilecektir.

## I. TAŞINMAZLARIN KİRALANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK

### A. TÜRK HUKUKUNDA TAŞINMAZLARIN KİRALANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK

Türk milletlerarası özel hukukunda, sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından kabul edilen temel prensip irade serbestisidir. İra-

<sup>1</sup> Kanun No: 5718, Resmi Gazete: 12.12.2007 / S: 26728.

de serbestisi prensibi uyarınca, taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk hakkında hukuk seçimi yapabilecektir.<sup>2</sup>

Taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda ise, Türk milletlerarası özel hukukunda ayrıca bir düzenleme getirilmiştir. MÖHUK m. 25 hükmü uyarınca, taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler, taşıdıkları önem nedeniyle taşınmaz eşyanın bulunduğu ülke hukukuna tabi tutulmuştur.<sup>3</sup>

Türk milletlerarası özel hukukunda taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun, taşınmazın bulunduğu yer hukuku olarak kabul edilmesinin nedeni doktrinde, Türk hukukunda taşınmazların mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olması ve taşınmaz satışı hakkındaki sözleşmenin ancak tapu memuru önünde yapılabilmesi şeklinde ifade edilmektedir.<sup>4</sup> Doktrinde aynı zamanda, MÖHUK m. 25'de yer alan düzenlemenin, iç hukukta taşınmazlarla ilgili yapılacak tasarruf işlemlerinin resmi şekilde yapılması zorunluluğu ile paralellik taşıdığı da ifade edilmiştir.<sup>5</sup>

MÖHUK m. 25 düzenlemesinin kapsamı sadece taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmeler ile sınırlanmamıştır. Taşınmazlara ve taşınmazların kullanımına ilişkin tüm sözleşmeler bakımından irade serbestisi prensibinden ayrılarak, taşınmazların bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Böylece taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, taşınmazların bağışlanması, taşınmaz satış sözleşmeleri ve taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, trampa sözleşmesine ve ölüncüye kadar bakma sözleşmesine konu olan taşınmazlar, taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi olacaktır.<sup>6</sup> Bunun yanında doktrinde, inşaat sözleşmelerinin MÖHUK m. 25 kapsamına girme-

<sup>2</sup> Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, yenilenmiş 21. bs., Beta, İstanbul 2015, s. 312 (“Devletler Hususi Hukuku”); Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. bs., Beta, İstanbul 2016, s. 341; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. bs., Beta, İstanbul 2015, s. 252.

<sup>3</sup> Çelikel, Erdem, s. 374; Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, gözden geçirilmiş 3. bs., Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 386.

<sup>4</sup> G Tekinalp, Ayfer Uyanık, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 303.

<sup>5</sup> Doğan, s. 386.

<sup>6</sup> Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 331; Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 303; Çelikel, Erdem, s. 374.

diği kabul edilmektedir. Böylelikle inşaat sözleşmeleri hakkında MÖHUK m. 24'de yer alan sözleşmelere uygulanacak hukuk düzenlemesi ile taraflar hukuk seçiminde bulunabileceklerdir.<sup>7</sup>

Türk milletlerarası özel hukukunda, taşınmazlara ve taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler denildiği zaman bunun kapsamının çok geniş olmasından dolayı birçok sözleşme üzerinde hukuk seçiminin engellenmiş olması nedeniyle, taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından hukuk seçiminin tanınmayıp taşınmazın bulunduğu yer hukuku bağlama noktasının kabul edilmesi doktrinde eleştirilmiştir.<sup>8</sup> Bunun yanında aşağıda inceleyeceğimiz üzere, karşılaştırmalı hukukta da taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerde hukuk seçiminin kabul edildiği görülmektedir. Dolayısıyla kanımızca da, MÖHUK m. 25 hükmünde öncelikle hukuk seçimine yer verilmelidir.

## B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAŞINMAZLARIN KİRALANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK

Taşınmazlara veya onların kullanıma ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk olarak karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından hukuk seçiminin yer yer kabul edildiği görülmektedir.

Taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukta irade serbestisi prensibini kabul eden hukuk sistemlerine örnek olarak İsviçre hukuku gösterilebilir. İsviçre MÖHUK m. 119 (1) düzenlemesinde, taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından öncelikle taşınmazın bulunduğu yer hukukuna yer verilse de, hemen akabindeki fıkrada hukuk seçiminin mümkün olduğu da açıkça kabul edilmiştir. Söz konusu hukuk seçimi, taşınmazın İsviçre'de ya da İsviçre dışında bulunmasına bağlı olmaksızın uygulama alanı bulacaktır.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 331; Çelikel, Erdem, s. 375; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 275.

<sup>8</sup> Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 272; Rona Aybay, Esra Dardağan, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 258.

<sup>9</sup> Kurt Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Schulthess, Zürich 2002, s. 187; Delphine Pannatier Kessler, "Art. 119", Basler Kommentar Internationales

İsviçre MÖHUK m. 119(3) düzenlemesi ise, taşınmazın bulunduğu yer hukuku, başka bir hukukun uygulanmasına izin vermiyorsa, taşınmazın bulunduğu yer hukukunun sözleşmenin şekli geçerliliği hakkında karar vereceğini kabul etmiştir. Bunun yanında, taşınmazın İsviçre’de bulunması halinde, taşınmaza ilişkin sözleşmenin şekli geçerliliğine İsviçre hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda da, taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukta hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü’ne bakıldığında, özel olarak taşınmazlara ve taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkında bir düzenleme bulunmamakla beraber, Roma I Tüzüğü’nün m. 4(1)(c) düzenlemesinde, sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Böylece, Tüzükte taşınmazlara ve onların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerde taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmıştır. Bunun yanında, taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinin, kiracının geçici ve özel kullanım amaçlı olmak koşuluyla art arda altı aydan daha fazla olmayacak bir süre zamanı için yapılması halinde sözleşmeye, ev sahibinin mutat mesken hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Böyle bir olasılıkta ev sahibinin mutat mesken hukukunun uygulanabilmesi için, kiracının gerçek kişi olması ve mutat meskeninin de ev sahibi ile aynı yerde olması koşulu Tüzüğü m. 4(1)(d) hükmünce aranmaktadır.

Roma I Tüzüğü m. 4(1) hükmüne göre, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespit edilememesi halinde, uygulanacak hukuk sözleşmedeki karakteristik edim borçlusunun mutat meskeni olarak kabul edilmiştir. Ancak sözleşmenin, gerek m. 4(1) düzenlemesinden ve gerekse karakteristik edim borçlusunun mutat meskenine ilişkin m. 4(2) düzenlemesinden daha sıkı ilişkili olduğu bir hukuk mevcut ise, o hukukun uygulanacağı Tüzüğün m. 4(3) düzenlemesi ile kabul edilmiştir<sup>10</sup>.

Privatrecht, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Anton K. Schyder, Stephen V. Berti (ed.), 3. bs., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013, s. 1053.  
<sup>10</sup> J J Fawcett, J M Carruthers, Cheshire, North&Fawcett Private International Law, 14. bs., Oxford University Press, 2008 s. 723; Richard Plender, Michael Wilderspin, The European Private International Law of Obligations, Sweet&Maxwell, 2009, s. 180-181; Ulrich Magnus, “Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in

Roma I Tüzüğü'nde yer alan ve taşınmaz eşyayı konu edinen sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması haline örnek olarak, A devleti vatandaşı kiracı (X) ile yine A devletinde faaliyet gösteren bir acente (Y) arasında, B devletinde bulunan taşınmazın kısa süreli kiralanmasına ilişkin yapılan sözleşme gösterilebilir. Nitekim söz konusu örnekte A ülkesi, sözleşmenin tarafları ile daha sıkı ilişkili olmasından dolayı taşınmazın bulunduğu yer hukuku yerine sözleşme ile en yakın ilişkili hukuk olarak kabul edilmeli ve bunun sonucunda A ülkesi hukuku uygulanmalıdır<sup>11</sup>.

## II. MİLLETLERARASI YETKİ BAKIMINDAN TAŞINMAZLARIN KİRALANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

### A. TAŞINMAZLARIN KİRALANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERDE TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 40 hükmü ile düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tesis edecektir. Böylece, iç hukukun yetki kurallarına göre Türkiye'de yer itibarıyla yetkili bir mahkeme var ise, Türk mahkemelerinin söz konusu dava bakımından milletlerarası yetkisinin olduğu kabul edilecektir.<sup>12</sup>

İç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları incelendiğinde, taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmeler bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Böylelikle, Hukuk Muhakemeleri

---

the Absence of Choice", Rome I Regulation, ed. by. Franco Ferrari, Stefan Leible, Munich, Sellier, 2009, s. 38-40; Alexander J. Böhlohlávek, Rome Convention-Rome I Regulation Commentary, Vol. I, Juris, 2010, s. 779; Dieter Martiny, "Lex rei sitae as a connecting factor EÜ Private International Law", Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts ("IPRax"), 2/2012, s. 123.

<sup>11</sup> Gülin Güngör, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Yetkin, Ankara 2007, s. 105.

<sup>12</sup> Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 455; Çelikel, Erdem, s. 516; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 359.



Kanunu'nda ("HMK")<sup>13</sup> yer alan genel yetki kuralı uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilmeye çalışılacaktır. HMK m. 6 hükmüne göre genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Eğer davanın açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesi Türkiye'de ise, yabancılık unsuru içeren taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmeler bakımından Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır. Yerleşim yeri kavramı, her hukuk düzeninde farklı şekilde düzenlenebilmektedir. Hukuk düzenleri arasındaki böyle bir farklılık, yabancılık unsuru içeren bir uyumsuzlukta, mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis eden yerleşim yeri kavramının hangi hukuka göre vasıflandırılacağı sorusunu doğurmaktadır. Doktrinde, yerleşim yeri kavramının *lex fori*'ye, diğer bir deyişle davaya bakan mahkemenin hukukuna göre belirleneceği kabul edilmektedir.<sup>14</sup>

Davalının birden fazla olması halinde ise, HMK m. 7 uyarınca davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde de dava açılabilir. Buna göre, taşınmaz kirası sözleşmesinde davalılardan birinin yerleşim yerinin Türkiye'de olması, söz konusu sözleşmeden doğan dava bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmeye yetecektir.

HMK'da ayrıca, Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme de düzenlenmiştir. HMK m. 9 hükmüne göre, Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Böylece, yabancılık unsuru taşıyan bir taşınmaz kirası sözleşmesinde davalını Türkiye'de yerleşim yeri yoksa ancak mutad meskeni Türkiye'de bulunuyorsa, söz konusu dava bakımından Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır.

Taşınmazlara ilişkin kira sözleşmesinin bir alacak hakkı doğurması nedeniyle, HMK m. 9'un malvarlığı haklarına ilişkin davalar bakımından öngördüğü yetki kuralı ile de Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilebilecektir<sup>15</sup>. HMK m. 9 hükmüne göre, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyumsuzluk konusu malvarlığı un-

<sup>13</sup> Kanun No: 6100, Resmi Gazete: 04.02.2011 / S: 27836

<sup>14</sup> Çelikel, Erdem, s. 520.

<sup>15</sup> Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 459.

surunun bulunduğu yerde de açılabilir. Böylece, taşınmaz kirası sözleşmesinden doğan bir alacak hakkına ilişkin uyuşmazlıkta, malvarlığı unsurunun Türkiye’de bulunması halinde Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi de tesis edilecektir.

Genel yetki yanında, HMK’da sözleşmeden doğan davalar bakımından özel yetki kuralı da mevcuttur. HMK m. 10 uyarınca, sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Sözleşmeden doğan davalarda ifa yeri mahkemesinin yetkili sayılmasının nedeni, doktrinde, ifa yeri ile sözleşmeden doğan dava arasında yakın ve gerçek bir bağlantının bulunması olarak ifade edilmektedir.<sup>16</sup>

Taşınmaz kiralalarına ilişkin sözleşmelerden doğan davalar bakımından da, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi önem taşımaktadır. Tarafların sözleşmelerinde açık veya zımni olarak ifa yerini belirlemeleri halinde, o yer mahkemesinde davanın görüleceği kabul edilmektedir.<sup>17</sup> Taşınmaz kirası sözleşmesi bakımından, taşınmazın bulunduğu yer ifa yeri olacağından, Türkiye’de bulunan bir taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır.

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinden doğan davalar bakımından özel bir yetki kuralı getirilmemiş ve milletlerarası usul hukukunda münhasır yetki teşkil eden taşınmazın aynından doğan davalardan farklı tutularak genel yetki ve özel yetki kuralları yoluyla Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tesis edileceği kabul edilmiştir. Nitekim, HMK m. 12’de taşınmazın aynından doğan davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesini kesin yetkili kılan düzenleme, taşınmaz üzerindeki şahsi haklara ilişkin davalarda yetkiyi kapsamamaktadır<sup>18</sup>. Söz konusu maddenin hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere, kiralanan taşınmazı tahli-

<sup>16</sup> Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. bs., Beta, İstanbul 2000, s. 120 (“Milletlerarası Yetki”).

<sup>17</sup> Çelikel, Erdem, s. 259; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 365.

<sup>18</sup> Ergun Önen, “Gayrimenkul Davalarında Yetki”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (“AÜHF”), C. 22-23, S. 1-4, 1967, s. 589; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, ek 25. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 145; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, 14. bs., Yetkin Yayınları 2013, s. 173; Çelikel, Erdem, s. 556; Uğur Tütüncübaşı, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 153.

yesi gibi taşınmaz üzerindeki şahsi bir hakka ilişkin davada, HMK m. 12 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.<sup>19</sup> Bununla birlikte doktrinde, taşınmaz üzerindeki şahsi haklara ilişkin davalarda yetkili mahkemenin de, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olduğunu kabul eden bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre, taşınmaz kirası sözleşmesinden doğan tahliye davaları ve kira tespit davalarında uygulanacak hukuk ile mahkemenin yetkisi arasında sıkı bir bağlılık vardır. Bunun yanında, kira bedeli davalarının ülke ekonomisine de ilişkin olması nedeniyle ilgili görüşe göre söz konusu davalar bakımından da taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkili olmalıdır.<sup>20</sup>

## B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAŞINMAZLARIN KİRALANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERDE MİLLETLERARASI YETKİ

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda ise, taşınmaz kira sözleşmelerinden doğan davalarda yetkinin münhasır yetki oluşturduğunu kabul eden hukuk sistemlerinin de olduğu görülmektedir. Örneğin, Alman Usul Kanunu Bölüm 29a düzenlemesinde taşınmazlara ilişkin kira sözleşmeleri bakımından, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasıran yetkili olduğu kabul edilmiş ancak mesken kiralarnı söz konusu hükmün uygulama alanı dışında bırakmıştır<sup>21</sup>.

Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukuna bakıldığında, 1990'lı yılların sonuna doğru üye ülkeler, Brüksel Konvansiyonu'na göre daha serbest düzenlemeler getiren bir Konvansiyon düzenlemek amacıyla çalışmalara başlayarak 44/2001 sayılı ve 22.12.2000 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanıma ve Tenfizine İlişkin Brüksel I Tüzüğü'nü kabul etmişlerdir. Brüksel I Tüzüğü'nün bazı hükümlerinin işleyişinin ve adaletin geliştirilmesi amacıyla yeni bir tüzüğün hazırlanması uygun görülerek 1215/2012 sayılı Hukuki ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanıma ve Tenfizine İlişkin Brüksel I *Recast* Tüzüğü 10.01.2013'de yürürlüğe girmiştir<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Ali Cem Budak, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, On İki Levha, İstanbul 2011, s. 43.

<sup>20</sup> Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 99.

<sup>21</sup> Hanns Prütting, Markus Gehrlein, ZPO Kommentar, Luchterhand, 2012, s. 141.

<sup>22</sup> Ceyda Süral, "Avrupa Birliği'nin Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Düzenlemelerinin Türk Hukukuna Etkileri", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2013, S.2, s. 34-35 ("Avrupa Birliği Düzenlemeleri").

Brüksel I *Recast* Tüzüğü<sup>23</sup> m. 24 düzenlemesine göre, davalının yerleşim yeri Avrupa Birliği ülkelerinden birinde olmasa bile, taşınmaz kirasından kaynaklanan davalarda, taşınmazın bulunduğu üye ülke mahkemesi münhasıran yetkili kabul edilmiştir<sup>24</sup>. Söz konusu davalar bakımından Avrupa Birliği ülkeleri mahkemelerinin milletlerarası yetkisi m. 24 düzenlemesi ile belirlenecek ve taraflardan biri Türk olsa bile, koşullar oluşmuşsa bu davalar Avrupa Birliği ülkelerinden birinde görülebilecektir<sup>25</sup>.

Brüksel I *Recast* Tüzüğü bakımından taşınmaz kirasından kaynaklanan davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkili olarak kabul edilmesinin sebebi, çeşitli hukuk sistemleri tarafından özel olarak düzenlenmiş olması nedeniyle sadece ilgili devletlerin mahkemeleri tarafından uygulanabilmeleridir<sup>26</sup>. Bunun yanında taşınmaz kirası kavramının dar yorumlanması gerektiği de doktrinde ileri sürülmektedir<sup>27</sup>.

Brüksel I *Recast* Tüzüğü m. 24 düzenlemesi, kiracının gerçek kişi olması ve kiracı ile ev sahibinin yerleşim yerlerinin aynı üye ülkede olması şartıyla özel kullanım için birbirini takip eden ve en fazla altı ay süreli geçici kira sözleşmeleri bakımından davalının yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olacağını kabul etmiştir.

<sup>23</sup> Tüzüğün orjinal İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF>, 13 Eylül 2016.

<sup>24</sup> Brüksel Konvansiyonu m. 16 hükmünde de, taşınmaz eşya üzerindeki kullanım haklarına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasıran yetkili olduğu kabul edilmiştir. Ata Sakmar, Nuray Ekşi, "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü", Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* ("MHB"), C.22, S.2, 2002, s. 736. Brüksel I Tüzüğü m. 22 hükmü uyarınca da, Brüksel Konvansiyonu'na paralel olarak kira ve hasılat kirasından doğan davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkiye sahip olduğu açıkça ifade edilmiştir. Thalia Kruger, *Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States*, Oxford University Press, 2008, s. 192; Trevor C. Hartley, *International Commercial Litigation*, Cambridge University Press, 2009, s. 70; Ulrich Magnus, Peter Mankowski, *Brussels I Regulation*, 2. Revised Edition, Sellier, 2012, s. 418.

<sup>25</sup> Süral, *Avrupa Birliği Düzenlemeleri*, s. 35.

<sup>26</sup> Taşınmaz kirasından kaynaklanan davalarda münhasır yetki esası aynı sebeple Brüksel Konvansiyonu'nda da kabul edilmiştir. Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 101-102; Kruger, s. 193; Magnus, Mankowski, s. 418; Adrian Briggs, Peter Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 5. ed., Informa Law from Routledge, 2014, s. 101.

<sup>27</sup> Briggs, Rees, s. 106; Hartley, s. 71.

### C. TAŞINMAZLARIN KİRALANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER YETKİ ANLAŞMASINA KONU OLABİLİR Mİ?

Milletlerarası yetki kuralları arasında, tarafların iradesi doğrultusunda kanunda belirtilen mahkemeler dışındaki mahkemeleri yetkili kılmaya yönelik yetki anlaşması yapılmasını öngören düzenlemeler de bulunmaktadır. Milletlerarası usul hukukunda yetki anlaşmalarının önemi, tarafların borçlar hukuku alanında sahip oldukları sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkanına benzer bir imkanın yetkili mahkeme bakımından da sağlanmasıdır.<sup>28</sup>

Milletlerarası usul hukukunda yetki anlaşmaları iki şekilde yapılabilmektedir. Bunlar Türk mahkemelerini yetkili kılan yetki anlaşmaları ve yabancı mahkemeleri yetkili kılan yetki anlaşmalarıdır. Her iki tür için de farklı düzenlemeler söz konusudur.

Taşınmaz kirası sözleşmeleri bakımından, Türk milletlerarası özel hukukunda yetki anlaşmalarını incelemeyen önce Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukundan yetki anlaşmasının mümkün olup olmadığına bakmakta fayda vardır.

Yetki anlaşmaları bakımından, Brüksel I *Recast* olarak adlandırılan Hukuki ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanıma ve Tenfizine İlişkin Tüzük'ün m. 25 düzenlemesinde, davacı ve/veya davalının yerleşim yeri Avrupa Birliği ülkelerinden birinde bulunmasa bile<sup>29</sup>, Avrupa Birliği üye ülkelerinden birine yetki tanıyan bir yetki anlaşmasının geçerliliği, münhasır yetkiyi düzenleyen m. 24 kurallarına aykırı olmaması koşuluna bağlanmıştır. Böylece, taşınmaz kirasından kaynaklanan davalarda taraflar yetki anlaşması yapamayacaklardır<sup>30</sup>.

2007 tarihinde değişikliğe uğrayan 1988 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanıma ve Tenfizine

<sup>28</sup> Çelikel, Erdem, s. 584; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 384; Fügen Sargın, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 37.

<sup>29</sup> Brüksel I Tüzüğü'nde, yetki anlaşması yapılabilmesi için tarafların yerleşim yerinin Avrupa Birliği'ne üye devletlerden birinde olması gerektiği kabul edilmişti (m.23). Kruger, s. 217.

<sup>30</sup> Magnus, Mankowski, s. 419; Richard Fentiman, International Commercial Litigation, 2. ed., Oxford University Press, 2015, s. 50-51.

İlişkin Lugano Konvansiyonu<sup>31</sup>, Brüksel I *Recast* Tüzüğü'ne paralel ve Avrupa Topluluğu ülkeleri ile Avrupa Serbest Ticaret Birliği ("EFTA") ülkeleri arasında geçerli olan bir Konvansiyondur<sup>32</sup>. Lugano Konvansiyonu<sup>33</sup>, taşınmaz kirasından kaynaklanan davalarda, taşınmazın bulunduğu üye ülke mahkemesi münhasıran yetkili kabul ederek ve kiracının gerçek kişi olması ve kiracı ile ev sahibinin yerleşim yerlerinin aynı üye ülkede olması şartıyla özel kullanım için birbirini takip eden ve en fazla altı ay süreli geçici kira sözleşmeleri bakımından davalının yerleşim yeri mahkemesini de yetkili kılarak, Brüksel I *Recast* Tüzüğü ile aynı düzenlemeye sahiptir.<sup>34</sup>

Yetki anlaşmalarına ilişkin uluslararası düzenlemeler bakımından Brüksel I *Recast* Tüzüğü ile Lugano Konvansiyonu'nun yanında, 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına İlişkin La Haye Konvansiyonu'na<sup>35</sup> değinmekte de fayda vardır. Yetki Anlaşmalarına İlişkin La Haye Konvansiyonu'nun uygulama alanının, hukuki veya ticari bir meseleyle ilişkin olarak hazırlanmış yetki anlaşmaları olduğu Konvansiyon'da açıkça kabul edilmiştir.<sup>36</sup> Konvansiyonun uygulama alanı dışında kalan konuların sayıldığı m. 2 düzenlemesinde de açıkça taşınmaz kirasına ilişkin uyuşmazlıklar konusunda Konvansiyon bakımından münhasır yetki anlaşması yapılamayacağı düzenlenmiştir.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> OJ L 319

<sup>32</sup> Ceyda Süral, Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2007, s. 51; Briggs, Rees, s. 9.

<sup>33</sup> Konvansiyon'un orjinal İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) <http://ec.europa.eu/world/agreements/downloadFile.do?fullText=yes&treatyTransId=13041>, 16 Eylül 2016.

<sup>34</sup> Gernot Biehler, *Procedures in International Law*, Springer, 2008, s. 137; Kruger, s. 37.

<sup>35</sup> La Haye Konvansiyonu'nun orjinal İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/docs/510bc238-7318-47ed-9ed5-e0972510d98b.pdf>, 16 Eylül 2016; La Haye Konvansiyonu'nun Türkçe metni için bkz. Ceyda Süral, "Mahkeme Seçimine İlişkin Anlaşmalar Hakkında La Haye Konvansiyonu", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2010, s. 1507-1522.

<sup>36</sup> Arzu Alibaba, "Yetki Sözleşmelerine İlişkin La Haye Konvansiyonu ve Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü'nde Yetki Sözleşmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* ("MHB"), Y. 29, S. 1-2, 2009, s. 6; Fawcett, Carruthers, s. 422-423; Kruger, s. 233.

<sup>37</sup> Fentiman, s. 49.

### 1. Türk Mahkemelerini Yetkilendiren Yetki Anlaşmaları

Türk milletlerarası usul hukukunda, Türk mahkemelerinin yetki anlaşması ile yetkilendirilmesine ilişkin MÖHUK'da özel düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu nedenle MÖHUK m. 40 hükmü uyarınca, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları devreye girecek ve HMK'da yer alan yetki anlaşmasına ilişkin koşullar, yabancılık unsuru taşıyan davalar bakımından da geçerli olacaktır. Böylelikle, taşınmaz kirasına ilişkin sözleşmeler bakımından da yetki anlaşması yoluyla Türk mahkemelerinin yetkilendirilip yetkilendirilemeyeceği meselesi HMK'daki hükümlere bağlı olacaktır.

HMK m. 18 uyarınca, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılamayacağı kabul edilmiştir. Taşınmaz kirasına ilişkin sözleşmeden doğan ihtilaflar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu olması nedeniyle ve bu ihtilaflar bakımından kesin yetki hali mevcut olmadığından Türk mahkemelerini yetkilendiren yetki anlaşmasının yapılması mümkündür.

HMK yetki anlaşmasının, tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılabileceğini kabul etmiştir. Böylelikle taşınmaz kira sözleşmesinden doğan ihtilafların çözümünde Türk mahkemeleri ancak tacirler veya kamu tüzel kişileri arasındaki ihtilafın çözümü bakımından yetki anlaşması ile yetkilendirilebilecektir. HMK'nın yetki anlaşması bakımından aradığı bu şart doktrinde eleştiri toplamıştır. Nomer'e göre, söz konusu düzenleme özellikle yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türk mahkemelerini yetki anlaşması ile yetkilendirmesi konusunda yetersiz kalmaktadır.<sup>38</sup> Bunun yanında, söz konusu şart yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmaları bakımından aranmaması nedeniyle de doktrinde eleştirilmektedir.<sup>39</sup>

HMK m. 18 aynı zamanda söz konusu yetki anlaşmasının geçerliliğini yazılı olma koşuluna bağlamıştır. HMK, yazılı şeklin nasıl yerine getirileceğini açıklamamıştır, ancak adi yazılı şekil şartının yeterli olduğu kabul edilmektedir.<sup>40</sup> Bunun yanında uyumsuzluğun kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemeleri de yetki anlaşmasında gösterilmesi

<sup>38</sup> Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 477.

<sup>39</sup> Çelikel, Erdem, s. 603.

<sup>40</sup> Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 386; Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 126.



gerekmektedir. Yetki anlaşmasının tüm bu şartları sağlaması halinde, taşınmaz kira sözleşmesinden doğan ihtilaflar bakımından Türk mahkemesinin yetkili kılınması mümkün olacaktır. Türk mahkemelerini yetkili kılan geçerli bir yetki anlaşmasının bulunması halinde, taraflar söz konusu yetki anlaşması yoluyla milletlerarası usul hukuku bakımından münhasır yetkili mahkeme tesis etmiş olacaklardır.<sup>41</sup> Nitekim HMK m. 17 düzenlemesinde, tarafların aksini kararlaştırmaması halinde davanın sadece yetki anlaşması ile belirlenen mahkemede açılacağı kabul edilmiştir.

## 2. Yabancı Mahkemeleri Yetkilendiren Yetki Anlaşmaları

Yabancı mahkemelerin yetki anlaşması ile yetkilendirilmesi meselesi, MÖHUK m. 47 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan taşınmaz kira sözleşmesinden doğan davalar bakımından yabancı mahkemelerin yetki anlaşması yoluyla yetkilendirilip yetkilendirilemeyeceği de MÖHUK m. 47 hükmüne göre belirlenecektir.

MÖHUK m. 47 düzenlemesine göre, yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde tarafların yetki anlaşması yoluyla yabancı mahkemeyi yetkilendirmeleri mümkündür. Taşınmaz kira sözleşmelerinden doğan davalar, taşınmaz eşya üzerindeki şahsi bir hakka dayanılarak açılan davalar olduğu için milletlerarası usul hukuku bakımından münhasır yetki esasına bağlanmamıştır. Bu nedenle, MÖHUK m. 47 uyarınca bu davaların çözümünde yabancı mahkemeler yetkilendirilebilecektir.<sup>42</sup> Ancak doktrinde, Türkiye'deki taşınmazlar bakımından her davada Türk mahkemelerinin yetkisinin kesin ve mutlak olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır.<sup>43</sup>

Yetki anlaşmasının MÖHUK m. 47'ye göre geçerli olabilmesi için uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıması ve borç ilişkisinden doğması aranmaktadır. Taşınmaz kira sözleşmesinden doğan uyumsuzluklar bir borç ilişkisi oluşturmasından dolayı da geçerli bir yetki anlaşmasına konu teşkil edebileceklerdir.

<sup>41</sup> Şanlı, Esen, Ataman-Figanemeşe, s. 391; Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 477.

<sup>42</sup> Sargın, s. 162.

<sup>43</sup> Ergin Nomer, "Ehliyetsizlik Sebebiyle Almanya'daki Gayrimenkul Mallar için Vasiyetin İptali - Karar Tahlili", MHB, S. 2, 1981, s. 62; Cemal Şanlı, Türkiye'deki Gayrimenkul ile İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi, MHB, S. 1, 1986, s. 45.

Taşınmaz kira sözleşmesinin taraflarından birinin ya da her ikisinin yabancı olması, sözleşmenin yapıldığı ya da ifa edileceği yerin yabancı ülkede olması, sözleşme konusu taşınmazın yabancı ülkede bulunması, borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması, borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması hallerinde yetki anlaşması bakımından da yabancılık unsurunun sağlanacağı kabul edilmektedir.<sup>44</sup>

Yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmalarının şeklen geçerliliği bakımından bir şekil şartı aranmaktadır. Bununla beraber MÖHUK m. 47, yetki anlaşmasının geçerliliğini yazılı delille ispat edilmesine bağlamıştır. Görüldüğü üzere yazılılık, bir sıhhat şartı olarak kabul edilmemiştir. Yetki anlaşmasının yazılı bir şekilde yapılmaması olmasına rağmen, varlığı her türlü yazılı delille ispat edilebiliyorsa, yetki anlaşması geçerli olacaktır.<sup>45</sup>

MÖHUK m. 47'de yer alan tüm bu şartlar yanında, yetki anlaşması ile yetkilendirilen mahkemenin belirli olması şartının aranmayacağı sorusu doktrinde ortaya atılmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, MÖHUK m. 47 mahkemenin belirli olmasına yönelik bir zorunluluk öngörmediği için, belirli olma şartının yabancı mahkemelerin yetki anlaşması ile yetkilendirilmesi bakımından aranmaması gerekir. Aynı zamanda, yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı mahkeme, yetkisine kendi usul hukukuna göre karar verecektir. Dolayısıyla mahkemenin belirli olma şartını MÖHUK m. 47 taşımamaktadır.<sup>46</sup> Bunun yanında doktrinde, MÖHUK m. 47 hükmünde yer alan "yabancı bir devlet mahkemesi" ifadesinin belirli bir mahkemeyi ifade ettiği görüşü de ileri sürülmektedir.<sup>47</sup>

Tüm bu açıklamalar sonucunda, taşınmazlara ilişkin kira sözleşmeleri bakımından ve aynı zamanda taşınmaz üzerindeki şahsi hakka ilişkin sözleşmeler bakımından (kiralanan taşınmazın tahliyesi, kira sözleşmesinin feshi ile kiraya vermiş olduğu taşınmazı teslimi için açılan dava, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin feshine ve cezai şartın ödenmesine ilişkin açılan dava, ipotekle temin edilmiş olan para

<sup>44</sup> Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 484; Çelikel, Erdem, s. 586; Doğan, s. 73.

<sup>45</sup> Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 484; Çelikel, Erdem, s. 591.

<sup>46</sup> Çelikel, Erdem, s. 589; Doğan, s. 76.

<sup>47</sup> Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 394; Nuray Ekşi, "Uluslararası Ticarete İlişkin Güncel İki Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi", *İstanbul Barosu Dergisi*, S. 10-11-12, 1998, s. 873.

alacağına ödenmesine ilişkin dava) gerek Türk mahkemelerinin ve gerekse yabancı devlet mahkemelerinin yetki anlaşması ile yetkilendirilmesine HMK<sup>48</sup> ve MÖHUK tarafından bir engel olmadığı da göze çarpmaktadır. Yukarıda açıkladığımız üzere, Türk mahkemelerinin yetki anlaşması ile yetkilendirilmesi için tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve kesin yetki oluşturmayan bir konu olması gerekmektedir. MÖHUK m. 47 bakımından da, yabancı mahkemenin yetki anlaşması ile yetkilendirilmesi için uyumsuzluğun münhasır yetki esasına girmemesi ve borç ilişkisinden doğması aranmaktadır. Taşınmaz kirasına ve kullanımına ilişkin uyumsuzluklar borç ilişkisinden doğmaları ve münhasır yetki teşkil etmemelerinden dolayı yetki anlaşmasına konu olabilirler.

MÖHUK m. 47 uyarınca, yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasının yapılması ile kanunen yetkili Türk mahkemelerinin yetkisi bertaraf edilmiş olacaktır. Zira, söz konusu düzenlemede, davanın ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görüleceği kabul edilmiştir.<sup>49</sup>

Burada hemen taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun MÖHUK m. 25 tarafından taşınmazın bulunduğu yer hukuku olarak kabul edildiğini hatırlamakta fayda vardır. Zira taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmeler bakımından taraf iradesine dayanarak yetki anlaşması yapılabilirken, uygulanacak hukuk bakımından taraf iradesine yer vermemek milletlerarası özel hukuk bakımından çelişkili bir uygulama doğuracağı ve MÖHUK m. 25 düzenlemesinin taraf iradesine yer verecek şekilde yumuşatılması kanısındayız.

### III. TAŞINMAZLARIN KİRALANMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN TÜRK MİLLETLERARASI TAHKİM HUKUKUNDAKİ YERİ

Taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk ve milletlerarası yetki yanında söz konusu sözleşmelerin Türk milletlerarası tahkim hukukundaki yeri de önem taşımaktadır. Türk

<sup>48</sup> Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 146.

<sup>49</sup> Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 486; Çelikel, Erdem, s. 594; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 399-404.

Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”) bakımından taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar hakkında tahkime gidilip gidilemeyeceğini incelemeyen önce karşılaştırmalı hukuktaki duruma bakmakta fayda vardır. Öncelikle, hangi konuların tahkim yolu ile çözümlenip çözümlenemeyeceği meselesi tahkime elverişlilik kavramı altında ele alınmaktadır. Hangi konuların tahkime elverişli olup olmadığını ise her devlet, kendi ulusal hukukunda düzenlemektedir. Tahkime elverişli olan ya da olmayan konuların belirlenmesinde de sosyal ve ekonomik etkenler büyük rol oynamaktadır.<sup>50</sup>

Karşılaştırmalı hukukta tahkime elverişlilik hakkında ulusal hukuk düzenlemelerine bakıldığında, tahkime elverişlilik bakımından genellikle tarafların iradelerine tabi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olarak kabul edildiği görülmektedir. Örneğin, Belçika Medeni Usul Kanunu m. 1676 (1)’de, İtalyan Medeni Usul Kanunu m. 806’de, İsveç Tahkim Kanunu m. 1’de tarafların iradelerine tabi olan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilmiş, taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmeler hakkında ayrı bir düzenlemeye gidilmemiştir.<sup>51</sup>

Alman ve Avusturya Medeni Usul Kanunlarında ise, konut kira sözleşmelerinde kiracının zayıf konumda olması nedeniyle korunması gerektiği esas alınarak, bu tür uyuşmazlıklar hakkında tahkime başvurulamayacağı düzenlenmiştir.<sup>52</sup>

Türk hukukuna baktığımızda ise, MTK m. 1 uyarınca, taşınmazların aynından doğan uyuşmazlıklar ile tarafların iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar, ilgili kanunun uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Diğer bir deyiş ile bu tür uyuşmazlıklar, Türk milletlerarası tahkim hukuku bakımından tahkime elverişli olarak kabul edilmemiştir.<sup>53</sup>

Taşınmaz eşya üzerindeki aynı hakka ilişkin olmayan uyuşmazlıkların, dolayısıyla da taşınmaz kirasına ilişkin sözleşmelerin, MTK’da

<sup>50</sup> Julian D M Lew, Loukas A Mistelis, Stefan M Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, s. 199; Jean-François Poudret, Sebastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Thomson-Sweet&Maxwell, 2007, s. 282.

<sup>51</sup> Lew, Mistelis, Kröll, s. 194-195; Poudret, Besson, s. 289.

<sup>52</sup> Ali Cem Budak, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri”, *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, İstanbul 2012, s. 39.

<sup>53</sup> Ergin Nomer, Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. I, 4. bs., Beta, İstanbul 2013, s. 39; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 600.

yer alan hükmün karşıt söyleminden yola çıkarak tahkime elverişli olduğu sonucuna varılmaktadır.<sup>54</sup> Bununla birlikte, Yargıtay'ın taşınmaz kiralarına ilişkin konularda tahkim yoluna başvurulamayacağına ilişkin kararlar verdiği görülmektedir.

Yargıtay'a göre, taşınmaza ilişkin kira sözleşmesinde kiracının zayıf taraf olması nedeniyle, bu tür uyuşmazlıkların tahkim yolu yerine mahkemeler aracılığıyla çözülmesi gerekmektedir<sup>55</sup>. Bununla birlikte Yargıtay, 31.5.1979 tarihli bir kararında, bir taşınmaz mal payının geri verilmesi amacıyla tapu sicilinde düzeltme işleminin yapılmasına ilişkin olan davanın, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir alana ilişkin olması ve kamu düzenine ait bir meselenin bulunmaması nedeniyle uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesinde kanuna aykırı bir durumun bulunmadığını da kabul etmiştir<sup>56</sup>.

Taşınmaz kirasında kira bedeli tespit davalarının tahkim yolu çözümlenemeyeceğine ilişkin olarak verilen 2004 tarihli bir Yargıtay kararında, tarafların kendi serbest iradeleri ile kira bedelini kararlaştırmaları ancak bunun belirli sınırlar dâhilinde mümkün olması nedeniyle kira bedeli tespitinin kamu düzenini ilgilendirmesinden dolayı tahkime elverişli bir uyuşmazlığın olmadığı yönünde karar verilmiştir<sup>57</sup>.

Bununla birlikte, Yargıtay, iki tarafın da tacir olduğu bir tahliye davasında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğu yönünde karar vermiştir.<sup>58</sup>

Yargıtay kararları öncelikle, tahkime elverişlilik konusunda kamu düzeninin bir sınır teşkil etmemesi nedeniyle eleştirilmektedir. Bunun yanında hakem mahkemesinin, devlet mahkemelerindeki gibi piyasa araştırması yaparak kira bedelinde sınırlamalara uygun bir artış oranına hükmetmesi halinde kamu düzenine aykırılığın olduğu sonucu-

<sup>54</sup> Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 4. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 73.

<sup>55</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 11.11.1965, 7792/5764; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, T. 13.9.1965, 6722/4090; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T. 10.7.1970, 3032/3170.

<sup>56</sup> Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, T. 31.5.1979, 1195/1330, Yargıtay Kararları Dergisi, S. 1981/3, s. 342-343.

<sup>57</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 2.12.2004, 13018/13409 (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 5 Eylül 2016.

<sup>58</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, T. 16.12.2004, 5413/12656 (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 5 Eylül 2016.

na varmanın doğru olmadığı da ifade edilmektedir. Öte yandan kira bedelinde artışın Türk hukukunda emredici hükümlerle düzenlenmiş olmasının da, tahkime elverişlilik açısından bir ölçüt olmadığı dikkate alınmalıdır.<sup>59</sup> Bunun yanında, MTK m. 1 düzenlemesinin lafzından anlaşılan sadece taşınmaz eşya üzerindeki aynı haklardan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığıdır. Kira bedelinin tespiti gibi taşınmaz eşya üzerindeki aynı hakka ilişkin olmayan bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı kararına varmak kanımızca MTK m. 1 hükmüne aykırılık oluşturacaktır.

## SONUÇ

Taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkında karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler ile MÖHUK m. 25 düzenlemesi ile bir karşılaştırma yapıldığında söz konusu sözleşmeler bakımından taraflara hukuk seçimi imkânın tanınan düzenlemelerin olduğu ancak hukukumuzda taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından irade serbestisine yer verilmediği görülmektedir. Kanaatimizce, MÖHUK m. 25 düzenlemesinde yer alan “taşınmazlara ve taşınmazların kullanıma ilişkin sözleşmeler” ibaresinin çok geniş olmasından dolayı, tüm bu sözleşmeler bakımından taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanması yerine hukuk seçimine yer verilmeli, taraflar hukuk seçiminde bulunmadıkları takdirde taşınmazın bulunduğu yer hukuku bağlama noktası olarak kabul edilmelidir.

Taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinden doğan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunda, Türk hukukunda söz konusu davalar bakımından özel bir yetki kuralına yer verilmediği görülmektedir. Böylelikle, Türk hukukunda taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinden doğan davalar, taşınmazın aynından doğan davalardan farklı tutularak genel yetki ve özel yetki kuralları yoluyla Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin olup olmadığı tespit edilecektir.

Taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü konusunda, gerek Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi

<sup>59</sup> Burak Huysal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 132-134.

ve gerekse yabancı mahkemelerin yetkilendirilmesi bakımından yetki anlaşmasının yapılması mümkündür. Nitekim HMK m. 18 uyarınca, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılamayacağı kabul edilmiştir. Taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinin tarafların üzerinde sulh olabilecek sözleşmelerden olması ve bu konuda kesin yetki kuralının bulunmaması nedeniyle Türk mahkemelerini yetkilendiren yetki anlaşmaları yapılabilecektir. MÖHUK m. 47 bakımından da, taşınmaz kirasına ve kullanımına ilişkin uyuşmazlıklar borç ilişkisinden doğmaları ve münhasır yetki teşkil etmemelerinden dolayı yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki anlaşmasına konu olabilirler.

Türk milletlerarası tahkim hukuku bakımından taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin tahkime elverişli olup olmadığı sorusuna cevap aranırken, öncelikle MTK m. 1 düzenlemesine bakılmalıdır. MTK m. 1 uyarınca, taşınmazların aynından doğan uyuşmazlıklar ile tarafların iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar, ilgili kanunun uygulama alanı dışında bırakılmıştır. MTK'da yer alan hükmün karşıt söyleminden yola çıkarak taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin, tahkime elverişli olduğu sonucuna varılacaktır. Bununla birlikte, Yargıtay'ın kira sözleşmesinde kiracının zayıf tarafta olması ve kira bedeline ilişkin uyuşmazlıkların kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle taşınmaz kiralalarına ilişkin konularda tahkim yoluna başvurulamayacağına ilişkin kararlar verdiği görülmektedir. Kanımızca, MTK m. 1 açık hükmü gereğince sadece taşınmazın aynından doğan davaların MTK'nın uygulama alanı dışında bırakılması nedeniyle, kira bedelinin tespiti gibi taşınmaz eşya üzerindeki aynı hakka ilişkin olmayan bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı kararına varmak MTK m. 1 hükmüne aykırılık oluşturacaktır.

### Kaynakça

- Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 4. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Alibaba Arzu, "Yetki Sözleşmelerine İlişkin La Haye Konvansiyonu ve Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü'nde Yetki Sözleşmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* ("MHB"), Y. 29, S. 1-2, 2009.
- Aybay Rona, Dardağan Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. bs., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.



- Bélohávek Alexander J., Rome Convention-Rome I Regulation Commentary, Vol. I, Juris, 2010.
- Biehler Gernot, Procedures in International Law, Springer, 2008.
- Briggs Adrian, Peter Rees, Civil Jurisdiction and Judgments, 5. ed., informa law from Routledge, 2014.
- Budak Ali Cem, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, On İki Levha, İstanbul 2011.
- Budak Ali Cem, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, İstanbul 2012.
- Çelikel Aysel, Erdem Bahadır B., Milletlerarası Özel Hukuk, 14. bs., Beta, İstanbul 2016.
- Doğan Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, gözden geçirilmiş 3. bs., Savaş Yayınevi, Ankara 2015.
- Ekşi Nuray, "Uluslararası Ticarete İlişkin Güncel İki Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi", *İstanbul Barosu Dergisi*, S. 10-11-12, 1998.
- Ekşi Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. bs., Beta, İstanbul 2000 ("Milletlerarası Yetki").
- Fawcett J J, Carruthers J M, Cheshire, North & Fawcett Private International Law, 14. bs., Oxford University Press, 2008.
- Fentiman Richard, International Commercial Litigation, 2. ed., Oxford University Press, 2015.
- Güngör Gülin, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Yetkin, Ankara 2007.
- Hartley Trevor C., International Commercial Litigation, Cambridge University Press, 2009.
- Huysal Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Kruger Thalia, Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States, Oxford University Press, 2008.
- Kuru Baki, Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, ek 25. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Lew Julian D M, Mistelis Loukas A, Kröll Stefan M, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.
- Magnus Ulrich, "Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice", Rome I Regulation, ed. by. Franco Ferrari, Stefan Leible, Munich, Sellier 2009.
- Magnus Ulrich, Mankowski Peter, Brussels I Regulation, 2. Revised Edition, Sellier 2012.
- Martiny Dieter, "Lex rei sitae as a connecting factor EU Private International Law", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts ("IPRax")*, 2/2012.

- Nomer Ergin, "Ehliyetsizlik Sebebiyle Almanya'daki Gayrimenkul Mallar için Vasiyetin İptali - Karar Tahlili", *MHB*, S. 2, 1981.
- Nomer Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, yenilenmiş 21. bs., Beta, İstanbul 2015 ("Devletler Hususi Hukuku").
- Nomer Ergin, Ekşi Nuray, Öztekin Gelgel Günseli, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. I, 4. bs., Beta, İstanbul 2013.
- Önen Ergun , "Gayrimenkul Davalarında Yetki", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası ("AÜHFM")*, C. 22-23, S. 1-4, 1967.
- Pannatier Kessler Delphine, "Art. 119", *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, Heinrich Honsell, Nedin Peter Vogt, Anton K. Schyder, Stephen V. Berti (ed.), 3. bs., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013.
- Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özekes Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 14. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Plender Richard, Wilderspin Michael, *The European Private International Law of Obligations*, Sweet&Maxwell, 2009.
- Poudret Jean-François, Besson Sebastien, *Comparative Law of International Arbitration*, Thomson-Sweet&Maxwell, 2007.
- Prütting Hanns, Gehrlein Markus, *ZPO Kommentar*, Luchterhand, 2012.
- Sakmar Ata, Ekşi Nuray, "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü", Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni ("MHB")*, C.22, S.2, 2002.
- Sargın Fügen , *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Siehr Kurt, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Schulthess, Zürich 2002.
- Süral Ceyda, *Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2007.
- Süral Ceyda, "Avrupa Birliği'nin Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Düzenlemelerinin Türk Hukukuna Etkileri", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2013, S.2 ("Avrupa Birliği Düzenlemeleri").
- Süral Ceyda, "Mahkeme Seçimine İlişkin Anlaşmalar Hakkında La Haye Konvansiyonu", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2010.
- Şanlı Cemal, *Türkiye'deki Gayrimenkul ile İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi*, *MHB*, S. 1, 1986.
- Şanlı Cemal, Esen Emre, Ataman-Figanmeşe İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Tekinalp Gülören, Uyanık Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Tütüncübaşı Uğur, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

# AIHM'İN PERİNÇEK KARARI: “SOYKIRIM İNKÂRI”/İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İKİLEMİNİN AŞILABİLİRLİĞİ

Deniz AKÇAY\*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) Büyük Dairesi'nin 15.10.2015 tarihli *Perinçek* kararıyla, İsviçre Federal Mahkemesi'nin başvuranının, 1915 olaylarının bir Ermeni Soykırımı olarak tanımlanamayacağı yolundaki ifadelerinin İsviçre Ceza Kanunu'nun (İCK) soykırımın inkârını düzenleyen mükerrer 261/4. maddesindeki suçu işlemiş olduğu gerekçesiyle cezalandırılmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) düşünce özgürlüğüne ilişkin 10. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>1</sup> Büyük Daire kararıyla, AIHM'in daha önce 17.12.2013 tarihli Daire düzeyindeki ihlâl kararı<sup>2</sup> da çok daha ayrıntılı gerekçelerle teyit edilmiş bulunmaktadır.<sup>3</sup>

Büyük Daire önündeki prosedüre, başvuran ve dâvalı İsviçre Hükûmeti dışında, Türkiye, Fransa ve Ermenistan Hükûmetleri ve ayrıca çok sayıda sivil toplum kuruluşu da müdahil sıfatıyla katılmış, Ermenistan Hükûmeti'ne de ayrıca duruşmada görüşlerini açıklama hakkı tanınmıştır.<sup>4</sup>

\* Av. Dr.

<sup>1</sup> Perinçek c. Suisse (no. 27510/08), [GC], arrêt du 15 octobre 2015.

<sup>2</sup> Perinçek c. Suisse (no. 27510/08), arrêt du 17 décembre 2013.

<sup>3</sup> Perinçek, s. 120.

<sup>4</sup> Association Suisse-Arménie, Fédération des Associations turques de Suisse romande, Conseil de Coordination des organisations arméniennes de France (CCAF), Association turque des droits de l'homme, le Centre Vérité, Justice, Mémoire et l'Institut pour l'étude du génocide et des droits de l'homme, Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme «LICRA», Centre de la protection internationale, un groupe d'universitaires français et belges. Başvuranın Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti AİHS'nin 36/1. maddesinde öngörülen müdahale hakkını kullanarak prosedüre katılmış, diğer hükûmet ve kuruluşlar ise AİHS'nin 36/2. maddesindeki düzenleme uyarınca müdahil olma talebinde bulunma hakkını kullanarak ve AIHM'in izni ile prosedüre katılmışlardır.

Karar on lehte yedi aleyhte oy ile alınmıştır. Dâvalı hükûmetin AİHM yargıcı Helen Keller de, daha önce Daire düzeyindeki tutumunu yineleyerek ihlâl doğrultusunda oy kullanan yargıçlar arasında yer almıştır.<sup>5</sup> Kısmen lehte kısmen aleyhte oy kullanmış olan Alman yargıç Angelica Nussberger ise karara eklenen ayrı görüşünde, ihlâl lehine oy kullanmış olduğunu, ancak Mahkeme'nin ihlâl kararını dayandırdığı bazı gerekçelerine katılmadığı açıklamasında bulunmuştur.<sup>6</sup>

*Perinçek* kararı, İsviçre Federal Mahkemesi'nin "Ermeni soykırımını" inkâr ettiği gerekçesiyle başvurana uyguladığı İsviçre Ceza Kanunu'ndaki (İCK) mükerrer 261/4. maddesindeki hükmün yorumuna getirdiği açıklığın ötesinde, tüm AİHS'ne taraf olan devletlerin konu hakkındaki tutumları açısından da geniş ve kalıcı sonuçları olabilecek nitelikler taşımaktadır. Olası sonuç ve yansımalarına değinilmeden önce, kararın olgusal dayanakları ile AİHM'in bunlara ilişkin hukuksal değerlendirmelerini özetlemekte yarar bulunmaktadır.

Başvuran, 2005 yılında İsviçre'nin Bern, Lozan ve Zürih şehirlerinde düzenlenen üç konferansta özetle, Türklerle Ermenilerin yüzyıllar boyunca bir arada barış içinde yaşamış olduklarını, ancak Birinci Dünya Savaşı sırasında, Osmanlı Devleti'nin düşmana karşı mücadele verdiği bir dönemde, Ermenilerin yabancı güçlerin kışkırtmalarıyla Ruslarla işbirliği yapmaya itildiklerini ve bu ortamda maruz kaldıkları katliam ve tehcirin soykırım olarak tanımlanamayacağı, soykırım iddiasının bir emperyalist yalandan ibaret olduğu görüşünü savunmuştur.

"İsviçre Ermenistan Derneği'nin şikâyeti üzerine Lozan Polis Mahkemesi'nde başlayan yargılama sürecinde başvuranın ifadederi, İsviçre'nin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 21.12.1965 tarih ve 2106 A sayılı kararıyla kabul edilip 04.01.1969'da yürürlüğe giren "Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Irk Ayrımına İlişkin BM Sözleşme"sini onaylaması çerçevesinde İCK'ya eklediği ve "alenen,

<sup>5</sup> Keller'in Büyük Daire aşamasındaki prosedüre katılmamasına yönelik Ermenistan Hükûmeti'nin talebi Büyük Daire Başkanı tarafından reddedilmiştir, *Perinçek* 2015, par. 5. İsviçre Hükûmeti'nin duruşma yapılmaması ya da yapılırsa gizlilik kuralına uyulması yolundaki iki talebi de Mahkeme tarafından reddedilmiştir. *ibid.* par.6

<sup>6</sup> *Perinçek*, Opinion partiellement concordante, partiellement dissidente de la juge Nussberger, s. 122-125.

sözlü, yazılı, resim, hareket, fiili yollar ya da başka bir biçimde bir soykırımı inkâr eden, kaba bir biçimde küçümseyen veya haklı gösteren" kişilerin en çok üç yıl hürriyeti kısıtlayan bir cezaya veya para cezasına mahkûm edilmesini öngören hüküm çerçevesinde değerlendirilmiş ve sonuçta, başvuran, İsviçre hukukunda kısa süreli hapis cezasının alternatifini oluşturan 90 günlük bir para cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuranın, Lozan Mahkemesi'nin kararının iptal edilmesi yolundaki talebi reddedildikten<sup>7</sup> sonra, temyiz başvurusunda bulunduğu İsviçre Federal Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını 12.12.2007 tarihinde onaylamıştır.<sup>8</sup>

Mahkûmiyet kararının İsviçre'de kesinleşmesinden sonra, başvuranın, 2008 yılında AİHM'e yaptığı başvuruyu inceleyen yedi üyeli Daire'nin 17.12.2013 tarihli kararında, İsviçre Hükümeti'nin, başvuranın maruz kaldığı mahkûmiyetin hukuka uygunluğunu kanıtlama doğrultusunda AİHM'e sunmuş olduğu gerekçelerin, ifade özgürlüğü kısıtlamalarının demokratik bir toplum açısından gerekli olması kistasına uymadığı saptanarak, İsviçre'nin, AİHS'nin ifade özgürlüğü ile ilgili 10. maddesini ihlâl ettiği sonucuna varılmıştır.<sup>9</sup>

İsviçre Hükümeti'nin, Daire kararının Büyük Daire tarafından yeniden incelenmesi yolundaki talebinin, AİHS'nin 43/2. maddesi uyarınca oluşan beş üyeli bir kurul tarafından kabul edilmesi üzerine, Daire kararının, AİHS'nin 43/1. maddesi uyarınca, açıklandığı tarihten itibaren üç ay içinde kesinlik kazanması önlenmiş, başvuru dosyası Daire kararıyla birlikte Büyük Daire'ye intikal etmiştir.

Ermeni iddialarının tartışılmasında ve özellikle 1915 olaylarının tarihsel bakımdan özgürce incelenbilmesinde belirleyici bir katkı sağlayabileceği kabul edilmesi gereken *Perinçek* kararı, ayrıca AİHM'in ifade özgürlüğüne ilişkin içtihat zincirine de ifade özgürlüğünün genel olarak hangi kistaslara göre sınırlandırılabilirliği konusunda da yerleşik içtihadın doğrultusunda önemli yorumlar ekleyen bir karar niteliğini taşımaktadır. Bu çerçevede, özellikle, Büyük Daire'nin madde itibarıyla yetkisi konusunda izlediği yaklaşım, başvurunun esasına

<sup>7</sup> Perinçek, par.23-24.

<sup>8</sup> Perinçek, par. 26.

<sup>9</sup> Perinçek 2013 yukarıda zikredilen karar, par.129 ve 130.

ilişkin değerlendirmeleri, AİHM kararının "kurumsal" statüsü ve içtihadi değeri, karara yöneltilen eleştiriler ve kararın geleceğe dönük önemi üzerinde durulacaktır.

## I. Perinçek Kararında Ön Meseleler ve Esasa İlişkin İncelemenin Temel Parametreleri

AİHM Büyük Dairesi, başvurunun esasına girmeden önce iki "ön mesele" yi aydınlatmakta yarar görmüştür:

### 1. AİHM'in Madde İtibarıyla (*Ratione Materiae*) Yetkisi ve Soykırım

Mahkeme, başvurunun esasını incelemeyen önce, başvuru konusunun özelliklerini dikkate alarak, madde itibarıyla yetkisinin sınırlarını hatırlatmak ihtiyacını duymuştur. Bu çerçevede AİHM'nin 19 ve 32/1. maddelerine atıfla yetkisinin "Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeciler Tarafından yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak" ve "...bu Sözleşme ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları" incelemek şeklinde belirlenmiş olduğuna işaret etmiş, ayrıca bu normatif referansa, Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi veya Lahey Adalet Divanı gibi cezai ya da başka nitelikte bir yetkisinin bulunmadığını da belirtmiştir.<sup>10</sup>

Mahkeme, ayrıca, Osmanlı İmparatorluğu yönetimindeki Ermeni halkının 1915 yılından itibaren maruz kaldığı "kitlesel katliam ve tehcirin" (*massacres et déportations massives/massacres and mass deportations*) uluslararası hukuk anlamında soykırım olarak nitelenip nitelenemeyeceğini belirtmek zorunda olmadığını (*n'est pas tenue de dire/not required to determine*), bu konuda hukuken bağlayıcı herhangi bir (*dans un sens ou dans l'autre/one way or the other*) sonuca ulaşması noktasında yetkili olmadığını da vurgulamıştır.<sup>11</sup>

Bu şekilde Büyük Daire, daha ilk baştan yetkisinin; sadece İsviçre Federal Mahkemesi'nin başvuran hakkındaki mahkûmiyet kararıyla Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesinin ihlâl edilip edilmediği sorunsalıyla sınırlı olduğu mesajını vermek istemiştir.

<sup>10</sup> Perinçek, par. 101.

<sup>11</sup> Perinçek, par. 102

Aslında, 17.12.2013 tarihli Daire kararında da AİHM'in "tarihçiler ortamında devam etmekte olan bir tartışmanın konusunu oluşturan tarihi sorunlarda hakemlik yapma durumunda olmadığı"<sup>12</sup> belirtilmiş olmakla birlikte, soykırım konusunda yetkili olabilecek yargı organları hakkında herhangi bir ipucu vermemiş, yargı yetkisinin konu ve kapsamını belirleyen Sözleşme'nin 19. ve 32. maddelerini de zikretmemiştir.

Ayrıca, yetkiye ilişkin AİHS maddelerine atıfta bulunmaksızın, tarafların kendisinden 1915 olaylarının gerçekliğini araştırmasının ve bu olayların "soykırım" olarak nitelendirilmesinin yerindeliliğini incelemesinin istenmediğini (*elle n'est pas amenée à se prononcer/it is not required to determine..*) belirtmiş olmakla, soykırım konusunun Daire tarafından bir yetki (*jurisdiction/jurisdiction*) sorunu olarak değil, talebe bağlı olarak incelenebilecek bir konu olarak algılanmış olduğunu da düşündürmektedir.<sup>13</sup>

Büyük Daire'nin Daire'ye göre yetki konusunda, daha açık ve özellikle bu konuda hangi koşullarla yetkisinin var sayılabileceğini belirtmesinin, "Ermeni Soykırımı"nın tarihsel bir gerçek olduğunun kanıtlanmasına çalışılan Portekiz ve Montenegro yargıçlarının Daire kararına eklenen on yedi sayfalık kısmî karşı görüşleri<sup>14</sup> bakımından da anlam ve önem taşıdığı söylenebilir.

## 2. AİHM Yetkisinin AİHS'nin 17. maddesi Açısından Değerlendirilmesi

"Ermeni Soykırımı"nın gerçekliği "açıkça saptanmış" (*clairement établi*) bir tarihsel olay olup olmadığını araştırma konusunda Sözleşme hükümleri açısından madde itibarıyla (*ratione materiae*) yetkisiz olduğunu vurgulayan AİHM, başvurunun esasına girmeden önce ne başvuranın, ne de dâvalı Hükûmetin gündeme getirmediği AİHS'nin 17. maddesinin Perinçek başvurusuna uygulanıp uygulanmayacağını re'sen incelemeyi uygun görmüştür.

<sup>12</sup> Perinçek, 2013, par. 99.

<sup>13</sup> Perinçek, 2013, par. 111.

<sup>14</sup> Perinçek 2013, Opinion en partie dissidente des Juges Vucinic et Pinto de Albuquerque, s. 63-80.



Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik AİHS'nin 17. maddesine göre:

*"Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerinin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma konusunda herhangi bir hak verdiği biçimde yorumlanamaz."*

Söz konusu maddenin Sözleşme'nin giriş bölümü ışığında da yorumlanmasında yarar bulunmaktadır. Nitekim, Sözleşme'nin dayandığı temel değer ve ilkelerin belirlendiği giriş bölümünün dördüncü paragrafında Taraf Devletlerin *"dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması öncelikle, bir yandan gerçekten demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin bağlılıklarını .."* bir kez daha tekrarladıkları kaydedilmiştir.

Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının Sözleşme'nin siyasal temelindeki demokratik rejimi de tehlikeye atabileceği fikrinden hareketle, gerek AİHM, gerek daha önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu uygulamasında özellikle antisemit, ırkçı, Nazi rejimini savunan, Yahudi soykırımını inkâr eden, şiddete teşvik eden söylemlerle ilgili başvuruların esasına girmeden kabul edilemez bulmuştur.<sup>15</sup>

Mahkeme'nin, başvuranın, "Ermeni Soykırımı"nın bir uluslararası yalandan ibaret olduğu tezini savunmasının demokratik bir rejimi ya da bu rejimin dayandığı değerleri tehdit edecek nitelikte olup olmadığı tartışmasını gündeme getirmesi, özellikle dâvalı İsviçre Hükümeti'nin bu yönde bir savunmada bulunmamış olması dikkate alındığında, ilginç bir yaklaşım sayılabilir. Kaldı ki, ifade özgürlüğü-

<sup>15</sup> Örneğin, genel olarak, ırkçı söylemle ilgili Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays Bas, no.8348/78,8406/78, Déc. de la Commission 11octobre 1979, DR 18 s. 187 ; Nazi rejimini övme ile ilgili Kühnen v. Germany, no.12194/86, Déc., DR 56 s. 213; Yahudi soykırımının bayağılaştırılması Garaudy c. France, no.65831/01 [Déc] 24 juin 2003 ; ırkçı söylemle ilgili Müslümanlara karşı ırkçı söylemle ilgili Norwood v. UK, no. 2813/03, 16. novembre 2004 ; Yahudi düşmanlığı ile ilgili Pavel Ivanov v. Russia, 35222/04 [Déc], 20 February 2007 ; Kuzey Afrika kökenlilere karşı ırkçı söylemle ilgili Seurot c. France, no.57383/00[Déc], 18 mai 2014.

nün hangi gerekçelerle sınırlandırılabilceği konusunda klasikleşmiş *Handyside* kararında açıkça ifade özgürlüğünün sadece bilgilendirme veya fikirlerin serbestçe dolaşımı açısından değil, "... *Devleti ya da halkın herhangi bir kesimini incitecek, korkutacak ya da kaygılandırarak*" ifadeler açısından da AİHS'nin 10. maddesindeki güvencelerden yararlanacağı kabul edilmiştir.<sup>16</sup>

AİHS'nin 17. maddesinin uygulanmasında da Büyük Daire'nin metodolojik bakımdan Daire'nin yaklaşımından ayrılmış olduğu görülmektedir: Daire, İsviçre Hükûmeti'nin, başvurunun 17. madde çerçevesinde kabul edilemez bulunması talebinde bulunmadığına işaret ettikten<sup>17</sup> sonra başvuranın ifadelerinin nefret söylemi ve şiddete teşvik niteliğini taşımadığına dikkat çekerek<sup>18</sup> başvuranın ifade özgürlüğünden yararlanma hakkını kötüye kullanmamış olduğunu kabul etmiş ve 17. maddeden kaynaklanabilecek bir gerekçe ile başvurunun dayanaktan yoksun sayılamayacağı sonucuna varmıştır.<sup>19</sup> Diğer bir deyişle, Daire, 17. maddedeki "hakkın kötüye kullanılması" kavramını kendi inisiyatifıyla bir kabul edilebilirlik koşulu olarak değerlendirmiş ve bu maddeyi "otonom" bir incelemeye tâbi tutmuştur.<sup>20</sup>

Büyük Daire ise yeniden 17. maddeye atıfta bulunmakla birlikte, başvuranın kullanmış olduğu ifadelerin nefret söylemi veya şiddeti tahrik edecek nitelikte olup olmadığı sorununun baştan çözümlenemeyeceğine işaret etmiş, bu problemin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum açısından gerekli olup olmadığı incelemesi ile kesiştiğini kabul ederek 17. madde incelemesini esasa bağlamış<sup>21</sup> ve ancak 10. madde kapsamındaki ayrıntılı değerlendirmesini tamamladıktan sonra 17. maddeden uygulanmasına "mahal bulunmadığına" karar vermiştir.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> ".not only to "information" or "ideas" that are favourable received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population." *Handyside v. United Kingdom*, Application no. 549/72, judgment of 7 December 1976, par. 49

<sup>17</sup> Perinçek 2013 kararı, par. 43

<sup>18</sup> *ibid.* par. 52.

<sup>19</sup> *ibid.* par.54, 55.

<sup>20</sup> Louis -Marie Le Rouzic, *Négationnisme, génocide et abus de droit*, RDLF 2014, chronique no.11

<sup>21</sup> Perinçek, par. 115.

<sup>22</sup> Perinçek, par.282:"Il s'ensuit également qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 17

Yaklaşımları farklı olmakla birlikte, gerek Daire'nin gerek Büyük Daire'nin, başvuru konusunu denetim mekanizmasının ötesinde, Sözleşme'nin temel "felsefesini" oluşturan demokratik değerler açısından da âdeta bir "sigorta" konumundaki 17. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı sorunsalına değinmesi, önemli bir başvuruda tarafların ileri sürmediği bir argümanı incelemek suretiyle sonuçta alınacak karara yöneltilebilecek eleştirilerin önünü almak kaygısıyla hareket etmiş olduğu düşünülebilir.<sup>23</sup> Bu şekilde, Perinçek başvurusunun Nazi propagandası, ırkçı nefret, Yahudi düşmanlığı içeren söylem kategorilerindeki başvurulardan farklı olduğu, 17. madde dolayısıyla başvurunun kabul edilemez bulunmasına yol açabilecek bir içeriğinin bulunmadığı mesajı da baştan verildiği gibi, bu değerlendirmenin ayrıca "doğrulamasının" da yapılacağı mesajı verilmiş bulunmaktadır.

Nitekim Mahkeme'nin *Perinçek* kararından beş gün sonra açıkladığı Fransa aleyhindeki *M'Bala M'Bala* kararında, başvuranın, mizahi nitelikte bir gösteri sırasında kullandığı ifadelerin antisemit nitelikte olduğu ve tarihi gerçekliği kabul edilen bazı olayların sanatsal bir kılıf altında inkâr etmeye çalıştığı gerekçeleriyle başvurusu 17. madde gereğince kabul edilemez bulunmuştur.<sup>24</sup>

Sonuçta AİHM, Perinçek başvurusunda, 17. madde gibi siyasal, hukuksal ve kültürel ilkelerin aksiyolojik değerlendirmesini de kaçınılmaz olarak gerektirecek yaklaşım yerine, ifade özgürlüğünün hangi koşullarda sınırlandırılabilirliğini öngören AİHS'nin 10. maddesindeki içeriği açık, pozitif hukuk parametrelerinin değerlendirilmesine ağırlık vermeyi tercih etmiştir.

---

de la Convention".

<sup>23</sup> 17. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yapılan ayrı oylamada dört yargıç 17. maddenin uygulanması gerektiği yolunda karşı oy kullanmış ve bu konudaki görüşlerini ayrıca karara eklemişlerdir, Perinçek, s.131-133.

<sup>24</sup> *M'Bala M'Bala c. France*, [Déc], no. 25239/13, décision du 20 octobre 2015, kararın 40. paragrafına göre ". la Cour souligne que si l'article 17 de la Convention a en principe été jusqu'à présent appliqué à des propos explicites et directs, qui ne nécessitaient aucune interprétation, elle est convaincue qu'une prise de position haineuse et antisémite caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte.. »

### 3. Perinçek Başvurusunun Esası: İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Uyulması Gereken Parametreler

AIHS'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesine uygulanabilecek sınırlamalar maddenin ikinci paragrafında ayrıntılı biçimde sıralanmış olduğu gibi, AIHM içtihatları da bu kıstasların ne şekilde uygulanması gerektiği konusunda önemli açıklayıcı yorumlar getirmiştir.

10. maddenin ikinci fıkrasına göre:

*"...Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."*

Yerleşik AIHM içtihatlarının geliştirdiği inceleme şemasına göre, ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin AIHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasındaki üç genel kriterin tamamına uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir: a) Müdahalenin kanunla öngörülmüş olması (*prévue par la loi/prescribed by law*), b) Müdahalenin maddenin ikinci fıkrasında belirtilen amaçlardan birine ya da birkaçına uygun olması, b) Müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olması. Bu üç parametre *Perinçek* kararında büyük bir titizlikle ve özellikle, çok sayıda alt parametreler de dikkate alınarak "eksiksiz" tanımlanabilecek derecede irdelenmiştir.

#### a) Müdahalenin Yasa ile Öngörülmüş Olması

Başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale sonucunda mahkûm edilmiş olması, ilk bakışta, İCK'nın mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasına dayanması bakımından müdahalenin yasallığı açık olmakla birlikte, AIHM içtihadına göre, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın şekli bakımından yasaya dayanması yeterli olmayabilir: Yasaya uygunluk kıstası, ayrıca, ulusal düzenlemenin, olayın cereyan biçimi çerçevesinde doğurabileceği sonuçların önceden tahmin edilebilmesini de gerektirmektedir.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Perinçek, par. 131 ; Sunday Times v. United Kingdom (no.1), judgment of 26 April 1979, par. 48-49.

Bu kriterle ilgili olarak, müdahil Türk Hükûmeti, İsviçre mahkemelerinin soykırım anlayışlarının aslında 1915 olaylarının soykırım oluşturup oluşturmadığı konusundaki bir değerlendirmesinin sonucu değil, İsviçre toplumundaki bu konuda oluşan bir kanaate dayandığı argümanını işlemiştir.<sup>26</sup>

AİHM bu konuda, başvuranın, özellikle İsviçre Ulusal Konseyi'nin (*Conseil national*) daha önce 1915 olaylarını soykırım olarak tanımış olduğunu da dikkate alarak, ifadelerinin İCK'nın 261/4. maddesindeki hüküm gereğince cezai sorumluluğuna yol açabileceğini öngörmüş olmasının beklenebileceği varsayımıyla, kanunilik koşuluna uyulmuş olduğunu kabul etmiştir.<sup>27</sup>

Alman Yargıç Nussberger ise, karara eklenen kısmen karşı kısmen açıklayıcı görüşünde, AİHS'nin ihlâl edildiği yolunda oy kullanmış olduğunu vurguladıktan sonra, İCK'nın 261/4. maddesinin kaleme alış şeklinin İsviçre mahkemelerinin hangi olayların soykırım sayılıp sayılamayacağı konusunda yetkili olup olmadığının açık olmadığını savunmuştur. Yargıca göre, bu eksiklik nedeniyle bir uluslararası mahkemenin kararı ya da ulusal ve uluslararası planda bilimsel veya siyasal bakımdan oluşan bir görüş birliğine dayanacak durumda olmayan İsviçre Federal Mahkemesi, tarihsel nitelikte genel bir "*consensus*" gerekçesine atıfta bulunmakla yetinmek zorunda kalmıştır. Bu şekilde Alman yargıç, sözkonusu İCK maddesinin cezai nitelikte bir yaptırımı haklı gösterip gösteremeyeceği soru ve hatta kuşkusunu da gündeme getirmiştir.<sup>28</sup>

## **b) Müdahalenin Sözleşme'de Belirtilen Meşru Bir Amaca Uygun Olması**

AİHM, ifade özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamanın meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını, AİHS'nin 10/2. maddesinde sayılan meşru amaçlardan İsviçre Hükûmeti'nin savunmasında üzerinde durduğu kamu düzeninin korunması ve başkalarının şöhret ve haklarının korunması kıstasları açısından incelemiştir.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Perinçek, par. 129.

<sup>27</sup> Perinçek, par. 138.

<sup>28</sup> Perinçek, *Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente de la juge Nussberger*, s. 125.

<sup>29</sup> Perinçek, par.143.

### aa) Kamu Düzeninin Korunması

Sözleşme'nin İngilizce metnindeki "*prevention of disorder*" kavramı ile Fransızca metnindeki "*défense de l'ordre*" kavramlarının farklı olduğuna da dikkat çeken AİHM, insan haklarının korunmasına yönelik bir denetim sisteminde iki farklı versiyonu birbirine yaklaştıracak en uygun yorumun sözkonusu kavramların en dar anlamlarında (*leur sens le moins large/ the less extensive meaning*) kullanılmasını gerektirdiği sonucuna varmıştır.<sup>30</sup>

Kararda, İsviçre Hükümeti'nin AİHM'e sunduğu görüşlerde de-ğindiği kamu düzeni riski argümanının, daha önce başvuranı yargılamış olan mahkemelerce gündeme getirilmemiş olduğuna işaret edilmiş, Strazburg'daki prosedür aşamasında ileri sürülen bu "meşru" amacın gerçekliğinin başvuranın konferanslarının cereyan ettiği ortam açısından kanıtlanamadığı için "kamu düzeninin korunması" gerekçesi ikna edici bulunmamıştır.<sup>31</sup>

### bb) Başkalarının Haklarının Korunması

Mahkeme, bu başlık altında, 1915 olaylarının doğrudan mağdurlarıyla onların neslinden gelenlerin haysiyet (*dignité/dignity*) ve kimliklerinin (*identité/identity*) korunması argümanı kapsamında, İsviçre Federal Mahkemesi'nin özellikle diaspora Ermenileri'nin kimliklerini "Ermenilerin bir soykırımı maruz kaldıkları" fikri üzerinde inşa etmiş oldukları yolundaki argümanını kabul etmekle birlikte, başvuranın ifadelerinin Ermenileri aşağılayıcı, onları haysiyetlerinden mahrum edecek, insanlıklarını küçümseyecek nitelikte olmadığına işaret etmiştir.

Öte yandan, başvuranın "Ermenilerin emperyalist güçlerin" âleti oldukları, "Türk ve Müslüman halkların katliamına katıldıkları" yolundaki ifadeleri dolayısıyla, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Ermenilerin korunması çerçevesinde meşru bir amaç sayılabileceğini kabul etmiştir.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Perinçek, par. 151.

<sup>31</sup> Perinçek, par. 154; aksine örnek: *Castells v. Spain*, Judgment of 23 April 1992 par. 39. Ancak, müdahalenin demokratik toplum kriteri açısından zorunlu olmadığı gerekçesiyle ihlâl kararı verilmiştir. *ibid.* par. 43.

<sup>32</sup> Perinçek, par. 156-157.

#### 4. Müdahalenin Demokratik Toplum Açısından Gerekli Olması

İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların demokratik toplum değer ve ilkelerinin korunması açısından gerekli olması kıstası, kararda ayrıntılı biçimde irdelenmiştir. Bu bölümün "giriş"inde, AİHM, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların dar biçimde yorumlanması gerektiği, AİHM'in ulusal makamların yetki alanına müdahale etme gibi bir görevinin bulunmadığına işaret edilmiş, yetkisinin, ulusal makamlarca yapılan müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal gereksinim (*besoin social impérieux/pressing social need*) gerekçesiyle izah edilip edilemeyeceğini, güdülen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve dâvalı hükûmetin, bu çerçevede ileri sürdüğü gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığını denetlemekten ibaret olduğu belirtilmiş, ayrıca devletin siyasal söylemi sınırlandırabilme marjının daha dar olduğu vurgulanmıştır.<sup>33</sup>

Bu "uyarılardan" sonra, Büyük Daire, İsviçre'nin ulusal yargı makamlarının, İCK'daki hükmün uygulanmasında, AİHS'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesi ile kişinin özel yaşamı ve ailesinin korunması hakkına ilişkin AİHS'nin 8. maddesi arasında dengeli bir yaklaşım izleyip izlemediğinin araştırılması kapsamında, a) İfadelelerin niteliği, b) İfadelerin kullanıldığı ortam (*contexte/context*), c) Zaman faktörü, d) Yüksek Akit Taraflar arasında 1915 olaylarının soykırım olarak tanımlanması konusunda bir "*consensus*" oluşup oluşmadığı e) İsviçre'nin uluslararası yükümlülükleri nedeniyle soykırım inkârına yaptırım uygulama yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı f) Uygulanan cezanın ağırlığı, parametrelerini ayrı ayrı irdelenmiştir.

##### a) İfadelerin Niteliği

Mahkeme'ye göre, başvuranın aleni toplantılarda, kitap, gazete ya da televizyon programlarında tarihsel olaylar hakkında kullandığı ifadeler, toplumu ilgilendiren konular olarak kabul edilmelidir.<sup>34</sup> Başvuranın ifadeleri tarihsel ve hukuksal içerikte olmakla birlikte, aleni bir toplantı sırasında açıklanmış olması, başvuranın tarihçi veya hukukçu olarak değil, bir siyaset adamı olarak hareket etmiş olduğunu göster-

<sup>33</sup> Perinçek, par.196,197.

<sup>34</sup> Perinçek, par. 230.



mekte, söylemin şiddete, nefrete veya hoşgörüsüzlüğe kışkırtmaya dönüşmemesi kaydıyla korunmasında kamu yararı bulunmaktadır.<sup>35</sup>

Büyük Daire, başvuranın, 1915 olayları bağlamında Ermeniler aleyhine bir nefret söylemi geliştirmedini, Ermenileri “yalancı” olmakla suçlamadığını, hakaret sayılacak sözcükler kullanmamış olduğunu, Ermenilerin Türklerle asırlar boyunca yanyana barış içinde yaşamış oldukları ve her ikisinin de emperyalist komploların mağduru olduğu görüşünü savunmuş olduğunu dikkate almıştır.<sup>36</sup>

Bununla da yetinmeyen Mahkeme, başvuranın ifadelerinin kullanıldığı ortam koşullarında nefrete ve hoşgörüsüzlüğe teşvik olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini de incelemiş, ancak, Yahudi soykırımını inkâr eden söylemlerden farklı olarak, başvuranın doksan yıl önce meydana gelen olaylar hakkında İsviçre’de savunduğu tezlerin ortam kıstası bakımından otomatik olarak ırkçı ve demokrasi karşıtı sayılmayacağını ve buna dair yeterli kanıt bulunmadığını da kaydetmiştir.

Kararda, ayrıca, başvuranın Talât Paşa komitesine üyeliğinin 1915 olaylarının soykırım niteliğini taşıdığı yolundaki – ve bu hususun İsviçre mahkemeleri tarafından incelenmediğine de dikkat çekilen- tezin reddedilmesi çerçevesinde anlaşılması gerektiği, Ermenileri aşağılamaya ve aleyhlerine nefreti kışkırtmaya yönelik olduğunu gösterecek kanıt bulunmadığı belirtilmiştir.<sup>37</sup>

Sonuçta, AİHM, başvuranın ifadelerinin “sert” (*virulents/virulent*) ve başvuranın da görüşlerinde tâvizsiz (*intransigeant/intransigent*) olduğunu kaydetmekle birlikte, ifadelerinin, nefret, şiddet veya hoşgörüsüzlük çağrısı içermediğini vurgulamış,<sup>38</sup> kamu yararı bulunan bir sorunla bağlantılı olması nedeniyle AİHS’nin 10. maddesindeki güvencelerden yararlandırılması gerektiğine ve bu bakımdan İsviçre makamlarının ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusundaki takdir yetkilerinin sınırlı olduğuna işaret etmiştir.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Perinçek, par. 231.

<sup>36</sup> Perinçek, par. 233; Seurot, yukarıda zikredilen karar, par. 40; Giniewski c.France, no. 64016/00, arrêt du 31 janvier 2006, par. 45-49.

<sup>37</sup> Perinçek, par. 234.

<sup>38</sup> Perinçek, par. 239.

<sup>39</sup> Perinçek, par. 241.

### b) İfadelerin Kullanıldığı Ortam

Mahkemeye göre, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının, "zorlayıcı bir toplumsal gereksinime" dayanıp dayanmadığının araştırılması, olayların cereyan ettiği ortamın (*contexte*) koşullarının da incelenmesini gerektirmektedir. Bu noktada, kararda, Ermeni soykırımı iddialarıyla Yahudi soykırımı (*Holocauste*) arasında önemli bir farka dikkat çekilmektedir : Almanya, Avusturya, Belçika ve Fransa gibi ülkelerde, Yahudi soykırımının inkârının cezalandırılması, bu soykırımın kesinlikle saptanmış bir "olaya" dayanmasından çok, tarihsel geçmişlerinin deneyimiyle bu tür inkârın arkasında tarafsız bir tarihsel araştırma kılıfı altında daima antidemokratik ve antisemit bir ideolojinin gizlenmesi ve bu konuda sözkonusu ülkelerin taşıdıkları ahlâki sorumluluk duygusuyla izah edilmelidir.<sup>40</sup>

Buna karşılık, karara göre, 1915 ve sonraki yıllarda, Osmanlı İmparatorluğu'nda meydana gelen olaylar ile İsviçre arasında, bu ülkede bir Ermeni cemaatinin bulunmasının ötesinde doğrudan bir bağlantı bulunmadığı gibi başvuranın ifadelerini kullandığı dönemde İsviçre'de gergin bir ortamın hâkim olduğu veya sözkonusu ifadelerin orada yaşayan Türkler ile Ermeniler arasında ciddi sürtüşmelere yol açtığı da söylenemez.<sup>41</sup>

Kararda, ayrıca, başvuranın ifadelerinin Türkiye'deki Ermeniler aleyhine bir "nefret" söylemine yol açtığı yolundaki iki sivil toplum kuruluşunun iddialarının isabetini ortaya koyacak bir kanıtın bulunmadığına dikkat çekilmiş,<sup>42</sup> Hrant Dink cinayetinden sonra, Türkiye'de bazı "aşırı milliyetçi" çevrelerin (*cercles ultranationalistes/ultranationalist circles*) Ermeni cemaati aleyhindeki gösterilerinin (*hostilité manifestée/hostility*) başvuranın İsviçre'deki ifadelerinin sonucu olduğuna ilişkin iddianın da kanıtlanamadığı belirtilmiştir.<sup>43</sup>

### c) Zaman Faktörü

Mahkeme'ye göre, başvuranın ifadelerinin doksan yıl önce cereyan etmiş olaylarla bağlantılı olması hem içeriğinin ulusal makam-

<sup>40</sup> Perinçek, par 243.

<sup>41</sup> Perinçek, par. 243-244.

<sup>42</sup> Perinçek, par.246.

<sup>43</sup> Perinçek, par. 247

larca denetiminin daha dikkatli yapılmasını gerektirmekte hem de yapılan müdahalenin demokratik toplum için zorlayıcı gereksinim sayılma özelliğini azaltmaktadır.<sup>44</sup>

#### **d) İfadelerin Ermeni Cemaatinin Üyelerinin Haklarına Halel Getirip Getirmediği**

AİHM, başvuranın ifadelerinin Ermeni cemaati üyelerinin haklarına tecavüz edip etmediği tartışmasını, sözkonusu grubun üyelerinin haysiyet ve kimlikleri açısından olmak üzere iki kıstas temelinde yürütmüştür: Ermeni cemaati üyelerinin haysiyeti bakımından AİHM, başvuranın saldırgan sayılabilecek ifadelerinin Ermenilere yönelik olmayıp, emperyalist güçleri hedef aldığına, “Ermenilerin Türkleri ve Müslümanları öldürdükleri” yolundaki sözlerinin ise Ermenilerin katledilmeyi hak ettikleri ya da yok edilmelerini gerektirdiği anlamını taşımadığına, kaldı ki aradan geçen zamanın bu sözlerin Ermeniler için özellikle yaralayıcı (*offensantes/so wounding*) sayılamayacağına işaret etmiştir.<sup>45</sup>

Öte yandan, Ermenilerin ulusal kimliğine yönelik saldırı iddiası açısından da, karara göre, ulusal kimliği ilgilendiren özellikle hassas tarihi olayların tartışma konusu edilmesinin, tek başına, yönelik olduğu kişilerin kimliğini ağır biçimde inciteceği varsayılmaz. Başvuranın, katliam ve tehciri inkâr etmemiş olduğu da gözönünde bulundurularak, Ermeni cemaatinin haysiyet ve kimliğine tecavüz edildiği iddiası reddedilmiştir.<sup>46</sup>

#### **aa) 1915 Olaylarının “Soykırım” Olarak Tanımlanmasında “Consensus” Oluşmuş mudur?**

Kararda, genel olarak, soykırım ve diğer tarihsel olayların inkârının farklı değerlendirildiğine dikkat çekildikten sonra, İsviçre’nin soykırımın inkârında, söylemin nefret ve şiddeti kışkırtıcı içeriğinin bulunmadığı durumlarda bile inkârı reddetmekle uluslararası inkâr uygulaması yelpazesinin en aşırı ucunda yer aldığına işaret edilmiştir. Ayrıca, soykırım inkârına ilişkin her ulusal düzenlemenin farklı

<sup>44</sup> Perinçek, par. 249, 250.

<sup>45</sup> Perinçek, par. 252.

<sup>46</sup> Perinçek, par. 253.

faktörlere dayandığı gözönünde bulundurularak, mukayeseli hukuk araştırmasının AİHM'in ulaşacağı sonucu fazla etkileyemeyeceğine de dikkat çekilmiştir.<sup>47</sup>

### bb) Müdahalenin İsviçre'nin Uluslararası Yükümlülüklerine Dayandırılması

Başvuranın ifadelerine getirilen kısıtlamanın İsviçre'nin uluslararası yükümlülüklerinin ve özellikle BM Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Sözleşmesi'nin 4. maddesinin gereği olduğu yolundaki İsviçre argümanını da, AİHM, sözkonusu maddenin gerek açıkça gerek zımnın soykırım inkârının cezai nitelikte bir norm konusu edilmesini öngörmemiş olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.<sup>48</sup>

Bu çerçevede, Mahkeme, anılan BM Sözleşmesi'nin 4. maddesinin, *"ırk üstünlüğü veya nefretine dayanan fikirlerin yayılması, ırk ayırımına teşvik veya ırk veya renk ya da diğer bir etnik kökene yönelik her türlü şiddet olaylarını ya da bu tür fiillere tahrik"* fiillerinin cezalandırılmasını öngördüğünü vurgulamıştır. Kararda ayrıca, İsviçre'nin bu çerçevede gerçekleştireceği düzenlemelerin aynı Sözleşme'nin 5. maddesindeki düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (5/d/vii) ile fikir ve ifade özgürlüğü (5/e/viii) hakkının anılan maddenin giriş fıkrasındaki *"(T)araf Devletlerin....her türlü ırk ayrımcılığını yasaklamayı ve tasfiye etmeyi,ve herkesin ırk, renk veya ulusal veya etnik köken ayrımcılığına maruz kalmadan ...)* vicdan ve din özgürlüğü (5/d/vii) ile fikir ve ifade özgürlüğü (5/d/viii) haklarının da yer aldığı hakların kullanılmasında *"hukuk önünde eşitlik hakkını güvence altına almayı öngörmüş .."* olduğunun gözardı edildiğine dikkat çekilmiştir.<sup>49</sup>

Mahkeme ayrıca, BM Soykırım Sözleşmesi'nin I/c maddesinin sadece *"doğrudan ve âlenen soykırım işlemeye teşvik"* fiilini düzenlediği, BM Medeni ve Siyasi Haklar Andlaşmasının 20/2. maddesinin de soykırımın inkârını değil, *"Ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete teşvik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulmasının"* yasaklanmasını düzenlediğini belirtmiştir.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Perinçek, par. 256-257.

<sup>48</sup> Perinçek, par.260.

<sup>49</sup> Perinçek, par. 261.

<sup>50</sup> Perinçek, par. 264-265.

Kararda, soykırım inkârının “soyut” biçimde cezalandırılması konusunda bir uluslararası örf ve âdet kuralının da oluşmadığı, BM İnsan Hakları Komitesi, BM Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Komitesi, BM İfade Özgürlüğü’nün Geliştirilmesi ve Korunması BM Özel Raporörü, Demokratik ve Adil bir Uluslararası Düzenin Geliştirilmesi BM Bağımsız Uzmanı’nın görev alanlarında kabul edilen deklarasyon ve tavsiye kararlarında da soykırım inkârının cezalandırılması konusunda norm sayılabilecek açıklıkta bir düzenlemenin öngörülmediği kaydedilmiştir.<sup>51</sup>

### e) Cezanın Ağırlığı

Bu parametre açısından da, Mahkeme, İsviçre mahkemeleri tarafından başvurana uygulanan İCK’nın mükerrer 261. maddesindeki yaptırımın bir ceza normu niteliğinde olmasının tek başına ciddiyet (*gravité de l’ingérence/severity of the interference*) arzettiğini belirtmiştir.<sup>52</sup>

### Büyük Daire Kararının Sonuç Gerekçeleri

İfade özgürlüğüne AİHS’nin 10/2. maddesi uyarınca getirilebilecek “meşru” sınırlamaları tüm hukuksal, siyasal ve toplumsal özellikleri bakımından eksiksiz bir değerlendirmeye tabi tutan AİHM, başvuranın ifadelerinin kamu yararını ilgilendirdiğini, nefret veya hoşgörüsüzlüğe çağrı niteliğini taşımadığını, ifadelerin kullanıldığı ortamda kuvvetli bir gerginliğe yol açmadığını, İsviçre’nin tarihsel geçmişiyle ilgili olmadığını, ceza niteliğinde bir yaptırımı gerektirecek derecede Ermeni cemaatinin mensuplarının haysiyetine dokunmadığını, İsviçre’yi bu nitelikteki ifadeleri cezalandırmaya zorlayacak bir uluslararası yükümlülüğünün bulunmadığını, mahkûmiyet kararının başvuranın İsviçre’deki yaygın görüşlerden farklı bir görüş açıklamasında bulunmasına dayandığı izlenimini uyandırdığını, müdahalenin cezai nitelikte bir mahkûmiyet gibi ağır bir şekil almış olduğunu dikkate alarak, Ermeni cemaatinin haklarının korunması açısından müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Perinçek, par.266-267.

<sup>52</sup> Perinçek, par. 273.

<sup>53</sup> Perinçek, par. 280,

## II. Perinçek Kararının Kurumsal ve İçtihatî Geleceği

*Perinçek* kararının "geleceğinin" bir yandan, AİHM'in herhangi bir ihlâl kararı olarak tabi olacağı statü, diğer yandan da önemli bir içtihat olarak yansımalarının ne olabileceği açılarından değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

### 1. Perinçek Kararının "Kurumsal Statüsü"

*Perinçek* kararının herhangi bir AİHM ihlâl kararı gibi bağlayıcı olması niteliği dolayısıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK) tarafından denetlenecek bir icra edilme sürecine tabidir. Öte yandan, diğer Taraf Devletlerin uygulamasını da etkileyebilecek bir hukuksal sorunla ilgili önemli Büyük Daire kararlarının haiz olduğu ve yine AİHM içtihatlarına dayanan bir "**yorum/referans kaynağı oluşturma**" (*res interpretata*) statüsü bulunmaktadır.

#### a) Perinçek Kararının İsviçre Hükûmeti Tarafından İcra Edilmesinin Denetlenmesi

AİHM kararı tüm diğer ihlâl kararları gibi herşeyden önce AİHS'nin 46. maddesinde öngörülen denetim mekanizmasına tabidir. Buna göre:

"1. Yüksek Akit Taraflar, taraf oldukları dâvalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşen kararı, icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir".

Genel olarak, AİHM kararlarının icrasında karara uymak için alacakları önlemler konusunda dâvalı Taraf Devletlerin belirli bir takdir yetkileri bulunmaktadır. *Perinçek* kararında tazminata hükmedilmediği için ayrıca kararın açıklanmasından itibaren üç ay içinde tazminatın ödenmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Ancak, kararı "icra etme" kavramı tazminatın ödenmesi ile sınırlı olmayıp, gerektiğinde, ihlâlin tekrarlanmaması için alınması öngörülen önlemlerin de Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Direktörlüğü'nün (İHGD) aracılığıyla Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (AKBK) üyelerinin bilgisine sunulması gerekmektedir. Bu genel şema, binlerce mahkeme kararının AKBK'da teker teker görüşüldüğü

ve icra edilme aşamalarının bu organca belirlendiği anlamına gelmemektedir. AKBK'nın teknik imkânsızlıkları nedeniyle kararların icrası süreci, büyük ölçüde, ilgili devletin yetkili makamları ile İHGĐ Sekretaryası arasındaki temas ve yazışmalarla ilerlemektedir. Ancak, ilgili dâvalı devlet ile İHGĐ arasında önemli bir anlayış farkı olduğu ve/veya kararın içeriğinin kapsamlı önlemler alınmasını gerektirdiği durumlarda, AİHM kararı, AKBK'nın gündemine girmekte ve bu kurulun gizlilik kuralına tâbi toplantılarında görüşülmektedir. Bu aşamaya gelindiğinde ise, AİHM kararının icrası için ilgili Devlete yapılacak "siyasi baskı"nın derecesi AİHM kararının gördüğü siyasi "destek" ve "benimseme" ile orantılı olabilir. Şöyle ki, AİHM kararıyla saptanan ihlâlin bir an önce giderilmesi gerektiği kanaatinin ağırlık kazanması halinde, ilgili Devletten alması istenecek önlemlerin kapsamı da genişleyebilecek ve önlemlerin biran önce alınması için yapılacak "siyasi baskı" da artabilecektir. Tam aksine, kararın vardığı sonucun diğer AKBK üyeleri tarafından yeterli destek görmemesi durumunda, AKBK'nın asgarî sayılabilecek bir icra ile yetinip, kararı gündemden düşürmesi beklenebilir. Diğer bir deyişle, AKBK denetimi aşamasında, hukuksal ve kurumsal kaygılarla birlikte, siyasal yaklaşımların da ön plana çıkabileceği açıktır.

Bir AİHM kararının icra edilmesi, ilk planda, kararın ulusal dile çevrilmesi- ki Fransızca ve İngilizce olarak kaleme alınmış olan *Perinçek* kararı açısından bu tür bir yükümlülük yoktur- kararın öneminin belirtildiği ve ihlâlin tekrarlanmaması için dikkat edilmesi gereken hususların da yer aldığı açıklayıcı bir metinle yetkili makamların dikkatine sunulması gibi önlemleri kapsamaktadır.

İhlâlin bir yasa ya da bir idari düzenlemeden kaynaklandığı durumlarda ise benzer ihlâllerin tekrarlanmaması için yasanın veya idarî tasarrufun değiştirilmesi ya da tamamen iptal edilmesi gerekmektedir.

AKBK'daki görüşmeler gizli olmakla birlikte, AİHM kararların icrasının tamamlandığını saptayan nihai AKBK kararları (*final resolutions/résolutions finales*) ile denetimin önemli aşamalarını saptayan AKBK ara kararlarına (*interim resolutions/résolutions intérimaires*) ve AKBK toplantılarında görüşülecek raporlara internet üzerinden erişilebilir.



*Perinçek* kararının açıklandığı 15 Ekim 2015 günü yayınlanan Federal Adalet Ofisi'nin bildirisinde, İsviçre'nin "en geç altı ay içinde" AKBK'na sunacağı bir raporla kararın ne şekilde "uygulanmasının" öngörüldüğü, özellikle, Perinçek olayındaki Sözleşme ihlâline benzer ihlâllerin yinelenmemesi için alınacak önlemlere yer verileceği belirtilmiştir. Aynı bildiriye, İsviçre'nin altı aylık süre içinde kararın uygulanması konusunda tam olarak "hesap verecek" (*rendre compte*) durumda olmaması halinde, alınmasını öngördüğü önlemler hakkında "en azından" (*au moins*) bağlayıcı bir plan sunmak "zorunda" kalacağı açıklanmıştır.<sup>54</sup>

Kapsamlı bir icra şemasının "vaat edildiği" bildiriye karşılık, İsviçre Hükûmeti'nin 2 Şubat 2016 tarihinde *Perinçek* kararının icrası çerçevesinde İHGD'ne ilettiği "Eylem Bilançosu" (*Bilan d'Action*) sınırlı boyutlarda kalmaktadır.<sup>55</sup> AİHM kararının da özetlendiği sözkonusu icra planında:

- Bireysel önlemler açısından, 19.10.2015 tarihinde Federal Mahkeme ile diğer doğrudan ilgili makamların karar hakkında bilgilendirildiği ve aynı çerçevede olmak üzere, Perinçek'in 29.01.2016 tarihinde Federal Mahkeme'ye başvurarak federal yasanın 122. maddesi uyarınca muhakemesinin iadesini istemiş olduğu,
- Genel önlemler kapsamında ise, *Perinçek* kararının AİHM'in içtihatları ile ilgili Rapor'da İsviçre'nin üç resmi dilinde yayınlanmış olduğu ve sözkonusu Raporun tüm kanton ve federal makamlara iletildiği, İsviçre Hükûmeti'nin, sözkonusu kararın, yerleşik uygulamaya uyarak, mahkemeler tarafından tam olarak dikkate alınacağı fikrinden hareket ettiğiyle işaret edilerek başka bir önlem alınmasının öngörülmediği (*aucune autre mesure n'est envisagée*) belirtilmiştir.

İsviçre Hükûmeti, AİHM kararının icrası çerçevesinde izlenmesine karar verdiği icra planını, AİHM'in İCK'nın mükerrer 261. maddesinin AİHS'nin 10. maddesine aykırı olduğu yolunda bir saptamada bulunmamış olduğu, sözkonusu maddenin yeterli bir yasal temel

<sup>54</sup> Office Fédéral de la Justice <http://www.bj.admin.ch>

<sup>55</sup> DH-DD(2016)157 12/02/2016 Bilan d'action: Perinçek c. Suisse (Grande Chambre arrêt du 15 octobre 2015, Berne, le 2 février 2016).

oluşturduğunu kabul etmiş olduğu, anılan maddenin sadece Perinçek olayındaki uygulamasını eleştirmiş olduğu, kararın sözkonusu maddenin ihtiyatlı biçimde uygulanmasını gerektiriyorsa da, bazı durumlarda cezalandırmanın ifade özgürlüğüne uygun olacağı konusunda olanak sağladığı şeklinde savunmuştur.

Görüldüğü üzere, İsviçre Hükümeti, AİHM kararını aslında yetkili makamların bilgisine sunmaktan ve sözkonusu makamların kararı gerektiği gibi uygulayacaklarına “güvenmekten” öteye gidecek bir önlem alınmasını tasarlamamaktadır.

Oysa bu yaklaşımın kararın icrası bakımından hem yetersiz olabileceği hem de asıl önemlisi kararın dikkat çektiği bazı hususları gözardı ettiği söylenebilir:

- Mahkeme, genellikle, ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların kaynağında yasal bir düzenlemenin bulunduğu başvurularda kanunilik kriterine uyulmuş olduğunu kabul etmekle birlikte, bu saptama, kesinlikle, Sözleşme'nin ihlâl edilmediğinin garantisini oluşturmamaktadır. Çok sayıda başvuruda kanunilik ilkesine kısa bir cümle ile uyulduğunun saptanmış olmasına karşılık, 10. maddenin ikinci paragrafındaki meşru amaç ve demokratik toplum açısından zorunluluk kriterlerine aykırı olduğu gerekçesiyle AİHS'nin ihlâl edilmiş olduğu sonucuna varılabilmektedir.<sup>56</sup> Nitekim *Perinçek* kararında da Mahkeme, açıkça İCK'nın mükerrer 261/4 maddesinin Sözleşme'ye uygunluğunu müdahalenin zorunlu olup olmadığı başlığı altında inceleyeceğini açıkça vurgulamıştır.<sup>57</sup> Bu bakımdan, Mahkeme'nin, müdahalenin İsviçre mevzuatındaki bir yasaya dayandığı için kanunilik ilkesine uyulmuş olduğu yolundaki saptamasından hareketle, İsviçre Hükümeti'nin sözkonusu yasal düzenlemenin değiştirilmesine gerek olmadığı sonucunu çıkarmaması, en azından, “zorlayıcı toplumsal gereksinim” kistası ile bağlantılı parametrelerin yetersiz veya dayanaksız bulunduğu AİHM kararından sonra, İCK'nın mükerrer 261/4. maddesinin

<sup>56</sup> Örneğin, *Couderc, Hachette-Philipacchi c. France* (no.40454/07),[GC], arrêt du 10 novembre 2015, par. 79 ; *Fressoz et Roire c. France*,(29183/95 [GC], arrêt du 21 janvier 1999, par. 42; *Case of Vajnai v. Hungary* (33629/06, judgment of 8 July 2008, par. 30-31 ; *Ceylan v. Turkey*,(23556/94), judgment of 8 July 1999, par. 25.

<sup>57</sup> *Perinçek*, par.139.

ifade özgürlüğünün korunması açısından gerekli güvencelerden yoksun olabileceğini değerlendirmesi gerekirdi.

- Yine kanunilik ilkesiyle ilgili olarak, Alman yargıç Nussberger'in karara eklenen kısmen lehte kısmen aleyhte görüşünde de, özellikle, İCK'nın mükerrer 261/4. maddesinin hangi fiillere uygulanacağına açık olmadığı, maddenin hangi olayın soykırım oluşturduğu konusunda yargıcı "görevlendirdiği" yolundaki ayrıntılı eleştirel görüşleri<sup>58</sup> de anılan maddenin uygulamasının ihlâl riskine karşı "güvence" öngörmediğini ortaya koymaktadır. Hatta Nussberger'e göre yasadaki düzenlemenin belirsizliği nedeniyle ifade özgürlüğü maddi (*material*) bakımdan değil, usuli (*procedural*) bakımdan ihlâl edilmiştir.<sup>59</sup>

- Aslında, kanunilik kıstasının Perinçek başvurusunda yetersiz kaldığı, en açık biçimde, bizzat Mahkeme tarafından kararın 261. paragrafında izah edilmiştir. Bu paragrafta Mahkeme, herşeyden önce BM Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Sözleşmesi'nin, soykırım inkârını değil, ırk üstünlüğüne dayanan veya ırk temelinde nefret söylemi oluşturan fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımına teşvik edilmesini veya ırk, renk, etnik kökene dayalı bir gruba yönelik şiddet hareketlerinin veya bu tür fiilleri işlemeye tahrik edilmesini cezayı gerektirecek bir eylem olarak tanımlamış olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme, aynı paragrafta -yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere- İsviçre'nin, anılan Sözleşme'yi onaylama prosedürü çerçevesinde, Sözleşme'nin 4. maddesindeki fiillerin cezalandırılmasında aynı Sözleşme'nin 5. maddesini de dikkate almayı öngörmüş olduğuna işaret etmiştir. Kararda, ayrıca, AK üyesi devletlerin BM Sözleşmesi'nin gerektirdiği düzenlemeleri gerçekleştirmeye davet eden AKBK'nın 48(30) sayılı Kararı<sup>60</sup> uyarınca da İsviçre'nin Sözleşme'nin 4. maddesini, 5. maddesindeki ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin kaydı da gözönünde bulundurarak, uygulama hakkını saklı tutmuş olduğuna dikkat çekmiştir.

<sup>58</sup> Yargıç Nussberger'in yukarıda zikredilen görüşü. Perinçek, s. 125

<sup>59</sup> ibid.

<sup>60</sup> 31.10.1968 tarihli sözkonusu 68 (30) sayılı Bakanlar Komitesi Kararı Avrupa Konseyi üyesi devletlerinin BM Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Sözleşmesi'ni dikkate alarak ırk ve dinsel ayrımcılığa teşvikle mücadele çerçevesinde gerekli önlemleri almaları öngörülmekteydi.

Kararın bu açık ve ayrıntılı saptamalarına rağmen, İsviçre'nin, Mahkeme'nin yasal bir normun varlığını saptamakla şekli biçimde uyulmuş olduğunu kabul ettiği kanunilik kıstasını öne sürerek, karardaki soykırım inkârının ancak nefret söylemi niteliğini taşıması ya da şiddete teşvik unsurları içermesi halinde cezalandırılabileceği yolundaki mesajı gözardı ettiği söylenebilir. Ayrıca, İsviçre Hükümeti'nin de geçmişte BM Sözleşmesi'nin 4. maddesinin, 5. maddesindeki ifade özgürlüğünün korunması gereği ışığında uygulanacağı yolundaki açıklamaları da dikkate alınır, kararın icrasını denetlemekle görevli AKBK'nın İsviçre'nin kanunilik kıstasına uyulduğu, dolayısıyla İCK'nın mükerrer 261/4. maddesinin aynen "korunabileceği" yolundaki tezini "sorgulaması" uygun olacaktır.

#### b) *Perinçek Kararının "Res Interpretata" Değeri*

AİHM kararlarının icra edilmesi yükümlülüğü, ilgili dâvalı Devlete ait olmakla birlikte, özellikle önemli konularda içtihat oluşturabilecek AİHM kararlarının tüm Taraf Devletlerin yetkili makamlarının ve özellikle mahkemelerinin dikkate alması gereken yorumlar içerdiği kabul edilmektedir.

*Res interpretata* olarak bilinen bu ilke, AİHM'in geleceğinin şekillendirilmesi ve özellikle çok yüksek sayılara ulaşan bireysel başvuruların denetim sistemini felce uğratmasının engellenmesi amacıyla AİHS'ne taraf Avrupa Konseyi üye ülkelerinin İsviçre'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi başkanlığı sırasında 18-19.02.2010 tarihlerinde düzenledikleri Interlaken Üst Düzey Konferansı'nın sonunda kabul edilen Bildiri metninde de yer almıştır.<sup>61</sup> Aslında ilkeye, daha önce de 1978 de AİHM'in İngiltere aleyhindeki İrlanda devlet başvurusuna ilişkin kararında da atıfta bulunulmuştu.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Interlaken Bildirisi'nin Eylem Planı'ndaki « res interpretata » ilkesi : «..taking into account the Court's developing case-law with a view to considering the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State where the same problem of principle exists within their own legal system ;.. » şeklinde belirlenmiştir. Konu hakkında ayrıca : Andrew Drzemczewski, *Quelques Réflexions sur l'Autorité de la Chose Interprétée par la Cour de Strasbourg*, Mélanges en l'Honneur de Jean-Paul Costa, 2011, pp. 243-248.

<sup>62</sup> *Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978 par. 154. « The Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the

*Res interpretata* ilkesi, *Perinçek* kararındaki olgusal ve hukuksal özelliklere benzer veçheler taşıyan dâvalarda veya *Perinçek* başvurusundaki sorunsal gündeme getiren ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açabilecek yasa tasarılarında, diğer AİHS'ne Taraf Devletlerin yargı ve yasama organlarının Mahkeme kararını dikkate almalarını gerektirmektedir. Bu çerçevede, "dikkate almak", referans AİHM kararıyla mutlaka aynı sonuca ulaşmak şeklinde değil, ifade özgürlüğüne getirilen veya getirilmesi öngörülen sınırlamanın, *Perinçek* kararının dayandırıldığı gerekçelerin ışığında Sözleşme'ye uygunluğunun değerlendirilmesi şeklinde anlaşılmalıdır.

### III. *Perinçek* Kararının Ermeni İddialarının "Geleceği" Açısından Olası Etkileri ve Önemi

Gerek Daire, gerek Büyük Daire düzeyinde İsviçre Hükümeti aleyhine alınan ihlâl kararının içtihadi değerinin yüksek olduğu söylenebilir: Soykırım inkârcılığı alanındaki çalışmalarıyla tanınan bir yazara göre, "uzun ve kapsamlı müzakereler sonucunda alınan Büyük Daire kararı önemli bir otorite olma vasfını uzun süre koruyacaktır".<sup>63</sup> Hollandalı bir yazar ise *Perinçek* kararıyla Mahkeme'nin, ifade özgürlüğünün demokrasinin önşartı olup olmadığını sorgulayan (*questioning*) Avrupa Konseyi'nin düzenlemiş olduğu konferanstan tam bir gün sonra, demokrasinin, resmi makamlar veya halkın bir kısmı tarafından paylaşılan görüşlerden farklı görüşlerin dile getirilebilmesini güvence altına alması gerektiği konusunda güçlü bir mesaj (*robust statement*) verdiğini vurgulamıştır.<sup>64</sup>

---

Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties ».

<sup>63</sup> Nicolas Hervieu, « Négation du génocide arménien : Quelques conséquences après la décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme, TV Info ile 17 Ekim 2015'te yapılan röportaj. Diğer bir yazara göre, karar şüphesiz ünlü bir karar olarak kalacaktır « ..demeurera sans doute célèbre » Thomas Hochmann, Négationnisme du génocide arménien : défauts et qualités de l'arrêt *Perinçek* contre Suisse, *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2015, Chronique no.27.

<sup>64</sup> « Just one day after the closing of the Council of Europe conference questioning whether freedom of expression still is a precondition for democracy, the Grand Chamber of Strasbourg made a robust statement that a democratic society must safeguard the right to express opinions that diverge from those of the authorities or any sector of the population." Dirk Voorhoof, Criminal conviction for denying the Armenian genocide in breach with freedom of expression, Grand Chamber confirms, in Strasbourg Observers Blog, October 21, 2015.

## 1. Perinçek Kararındaki Gerekselerin Uluslararası Düzenlemeler Bakımından “Savunulabilirliği”

Büyük Daire, daha önce, Daire'nin incelemiş olduğu temel parametreleri daha da çeşitlendirerek derinleştirmiş ve sonuçta, başvuranın ifadelerinin, ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı ile üçüncü kişilerin haysiyetlerinin korunması gibi karşıt sayılabilecek iki değer arasında oluşması gereken dengenin sarsılmasına yol açmış olmadığını saptamıştır. Bu çerçevede, Ermeni “Soykırımı”nın inkârını Yahudi soykırımının inkârından farklı bir ilkesel analize tâbi tutmuştur. Ermeni “soykırımı”nın inkârı, nefret söylemi ve/veya şiddete teşvik içerikli olmadığı sürece AİHS değerlerinin “jandarması” konumundaki Sözleşme'nin 17. maddesi gereği reddedilmesinin ya da ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin Sözleşme'nin 10. maddesinden yararlanamamasının sözkonusu olmaması gerekecektir. Benzer bir analiz yapmadan ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalelerle ilgili AİHM'e yapılacak olası başvuruların ihlâl kararıyla sonuçlanması riski yüksektir.

Mahkeme, Ermeni “Soykırımı”nın inkârı ile Yahudi soykırımının inkârı arasında kesin bir çizgi çekerken<sup>65</sup> - genellikle kabul edildiğinin aksine - Yahudi soykırımının tarihsel gerçekliğinin saptanmış olduğu argümanından çok, her türlü tarihsel araştırma ve değerlendirmeden bağımsız olarak Yahudi soykırımını inkârın temelinde antidemokratik, ırkçı bir ideolojinin gizlendiğini kalıcı bir veri olarak vurgulayarak, bu kategorideki söylemi sürekli bir risk olarak değerlendirmiş, bu konuda âdeta bir “postülat” yaratmıştır. Buna karşılık, böyle bir “postülat”la ilişkilendirilmesi mümkün olmayan 1915 olaylarının ırksal/ulusal/dinsel nefret ve şiddete teşvik unsurları içermeyen tarih araştırmalarının ve genel olarak bu nitelikteki söylemlerin engellenmesine yönelik söylem ve faaliyetlerin cezalandırılması gerektiği iddiası da dayanaktan yoksun bırakılmıştır.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> 15.10.2015 tarihli Tribune de Genève gazetesine göre, Büyük Daire kararının, Yahudi soykırımı ile Ermeni « Soykırımı » na farklı yaklaşımların sergilenmesine son verileceğini uman İsviçre'deki Ermeni cemaatinde bir « gerileme » (revers) olarak algılanmış ve öfke ile karşılanmıştır.

<sup>66</sup> Perinçek Daire kararını değerlendiren bir İtalyan araştırmacıya göre AİHM, Yahudi soykırımının tek olduğu (unicità) ve Yahudi halkının soykırımı uğramasıyla Avrupa kıtasında bir ulusüstü insan hakları sisteminin kurulması arasındaki

AİHM kararı, titizlikle ve derinlemesine incelenen AİHS'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğünü sınırlandırabilme koşullarının başvuru gerçekleşmediğini yerleşik içtihatları ışığında saptamasının ötesinde, soykırım ve insanlık aleyhindeki suçların inkârına ilişkin uluslararası hukuk kurallarıyla da uyum içindedir. Kararın ilk bölümünde ayrıntılı olarak zikredilen sözleşme ve uluslararası örgüt uygulamalarından hiçbiri soykırım inkârını soyut ve mutlak biçimde cezalandırılacak bir fiil olarak tanımlamamakta, aksine, bu belgelerin bir kısmına ilişkin denetim mekanizmaları da, geçmişteki olayların araştırılmasını engellemenin uluslararası hukuka aykırı olacağına açıkça dikkat çekmiştir:

- 1948 Soykırımın Önlenmesi Sözleşmesi soykırımın inkârı konusunu öngörmemektedir. Sözleşme'nin III. maddesine göre cezalandırılması gereken fiiller arasında ifade özgürlüğü alanıyla irtibatlandırılabilir tek fiil maddenin c) bendinde "*Soykırım işlemeye doğrudan ve aleni surette kışkırtmak*" olarak belirlenmiştir. Bu çerçevedeki söylemsel faaliyetin ifade özgürlüğü hakkından yararlanacak niteliği bulunmadığı gibi, ceza hukuku bakımından bir "suça azmettirme" ve hatta duruma göre, bir "suça iştirak" olarak nitelendirilmesi gerekecektir.
- Londra Anlaşması'na eklenen ve Nazi rejimi suçlularının yargılanması ve kişisel sorumluluklarının belirlenmesi ile görevli Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Statüsünde soykırım ve insanlık aleyhindeki suçların genel olarak inkârı düzenlenmemiştir.
- Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre inkâr veya ifade özgürlüğü ile bağlantılı herhangi bir suç tarifi yer almamaktadır.
- Ruanda'da 1994 yılında soykırım işleyen ve insancıl hukuku ihlâl edenleri yargılamakla görevli Ruanda Uluslararası Mahkemesi'nin Statüsü'nde de inkâr suçu öngörülmemektedir.
- BM Her Türü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesi Sözleşmesi'nin 4. maddesinde "suç olarak cezalandırılması" istenen fiiller arasında

---

bağın bilincine kavuşmuşsa (cogliere la consapevolezza) benzerdir » Giulio Enea Vigevani, Radici della costituzione e repressione della Shoah, Associazione Italiana Costituzionalisti, 4/2014 s. 206-207. Son kararın da bu değerlendirmeyi daha ayrıntılı gerekçelerle doğruladığı açıktır.



“soykırım inkârı” veya ayrımcı muamelelerle bağlantılı bir “inkâr” suçu yer almamaktadır. Madde ırkçı propaganda ve faaliyetlerin yasaklanmasını düzenlemektedir.

- Medeni ve Siyasi Haklar Andlaşması’nda inkâr suçu öngörülmemiştir. Andlaşmanın uygulanmasını izlemekle görevli Komite’nin 2011 yılında Andlaşma’nın düşünce ve ifade özgürlüğü ile ilgili 19 ve 20. maddelerinin yorumu konusunda kabul ettiği 34 no.lu Görüş’te, özellikle, siyasal, bilimsel, tarihsel, ahlaki veya dinsel görüşlerin Andlaşma ile korunduğu, bu özgürlüklere getirilecek sınırlamalarda, kanunilik, meşru amaç, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uyulmasının ötesinde, müdahale konusu ifade açıklamasıyla tehdit arasında “doğrudan ve derhal bağlantı kurulması” gerektiği belirtilmiştir.<sup>67</sup> Aynı Görüş’te, tarihsel olaylar hakkındaki düşünce açıklamalarının cezalandırılmasının Andlaşma’ya aykırı olduğu, geçmişte cereyan etmiş olaylar hakkındaki yanlış fikirler veya olayların yanlış biçimde yorumlanmasının da genel olarak yasaklanmasının Andlaşma ile bağdaşmadığı vurgulanmıştır.<sup>68</sup>
- Avrupa Konseyi sözleşmelerinden olan Siberetik Suçluluk Sözleşmesi’ne Ek Protokol’ün 6. maddesi internet aracılığıyla işlenen soykırım ve insanlık aleyhindeki suçların inkârı ya da kaba biçimde azımsanmasının cezalandırılmasını öngörmüştür. Bununla birlikte, sözkonusu maddenin birinci fıkrasına göre, inkâr suçu ancak, Nazi rejimi suçlarının yargılanması amacıyla 1945’te kurulan Uluslararası Askerî Ceza Mahkemesi’nin görev alanına giren suçlar ya da uluslararası sözleşmelerle kurulan ve ilgili devlet tarafından yargı yetkisi tanınmış olan başka bir uluslararası yargı organı tarafından gerçekliği saptanmış olan suçlar açısından öngörülebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, Taraf Devlete, inkâr suçunun oluşmasını ırk, renk, soy, ulusal, etnik veya dinsel bakımdan belirlenen bir kişi veya grup aleyhine nefret, ayrımcılık ya da

<sup>67</sup> « ...establishing a direct and immediate connection between the expression and the threat » CCPR/C/GC34 , par. 35.

<sup>68</sup> « Laws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible with the obligations that the Covenant imposes on State Parties in relation to the respect of freedom of opinion and expression. The Covenant does not permit a general prohibition of expression of an erroneous opinion or an incorrect interpretation of past events » ibid. par. 49.

şiddete teşvik kasdıyla işlenmiş olması koşuluna tâbi tutma olanağını tanımaktadır. Hatta Taraf Devlet çekince getirerek birinci fıkrayı uygulamama olanağına da sahiptir.<sup>69</sup>

- AİHM kararının da atıfta bulunduğu Avrupa Birliği'nin 2008/913/JAI kodlu Çerçeve Kararıyla cezalandırılması öngörülen fiillerin tanımlanmasında özellikle iki referans kaynak üzerinde durulmuştur:
  - 1) Irk, renk, din, ulusal veya etnik kökenine göre tanımlanan bir grup ya da böyle bir gruba mensup bir kişi aleyhine Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 6-8. maddelerinde belirtilen soykırım, insanlık aleyhindeki suçlar ve savaş suçlarının alenen inkârı veya kaba biçimde bayağılaştırılmasının sözkonusu grup veya kişi aleyhine şiddet veya nefrete yol açması riskinin bulunduğu durumlar.
  - 2) Yukarıdaki fiillerin Nazi rejimi suçlarının cezalandırılmasını düzenlemiş olan Uluslararası Askerî Mahkeme'nin Şartı'na eklenen 08.08.1945 tarihli Londra Anlaşmasıyla belirlenmiş olan suçların inkârı ya da kaba biçimde bayağılaştırılmasının birinci şıkta belirlenen grup veya kişi aleyhine şiddet veya nefrete yol açması riskinin bulunduğu durumlar.

Görüldüğü üzere, iki farklı kaynak referans zikredilmiş olmakla birlikte, suçun gerçekleşmesi açısından aranan ortak koşul, ifadenin şiddet veya nefrete yol açması riskidir.

Öte yandan, aynı maddenin 2. fıkrasına göre, üye Devletler, 1. fıkradaki fiilleri, sadece kamu düzenini bozma riski bulunduğu veya tehdit edici olduğu, küfür ya da hakaret niteliğini taşıdığı durumları kapsayacak şekilde cezalandırmayı öngörebilirler. Ayrıca 4. fıkrada da üye

<sup>69</sup> 1 Şubat 2016 tarihi itibarıyla 47 Avrupa Konseyi üyesinden 24'ü sözkonusu sözleşmeyi onaylamış olmakla birlikte, Danimarka, Finlandiya ve Norveç 6. maddede çekince olanağını kullanarak, bu maddeyi uygulamayacaklarını, Litvanya, Montenegro, Hollanda (Protokolü sadece Avrupa kıtasındaki ülkesi açısından onaylamış), Polonya ve Ukrayna anılan maddeyi ancak söylemin nefret, şiddete teşvik ya da ayrımcılık gibi unsurların da gerçekleşmesi halinde cezalandırmayı öngördüklerini kayda geçirmişlerdir. Fransa'nın bu maddeye ilişkin açıklamasında ise maddenin 1. fıkrasındaki "başka bir uluslararası yargıdan" Fransa'nın bu niteliğini tanımış olduğu uluslararası mahkemelerin kasdedilmesi gerektiği belirtilmiştir

Devletlere sözkonusu inkâr fiillerini ancak bir ulusal yargı organının ve/veya bir uluslararası yargı ya da sadece bir uluslararası yargı organı tarafından nihai bir kararla tanınmış olması koşuluna tabi tutma olanağı tanınmaktadır. Bu bakımdan, AB Çerçeve Kararı, soykırımın saptanmış olduğu durumlarda bile, “inkâr” suçunu soyut ve genel bir biçimde değil, AİHS’nin 17.ve 10. maddeleriyle ilgili AİHM içtihatlarının nefret söylemi (*hate speech*)ve şiddete teşvik durumlarındaki temel yaklaşımını benimsemiş olduğu söylenebilir.<sup>70</sup>

Yukarıdaki örnekler, belli başlı uluslararası düzenlemelerin ve AB Çerçeve Kararı’nın genel bir inkâr suçu öngörmediğini ortaya koymaktadır. İnkâr suçunun öngörüldüğü uluslararası belgelerde ise cezalandırmanın ifade özgürlüğü hakkıyla bağdaştırılması koşulu aranmaktadır. Avrupa Konseyi çerçevesindeki sözleşme ise ancak Nazizm ya da bir uluslararası mahkeme tarafından saptanmış soykırımlara uygulanmaktadır. Ancak, cezalandırmayı nefret söylemi ve şiddete teşvik koşuluna tabi tutmak ve hatta çekince ile uygulanmasını bertaraf etmek mümkündür.

Ulusal alandaki uygulamalarda da herhangi bir yeknesaklığın bulunduğu söylenemez: İsviçre Hükûmeti’nin savunması çerçevesinde Mahkeme’ye sunduğu ondört Avrupa ülkesi ile ilgili 2006 yılına ait araştırmanın incelenmesinden inkâr suçunun cezalandırılmasında ortak bir tutum bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Mahkeme de, 2006 yılına ait sözkonusu araştırma hakkında o tarihten sonra özellikle Fransa ve İspanya’da yasal durumun değiştiğine dikkat çekmiştir.<sup>71</sup>

## 2. “Soykırım” İnkârına İlişkin Fransız Uygulamasındaki Bellibaşlı “Merhaleler”

Bu çerçevede, özellikle, Fransız mevzuatının, genel olarak, soykırım ve insanlık aleyhine suçların cezalandırılması konusunda geçirdiği merhalelerin hatırlatılmasında yarar bulunmaktadır:

- 13.07.1990 tarihli Gayssot kanunu ile 29. 07.1881 tarihli Basın Kanunu’na bir madde eklenerek, 08.08.1945 tarihli Londra Anlaş-

<sup>70</sup> Paolo Lobba, Criminaliser le négationnisme au-delà de l’Holocauste, Liberté pour l’Histoire, janvier 2013.

<sup>71</sup> Perinçek, par.90-91.

masıyla Nazi suçlularını yargılamakla görevli Uluslararası Askerî Mahkeme’nin Statüsü’nün 6. maddesinde belirlenen insanlık aleyhindeki suçların cezalandırılması öngörülmüştür.<sup>72</sup>

- 29.01.2001 tarihli bir yasa ile Fransa, “1915 Ermeni soykırımını” alenen tanımıştır.
- 18.11.2008 tarihli ve 1262 sayılı Bernard Acoyer raporunda, “hafızanın korunması” (*lois mémorielles*) yasalarının Fransız Anayasası’na aykırı olduğu görüşü savunulmuştur. Raporda atıfta bulunulan eski Adalet Bakanı Robert Badinter’e göre “*Fransız Anayasa’sının 34. maddesi Parlamento’ya tarihsel bir olay hakkında görüş beyanında bulunmaya izin vermemekte*” ve bu nedenle Anayasa’ya aykırıdır.<sup>73</sup> Aynı raporda, Badinter’in, ünlü anayasa ve idare hukuku profesörü Georges Vedel’e atıfla sözkonusu “yasanın” 34. maddeye aykırılığı ötesinde kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı olduğuna işaret etmiş olduğu da hatırlatılmıştır.<sup>74</sup>
- Fransız Ulusal Meclisi 12.10.2006 tarihinde 19 oya karşı 106 oyla “Ermeni soykırımının” inkârına ağır cezalar getiren bir yasa kabul etmiştir. Ancak yasa Fransız Senatosu’na iletilmeden önce bloke edilmiştir. Daha sonra milletvekili Jean-Jacques Hyest’in 04.05.2011’de Senato’ya sunduğu kabul edilmezlik itirazının 74’e karşı 196 oyla kabul edilmesi üzerine yasa önerisinin oylamaya sunulması engellenmiştir.
- Fransız Ulusal Meclisi’nin 22.12.2011 tarihli yasa tasarısı ile “Ermeni Soykırımı”nı inkâr edenlerin bir yıl hapis cezası ve 45000 Euro para cezasına mahkûm edilmesi öngörülmüştü. Ancak, Ulusal Meclis’ten yetmiş beş milletvekili ve Senato’dan sekese iki senatör, sözkonusu tasarının normatif değeri olamayacağı ve ayrıca sadece soykırımlarla ilgili inkâra yönelik olduğu ve diğer insanlık

<sup>72</sup> Anayasa Konseyi’ne yapılan bu başvuru ile ilgili olarak: Marie Boëton, La contestation des crimes contre l’humanité devant le Conseil Constitutionnel, La Croix 7/10/ 2015; Marie Boëton, Le négationnisme passé au crible de la Constitution, La Croix, 8/12/2015.

<sup>73</sup> “... parce qu’à l’évidence, l’article 34 de la Constitution ne permet pas au Parlement de se prononcer ainsi sur un évènement historique” Rapport d’information No.1262 du 18.11.2008, Président M. Bernard Acoyer [www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1262.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1262.asp)

<sup>74</sup> Yukarıda zikredilen rapor.

aleyhine suçları kapsamadığı için “eşitlik” ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçeleriyle Fransız Anayasa Konseyi’ne (Conseil Constitutionnel) başvurmuştur.

- Anayasa Konseyi, 28.02.2012 tarih ve 647 sayılı Kararıyla “Yasa ile tanınmış soykırımların varlığının inkârını<sup>75</sup> cezalandırmaya yönelik Yasa” tasarısının Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır.<sup>76</sup> Konsey, ifade özgürlüğünün önem ve değerini vurguladıktan sonra, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların güdülen amaç açısından zorunlu, uygun ve orantılı olması gerektiğini ve özellikle, bir soykırımını tanıyan yasanın gerekli normatif bir değeri olamayacağını, yasa koyucu, daha önce kendisinin suç olarak tanımlamış olduğu bir durumun inkârını suç olarak tanımlamakla ifade özgürlüğünü ihlâl etmiş olduğunu saptamış, yasa tasarısının, gerek suç tanımlanmasıyla ilgili birinci maddesinin gerek bu suçlarla ilgili dâvalara bazı derneklerin, özellikle, bu yeni ceza normunun sonuçlarını değerlendirebilmek (*pour tirer les conséquences de cette nouvelle incrimination*) açısından müdahil olmalarına imkân sağlayan ikinci maddesinin de Anayasa’ya aykırılığına karar vermiştir.
- Anayasa Konseyi’nin 08.01.2016 tarihli kararı ise Nazi tezlerine yakınlığı ile tanınan Vincent Reynouard’ın Basın Kanunu’nun mükerrer 24. maddesinin sadece Nazi rejiminin işlemiş olduğu insanlık aleyhindeki suçların inkârını cezalandırmasının, başka devletlerin işlediği insanlık aleyhindeki suçların ise cezalandırılmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu yolundaki iddiası, Yargıtay tarafından “öncelikli bir anayasaya uygunluk “sorunu” (*Question prioritaire de constitutionnalité*) olarak değerlendirilerek Anayasa Konseyi’ne iletilmiştir.

Türk, Ermeni ve diğer bazı sivil toplum kuruluşlarının da müdahil olarak katıldıkları prosedür sonucunda kabul edilen Anayasa Konseyi kararında, Nazi suçlarının inkârının cezalandırılmış olmasının bazı ağır antisemit ve ırkçı söylemlerin cezalandırılmasını amaçladığı, tarih

<sup>75</sup> Aslında yasada kullanılan sözcük “contestation” olup, “tanımama”, “tartışma” anlamını da taşımaktadır ki, inkârdan çok daha geniş kapsamlı olabilir.

<sup>76</sup> « La loi visant à réprimer la contestation de l’existence des génocides reconnus par la loi est contraire à la Constitution », Décision no.2012-647 DC.

hakkındaki tartışmaların yasaklanmasının bu düzenlemenin konusu ve sonucu olmadığı, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın güdülen amaç açısından zorunlu, uygun ve orantılı olduğu vurgulanmıştır.<sup>77</sup>

Kararda, Fransız veya uluslararası bir yargı tarafından gerçekliği saptanmış insanlık aleyhindeki suçlar ile diğer bir yargı organı veya yasa tarafından insanlık aleyhine suç olarak tanınmış fiiller arasında fark olduğuna işaret edilmiş, farklı nitelikteki durumlara farklı düzenlemeler getirmiş olmasının 1789 İnsan Hakları Bildirisi'nin 6. maddesindeki kanun önündeki eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı gerekçesiyle Gayssot kanununun kapsamına giren İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen insanlık aleyhine suçların özü itibarıyla ırkçı, antisemit ve yabancı düşmanı olduğunu da dikkate alarak, 13.07.1990 tarihli Gayssot kanunu açısından eşitlik ilkesine aykırılık iddiasını reddetmiştir.<sup>78</sup>

Görüldüğü üzere, *Perinçek* kararından önce de, Fransız anayasa hukukunda, Yahudi soykırımını dışında diğer soykırım ve insanlık aleyhine suçlar bakımından ifade özgürlüğünün korunmasına belirli bir öncelik tanındığı, Anayasa Konseyi'nin de bu konuda hem Fransız anayasa hukukunun özelliklerini hem de ifade özgürlüğünün Fransız kamu hukukundaki önemini dikkate alarak titizlikle davrandığı söylenebilir.

Öte yandan, internette yayınlanan bir haberden, *Perinçek* kararından sonra Fransa'daki Ermeni derneklerinin nezdindeki girişimini de dikkate alan Başkan François Hollande'ın 29 Ocak 2016 tarihinde eski AİHM Başkanı Jean Paul Costa'yı "tartışılmayacak" bir yasa tasarısı hazırlamakla görevlendirdiği anlaşılmaktadır. Bu aşamada bu tür bir "çalışmanın" içeriği ve özellikle "âkibetinin" ne olabileceği kestirilememektedir.

Costa'nın, *Perinçek* olayında ifade özgürlüğü hakkının ihlâl edil-

<sup>77</sup> Décision no. 2015-512 QPC du 8 janvier 2016 « ...les dispositions contestées visent à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale...n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques.. »

<sup>78</sup> Ibid. « Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 qui ne méconnaissent aucun droit ou liberté que la Constitution garantit doivent être déclarées conformes à la Constitution ».

diği önce Daire, sonra da Büyük Daire düzeyinde saptandıktan ve ayrıca Fransız Anayasa Konseyi'nin de "Ermeni soykırımını" tanıyan yasanın "inkârın" cezalandırılması açısından normatif değerden yoksun olduğunu saptamasından sonra, hazırlayabileceği yasa tasarısının yasallaşmasının da zor olabileceği düşünülebilir.

Bu çerçevede, Fransız tarihçilerinin hafıza yasaları hakkındaki genellikle olumsuz, yargılayıcı tavırlarının da gözardı edilmemelidir. Tarihin bir "din" olarak algılanmaması gerektiği, tarihçinin rolünün bir olayı yüceleştirmek (*exalter*) ya da yargılamaktan ibaret olmadığı, tarihin "hafıza" (*mémoire*) ile özdeşleşmediğinin vurgulandığı "*Liberté pour l'Histoire*" derneğinin 12.12.2005 tarihli çağrısı<sup>79</sup> tarihçiler arasında önemli bir yankı bulurken, aynı derneğin başkanı ünlü tarihçi Pierre Nora tarafından 2008 yılında organize edilen Blois çağrısı (*Appel de Blois*) 49 ülkede 1374 tarihçi/entellektüel imzası toplamıştır.

Blois çağrısında, özellikle, tarihin geçmişe dönük olarak "ahlâkileştirilmesi" (*moralisation*) riskinden endişe duyulduğu, özgürlüğe önem veren bir devlette hiçbir makamın tarihsel gerçeği tanımlama yetkisinin (*autorité*) bulunmadığı vurgulanmış, siyasi kurumlardan hafıza yasalarıyla geçmiş hakkında Devlet gerçekleri ihdas etmemeleri istenmiştir.<sup>80</sup>

Dernek başkanı Nora, ayrıca, dernek adına yayınladığı 05.11.2015 tarihli bildirisinde de *Perinçek* kararından memnuniyet duyulduğunu açıklamıştır.<sup>81</sup>

Resmî gerçekler ilân eden hafıza yasaları, özellikle tarihçiler ve aydınlar tarafından, bu tür yasaların, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının ötesinde, belirli "ayrıcılık" hafızalara dokunulmazlık sağlamakla tek taraflı "kutsamalara" da yol açtığı, "dondurulmuş" bir tarih anlayışına yol açtığı ve ulusları birbirine yaklaştıracığına ayrılıklarını "ebedileştirmeye" yaradığı şeklinde eleştirilmektedir.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Liberté pour l'Histoire, appel du 12 décembre 2005.

<sup>80</sup> Liberté pour l'Histoire, appel du 13 octobre 2008.

<sup>81</sup> Affaire Perinçek, Communiqué de Pierre Nora, président de Liberté pour l'Histoire du 5 novembre 2015.

<sup>82</sup> Kenneth Bertrams et Pierre Olivier De Broux, Du Négationnisme au Devoir de Mémoire, *Revue de Droit de l'Université de Bruxelles*, vol. 35,2007, s.125.



### 3. Perinçek Kararına Yöneltilen Belli Başlı Eleştiriler

1915 olaylarının "soykırım" niteliğini taşıdığı konusunda "consensus" olduğu, başvuranın ifadelerinin Ermenilerin haysiyet ve kimliklerine hakaret sayılması gerektiği yolundaki argümanların yer aldığı bazı müdahil Hükûmet ve sivil toplum kuruluşu ile birlikte, karara eklenen yedi yargıcın karşı görüşlerindeki eleştirilerin<sup>83</sup> esasen Büyük Daire kararıyla yanıtlanmış olduğu ve sözkonusu argümanların gerçekliği ve yerindeliği kanıtlanmadığı için Mahkeme tarafından reddedildiği gözönünde bulundurularak, ayrıca ve tekrar yanıtlanmasında lüzum görülmemektedir.

Buna karşılık, *Perinçek* kararına teknik, metodolojik ve aksiyolojik bakımdan yöneltilen bazı eleştirilerin belirli bir destek görmüş olduğu ve hatta ihlâl lehine oy kullanmış olan Alman yargıç Nussberger tarafından da bu tür eleştirilerin bir ölçüde paylaşıldığı da<sup>84</sup> gözardı edilmemelidir.<sup>85</sup>

Bu kategorideki eleştiriler, özellikle, Büyük Daire'nin İCK düzenlemesi ile başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin değerlendirilmesinde zaman, ortam (*facteur temporel/contexte*), coğrafî faktörlerini de dikkate almış olmasında odaklanmaktadır. Yedi yargıcın karşı görüşlerinde, bu faktörlere yapılan atfın insan haklarının evrenselliği ilkesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmekte, özellikle de, gerçekliği tartışmasız olan Holocauste'un da 20-30 yıl sonra inkâr edilmesinin mümkün olabileceğini ima eden bir soru ile polemik bir tırmanma beklentisi eğilimi de sergilenmektedir.<sup>86</sup>

Özellikle ifade özgürlüğü ile ilgili başvurularda, başvuru konu-

<sup>83</sup> Yedi yargıcın karşı görüşlerinde, başvuranın tarihsel gerçeği tartışmasız olan Ermeni "soykırımı" tezini itibarsızlaştırmaya çalıştığı ve bir halka hakaret etmek saiki (animus) ile ırkçı, hatta şiddete teşvik sayılabilecek bir tutum sergilediği argümanı işlenmektedir. Perinçek, s. 127.

<sup>84</sup> Perinçek, Nussberger'ın yukarıda zikredilen kısmen lehte kısmen aleyhte görüşü, s. 124.

<sup>85</sup> Daniel Kuri, La Question du Génocide des Arméniens à l'épreuve de la Grande Chambre de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire sur l'arrêt du 15 octobre 2015; Christos L. Angelopoulos, "La Grande Chambre en quête d'un nouveau modus operandi ?", Revue des Droits de l'Homme <http://revdh.revues.org/1727>; Thomas Hochmann, yukarıda zikredilen makalesinde bu eleştirileri bir ölçüde paylaşmaktadır.

<sup>86</sup> Perinçek, s.128.

su ifadeler ile bu ifadelerin dayandığı olaylar arasında geçen zamanın uzunluğunun 10. maddenin ikinci fıkrasındaki “gereklilik” kıstasına uyulup uyulmadığı açısından değerlendirilmesi Mahkeme’nin ilk kez Perinçek başvurusunda kullandığı bir inceleme parametresi değildir: Örneğin, İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanlarla işbirliği yaptığı suçlamasıyla mahkûm edilmiş olan Mareşal Pétain’in, aslında Nazi-lerin Fransız halkı üzerindeki baskısını hafifletmek saikiyle hareket ettiğinin (*ikili oyun politikası/politique du double jeu*) iddia edildiği ve Pétain dâvasının yeniden açılarak Pétain’in rehabilitasyonunun istendiği bir gazete ilânından dolayı mahkûm edilmiş olmalarının konu edildiği Lehideux ve Isorni başvurusunda, Mahkeme, müdahaleye yol açan yazının *Le Monde* gazetesinde yayınlanmasından kırk yıl önce meydana gelen olaylara dayandığını dikkate alarak, başvuruların bu yazıdan dolayı cezalandırılmış olmalarını, yazılarının Nazi işgali sırasında Fransız halkının çekmiş olduğu acıları canlandıracak ve yazıda savunulan tezin doğruluğu tartışılır nitelikte olsa bile, ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirmişti.<sup>87</sup>

İsviçre’nin, İkinci Dünya Savaşı sırasında müttefik saflarında yer aldığı yolundaki resmi tezlerin gerçeği yansıtmadığı, aslında İsviçre’nin Nazi Almanyası ile yakınlaşmaya çalışmış olduğu, Nazi parası aklamış olduğu ve sahipsiz kalan Yahudi servetlerine el koyduğu suçlamalarının yer aldığı “*L’honneur perdu de la Suisse*” (İsviçre’nin kaybolan onuru) adlı bir televizyon programının yayınlanmasının engellenmesine ilişkin İsviçre aleyhindeki *Monnat* kararında, Mahkeme, başvurunun gündeme getirdiği olayların söz konusu televizyon programından elli yıl önce cereyan ettiğini dikkate alarak, halkı bilgilendirmeye yönelik bu tür bir yayının halk arasında tartışmalara yol açmış olduğunu kabul etmekle birlikte, alınan müdahale önlemlerinin 10. maddeyi ihlâl edildiğine karar vermiştir.<sup>88</sup>

Fransa aleyhindeki *Orban* kararında da, Mahkeme, anıların da, Cezayir savaşı sırasında terörist yöntemler kullananlara işkence ve yargısız infaz uygulanmak zorunda kalındığını anlatan General Aussaresses’in kitabını yayınlayan başvuruların cezalandırılmasını,

<sup>87</sup> Lehideux et Isorni c. France, arrêt du 23 septembre 1998, par. 55.

<sup>88</sup> Monnat c. Suisse, 73604/01, arrêt du 21 septembre 2006, par. 64.

kitabın yayınlandığı tarihten kırk sene önce meydana gelen olayların mağdurların acılarını canlandıracak nitelikte olsa bile tarih araştırmasına bir katkı niteliğinde sayılması gerektiğinden ifade özgürlüğünün ihlâl edildiğine karar vermiştir.<sup>89</sup>

*Perinçek* kararında karşı oy kullanmış olan yedi yargıcın zamanaşımı ile ilgili "argümanları" ise iki açıdan bir kavram karışıklığı olarak değerlendirilmelidir: Birincisi, "zamanaşımı" kavramı AİHM'in zaman itibarıyla yetkisiyle (*ratione temporis*) ilgili olup, AİHM'in başvurunun bu bakımdan yetkili olup olmadığı araştırılmasında odaklanmaktadır. Oysa *Perinçek* başvurusunun dayandığı olay kesinlikle soykırım iddiasıyla değil, İCK'nın mükerrer 261. maddesinin *Perinçek*'e uygulanmasından dolayı İsviçre'nin AİHS'nin 10. maddesini ihlâl edip etmediği konusu ile bağlantılıdır. Bu bakımdan, ayrıca, başvuru konusu ile ilgili olmayan bir "veri" açısından zamanaşımı kavramının tartışılması da söz konusu olmamalıdır.

İkincisi, AİHM, zaman itibarıyla yetkisini, başvuru konusu suçun zamanaşımına tabi olup olmadığı açısından değil, ilgili Taraf Devletin Sözleşme ile "bağlandığı" tarih itibarıyla incelemektedir. Örneğin, İkinci Dünya Savaşının başlarında Katyn katliamı ile ilgili Rusya aleyhindeki *Janowiec* kararında AİHM, bazı menfur (*odieux/heinous*) cinayetlerin vahameti, (*gravité/gravity*) Taraf Devletleri zamanaşımına tâbi tutmamaya sevketmiş olmakla birlikte, "Sözleşme'nin değerleri" (*Convention values/valeurs de la Convention*) kıstasının Sözleşme'nin kabul edildiği (*adoption*) 4 Kasım 1950 tarihinden önce cereyan etmiş olaylar bakımından uygulanamayacağı sonucuna varmıştır.<sup>90</sup>

Bu çerçevede, Litvanya aleyhindeki *Vasiliauskas* kararında, Mahkeme, 1953 yılında Sovyet rejimine karşı koyan "partizanların" öldürülmesinden dolayı soykırım işlediği iddiasıyla yargılanan başvuranın, "siyasi bir grubun" tamamen veya kısmen yok edilmesinin 1948 BM Soykırım Sözleşmesi'nde soykırım olarak düzenlenmemiş olduğu halde, daha sonra yorum ve uygulama yoluyla Sözleşme kapsamına dahil edilmesi sonucunda 2004 yılında soykırım suçundan mahkûm edil-

<sup>89</sup> Orban c.France, 20985/05, arrêt du 15 janvier 2009, par. 52.

<sup>90</sup> *Janowiec and Others v. Russia*, [GC], 5508/07 and 29520/09, judgment of 21 October 2013, par. 151.

mesinin, “.. İşlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir” kuralının yer aldığı AİHS'nin “Kanunsuz suç olmaz” başlıklı 7/2. maddesinin gerektirdiği suç ve cezanın öngörülebilirliği ilkesine aykırı olduğunu dikkate alarak, ihlâl edildiğine karar vermiştir.<sup>91</sup>

Görüldüğü gibi, geçen “zaman” ve “zamanaşımı” kavramları, AİHM içtihadında otomatik ve soyut biçimde uygulanmamakta, her olayın özelliklerine göre değerlendirilen yorum ve uygulama ilkeleri olarak kabul edilmektedir: Örneğin, zaman kavramı, *Janowiec* kararında AİHM'in zaman itibarıyla (*ratione temporis*) yetkisi açısından ele alınırken, *Vasiliauskas* kararında bir yetki kuralı olarak değil, “Kanunsuz suç olmaz” ilkesinin düzenlendiği AİHS'nin 7. maddesiyle bağlantılı olarak esasa ilişkin bir kavram olarak değerlendirilmiştir.

*Perinçek* kararında, ihlâlin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasında “ortam” (*context*) ile ilgili faktörlerin de yer almasına ilişkin eleştiriler ise “(G)örev ve sorumluluklar da yükleyen” ibaresiyle başlayan 10. maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün kısıtlanmasında öngörülebilecek gerekçelerin arasında ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık, ahlâk gibi ortama bağlantılı çok sayıda parametre öngördüğünü gözardı etmektedir. Kaldı ki, hiçbir derogasyona açık olmayan yaşam hakkı ve işkence yasağından farklı olarak, Sözleşme'nin özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din, ifade, toplantı, dernek kurmak gibi hak ve özgürlüklere ilişkin kısıtlamalarda da benzer gerekçelere yer vermiş olduğu görülmektedir. Bu kategorideki hakların kullanılmasının, başta kamu düzeni olmak üzere 10. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen diğer kısıtlama gerekçelerinin toplumsal etki/tepki yansımaları olabileceği açıktır. Bu bakımdan, ifade özgürlüğünün Sözleşme'ye uygun olarak sınırlandırılmış olup olmadığının değerlendirilmesi kesinlikle “ortam” koşullarının incelenmesini gerektirmektedir. Aksi takdirde, verilecek ihlâl kararlarının aslında Sözleşme'ye aykırı olması ve hatta ihlâl kararlarının yargıçların siyasi ön yargılarına dayandırıldığı kuşkusunun doğması

<sup>91</sup> *Vasiliauskas v. Lithuania*, [GC], 35343/05, judgment of 20 October 2015, par. 184-186.

kaçınılmaz görünmektedir. Doğal olarak, bu tür olumsuz bir gelişmenin AİHS denetim mekanizmasına duyulan güveni ve mekanizmanın otoritesini de sarsacağı açıktır.

Büyük Daire'nin *Perinçek* kararında zaman/yer/ortam koşullarını dikkate almasını eleştiren yedi yargıcın karşı görüşlerinde, bu yaklaşımın insan haklarının evrenselliği, herkese karşı dermeyan edilebilirliği (*erga omnes*) ilkesiyle bağdaşmadığı da ileri sürülmektedir.<sup>92</sup> Oysa belirli yetki kurallarına uyarak yargısal bir denetimde bulunmak zorunda olan Mahkeme, kuruluşundaki Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerin dâvalı devlet tarafından uygulanmasının ihlâl yol açmış olup olmadığını, ancak Sözleşme'nin lâfzına, ruhuna ve yerleşik içtihadına uyulmuş olup olmadığını incelemek suretiyle saptayabilir.

AİHM'in Sözleşme'nin 19. ve 32. maddelerinde belirtilen amaç ve yetki esasları gözönünde bulundurulduğunda, *Perinçek* olayında, "insan haklarının evrenselliği" ilkesinden yararlanması gereken, İsviçre'nin başvuranı cezalandırma hakkının değil, başvuranın AİHS'nin 10. maddesine dayanan ifade özgürlüğü hakkının olduğu açıktır.

Ayrıca, bir Akit Devletin başvuranın ifade özgürlüğüne uygulamış olduğu müdahalenin AİHM gibi kırk yedi Devletin taraf olduğu bir yargısal mekanizma tarafından denetlenmesinin de âdil yargılamanın evrensel önem ve itibarından yararlanmak durumunda olduğu kabul edilmelidir. Bu bakımdan evrensellelikle ilgili eleştirinin, bu ilke-den yararlanacak süje ve konuların hiyerarşisini tam olarak belirleyemediği söylenebilir.

## SONUÇ

*Perinçek* kararı, 1915 olaylarının "soykırım" tabusundan kurtararak uluslararası planda tartışılabilirliği bakımından önemli bir kazanım sayılmalıdır.<sup>93</sup> Geniş yankılara yol açmış olmakla birlikte,

<sup>92</sup> *Perinçek*, s.128.

<sup>93</sup> Nicolas Hervieu'nun 1 Aralık 2015'te info@ eu-Logos.org da yayınlanan bir yorum yazısında *Perinçek* kararının Fransa'da "Ermeni soykırımı"nın inkârının cezalandırılmasının savunucularının tezlerini önemli ölçüde kırılğanlaştırdığını (considérablement fragilise) belirtmiş, özellikle, Fransız Anayasa Konseyi'nin

karar kesinlikle AİHM içtihadı temelinde “olağanüstü” bir özellik taşımamaktadır. Karardaki, tüm gerekçeler yerleşik AİHM içtihadına dayandırılmış, konuya ilişkin bellibaşlı uluslararası düzenlemeler ve uygulamalar da ayrıca dikkate alınmıştır. Bu noktada, karara ciddi sayılabilecek bir eleştiri de yöneltilememiştir.

Bir yandan, ifade özgürlüğünün negatif sınırını çizerek, başvurunun söyleminin nefret söylemi niteliğini taşımadığını ve şiddete teşvik edici bir içeriğinin bulunmadığını saptayan Mahkeme, diğer yandan da, aynı söylemin kamu yararı açısından önemi bulunan bir siyasi söylem niteliğini taşıdığını kabul etmekle, hakkın basit bir kullanılmasının ötesinde kullanılmasının gerekli ve yararlı olduğu mesajını da vermiş bulunmaktadır. Bu şekilde soykırım/inkâr/suç paradigma-sının yerine nefret söylemi ve şiddete teşvik niteliğini taşımamak kaydıyla tarihsel-siyasal söylem/kamu yararı işlevi paradigmasını ikame etmiş bulunmaktadır.

Öte yandan, *Perinçek* kararı, daha geniş bir planda, Mahkeme'nin başvuru taraflarının tarihe/geçmişe dayalı argümanlarının etkisinde kalmaksızın ihlâl iddialarının incelenmesinde, Sözleşme hükümlerini pozitif ve aktüel parametreler temelinde değerlendirme doğrultusundaki içtihadını da doğrulamaktadır. Örneğin, statüsünde komünist bir rejimin öngörüldüğü açık olan bir siyasi partinin tescil talebinin reddedilmesine ilişkin bir başvuruda, Mahkeme, Romanya halkının totaliter komünist rejim sırasında maruz kaldığı baskıları ve çektiği acıları ileri sürerek, tescil talebinin reddedilmiş olmasının Sözleşme'ye uygunluğunu savunan Romanya Hükûmeti'nin ülkenin tarihine dayanan argümanlarını yeterli bulmamıştır.<sup>94</sup>

*Perinçek* kararındaki zaman kavramına yapılan atfın benzer diğer kararlara göre çok daha uzun olması her türlü zaman itibarıyla yetki sorunsalının ötesinde, tarihin serbestçe ve sınırsızca tartışılması hakkının önemini ve gereğini de ortaya koymaktadır.

bu yöndeki bir tasarımı 2012'de reddetmesinden sonra, o içtihadı güçlendirmiş olan *Perinçek* kararının dikkate alınmayıp yeni bir yasa tasarısının yeniden reddedilmesi riski bulunduğuna işaret etmiştir.

<sup>94</sup> Partidul Comunistilor (Neperecisti) et Ungureanu c. Roumanie, 46626/99, arrêt du 3 février 2005, par. 58

Öte yandan, eski komünist rejimlere âdeta bir "unutma vecibesi" (*devoir d'oubli*) yükleyerek, bu rejimler zamanında suç işlemiş olanlara itibarlarının geri verilmesindeki gecikmeleri gündeme getiren başvuruları ihlâl kararlarıyla sonuçlandırmasını ilgili Taraf Devletlerin tarihlerinin acı tecrübeleri ile izah edilmesi gereken takdir yetkilerine bir müdahale olarak değerlendirmiş olan Fransız Profesör Flauss'un eleştirisi<sup>95</sup> *Perinçek* kararı açısından kesinlikle geçerli değildir: Tam aksine, bu karar, Ermeni soykırım iddialarının tek yanlı olarak ve ilgili tüm taraflara eşit tartışma imkânı tanınmaksızın tek yönde tartışılmasına ve taraflardan sadece birine âdeta bir "unutma vecibesi"nin empoze edilmesine devam edilmesi yerine, herhangi bir tarih olayı gibi her yer ve ortamda serbestçe araştırılmasına, incelenmesine ve tartışılmasına imkân sağlamaktadır.

<sup>95</sup> Jean-François Flauss, L'Histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 2006, s. 15.